

VU Research Portal

Grip op doorwerking

Hoekstra, Coen Oude

2026

DOI (link to publisher)

[10.5463/thesis.1727](https://doi.org/10.5463/thesis.1727)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

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

citation for published version (APA)

Hoekstra, C. O. (2026). *Grip op doorwerking: De rol van maatschappelijke regulering bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm en de medisch professionele standaard*. [, Vrije Universiteit Amsterdam]. <https://doi.org/10.5463/thesis.1727>

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

Grip op doorwerking

De rol van maatschappelijke regulering bij invulling
van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm en de
medisch professionele standaard

Coen Hoekstra

De afbeelding op de cover is gemaakt door Loutje Hoekstra

DOI: <https://doi.org/10.5463/thesis.1727>

VRIJE UNIVERSITEIT

Grip op doorwerking
*De rol van maatschappelijke regulering bij invulling van de
maatschappelijke betamelijkheidsnorm en de medisch professionele
standaard*

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad Doctor
aan de Vrije Universiteit Amsterdam,
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. J.J.G. Geurts,
volgens besluit van de decaan
van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid
in het openbaar te verdedigen
op donderdag 24 september 2026 om 11.45 uur
in de universiteit

door

Coen Oude Hoekstra

geboren te Oldenzaal

prof.dr.mr. J.L. Smeehuijzen
prof.dr.mr. W. Sauter

prof.dr.mr. A.J. Akkermans
prof.dr.mr. A.R. Neerhof
prof.dr.mr. M.C. Ploem
prof.dr.mr. R. Rijnhout
prof.dr.mr. P.W.J. Verbruggen

Samenvatting

In dit proefschrift is de juridische doorwerking van maatschappelijke regulering – zoals gedragscodes, richtlijnen en protocollen – bij de invulling van open normen in zowel het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht als het gezondheidsrecht onderzocht. De centrale vraag is welke rol maatschappelijke regulering speelt bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm (art. 6:162 lid 2 BW) en de medisch-professionele standaard (art. 7:453 BW en art. 47 Wet BIG), en hoe die rol in de rechtspraak kan worden verklaard.

In zowel het algemeen aansprakelijkheidsrechtelijk domein als het medisch domein is met behulp van (systematisch) empirisch-juridisch onderzoek een groot aantal gepubliceerde civielrechtelijke en medische (tucht) rechtelijke uitspraken geanalyseerd. Daarbij is gekeken naar de frequentie waarin maatschappelijke regulering doorwerkt, naar de motivering van het rechterlijk oordeel, het gewicht dat aan maatschappelijke regulering wordt toegekend, en de theoretische en praktische rechtvaardiging daarvan.

Uit het algemene domein blijkt dat maatschappelijke regulering in de overgrote meerderheid van de zaken waarin zij wordt aangevoerd, daadwerkelijk doorwerkt in het oordeel van de rechter. In 90% van de onderzochte uitspraken viel het rechterlijk oordeel samen met de aangebrachte maatschappelijke norm; in 59% van de gevallen was die norm zelfs doorslaggevend. Rechters motiveren de toepassing hiervan meestal summier of helemaal niet, terwijl afwijking van een maatschappelijke norm doorgaans expliciet en uitgebreid gemotiveerd wordt. Het in de juridische doctrine vaak benadrukte democratisch legitimiteitstekort van maatschappelijke normvorming blijkt in de rechtspraktijk nauwelijks van gewicht. In plaats daarvan leunen rechters op maatschappelijke regulering vanwege de expertise die eraan ten grondslag ligt, bestaande partijconsensus of maatschappijbrede aanvaarding van de regel in kwestie.

Binnen het gezondheidsrechtelijk domein speelt maatschappelijke regulering, zoals medische richtlijnen en protocollen, zo mogelijk een nog dominantere rol. In vrijwel alle (94%) relevante civielrechtelijke en tuchtrechtelijke uitspraken geldt een richtlijn, protocol of standpunt als belangrijke of zelfs leidende invulling van de medisch-professionele standaard. De rechtspraak – in het bijzonder vanaf het Trombose-arrest van de Hoge Raad – bepaalt dat artsen in beginsel richtlijnen dienen te volgen, waarbij van afwijking alleen sprake kan zijn als de goede zorg aan de patiënt dat

vereist en deze afwijking gemotiveerd is. In de praktijk wordt het gezag van medische regulering door partijen vrijwel nooit betwist; discussies zijn zelden fundamenteel (bijvoorbeeld over de legitimiteit van de normsteller), maar richten zich meestal op de vraag of een bepaalde richtlijn *evidence-based* of nog actueel is.

Aan de hand van twee actuele casestudies uit het gezondheidsrecht – transgenderzorg aan kinderen (Dutch Protocol (2018)) en euthanasie bij dementie (KNMG Standpunt bij beslissingen rondom het levenseinde) wordt duidelijk dat juridische doorwerking geen automatisme zou moeten zijn. De casestudies illustreren dat wanneer de medische norm onvoldoende wetenschappelijk is onderbouwd, onvoldoende zorgvuldig tot stand is gekomen of in strijd is met de wil van de wetgever, doorwerking problematisch wordt.

In dit proefschrift wordt geconcludeerd dat maatschappelijke regulering, zowel binnen het civiele als het gezondheidsrechtelijke domein, doorgaans een effectieve bron is voor de invulling van de onderzochte open normen. In de verhouding tussen doctrine en praktijk bestaat een meer praktijk-gerichte, pragmatische benadering. Daarbij staan expertise, consensus en maatschappelijke aanvaarding centraal. Uit de casestudies blijkt echter wel dat men bedacht moet blijven op probleemgevallen en blijkt dat nagedacht kan worden over aanvullende toetsingskaders.

Inhoudsopgave

1. Inleiding	13
1. Aanleiding	14
2. Achtergrond	19
3. Relevantie	22
4. Vraagstelling	25
4.1 <i>Twee domeinen</i>	25
4.2 <i>Onderzoeksvraag</i>	26
4.3 <i>Deelvragen algemeen domein</i>	26
4.4 <i>Deelvragen medisch domein</i>	27
5. Opzet en methode	28
5.1 <i>Algemeen domein</i>	29
5.2 <i>Medisch domein</i>	37
 DEEL I Algemeen aansprakelijkheidsrechtelijk domein	 45
2. Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheidsnorm: een systematisch jurisprudentieonderzoek	47
1. Inleiding	48
2. Methodologie	51
3. Bevindingen	54
3.1 <i>Het rechterlijk oordeel in overeenstemming met en contrair aan private regelgeving</i>	54
3.2 <i>Motivering</i>	58
3.3 <i>Het aan de private norm toegekende gewicht</i>	59
4. Implicaties voor het debat over de invloed van private normen op de maatschappelijke betamelijkheid	60
4.1 <i>Een rechterlijk oordeel in overeenstemming met de private norm</i>	60
4.2 <i>Waarom past een rechter private regelgeving toe?</i>	62
4.3 <i>Een parallel met de rol van tuchtrechtspraak in de civiele procedure</i>	64
5. Conclusie	64

3. Maatschappelijke regulering als effectief en waardevol rechtsvindingsinstrument: een vergelijking tussen doctrine en feitenrechtspraak	67
1. Inleiding	68
2. Stand van de doctrine	69
2.1 <i>Fundamentele omstandigheden</i>	70
2.2 <i>Overige omstandigheden</i>	72
3. Stand van de rechtspraak	73
3.1 <i>Rechterlijke motivering</i>	74
3.2 <i>Beslissende omstandigheden</i>	76
4. Beschouwing: maatschappelijke regulering als effectief en waardevol rechtsvindingsinstrument	80
4.1 <i>Vergelijking tussen doctrine en rechtspraktijk</i>	80
4.2 <i>Verklaring van de rechtspraktijk: geen partijdebat</i>	81
4.3 <i>Rol van maatschappelijke regulering</i>	83
5. Conclusie	85
 4. Maatschappelijke normvorming en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: een gezichtspuntencatalogus	89
1. Inleiding	90
2. Voorwaarden en gezichtspunten	93
3. Constitutieve gezichtspunten	94
4. Adressering van prohibatieve en affirmatieve omstandigheden	100
5. Werking en nut van de catalogus	112
6. Beschouwing	113
 DEEL II Gezondheidsrechtelijk domein	117
 5. Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard: een systematisch jurisprudentieonderzoek	119
1. Inleiding	120
2. Relevante factoren bij de beoordeling van 'doorwerking' van medische richtlijnen	122
3. Twee recente voorbeelden van richtlijnen over de status waarvan debat bestaan	124
4. Jurisprudentieonderzoek	127
4.1 <i>Opzet</i>	127
4.2 <i>Resultaten</i>	129
5. Beschouwing	133

6. Transgenderzorg aan kinderen; juridische bedenkingen bij het <i>Dutch Protocol</i> (2018)	137
1. Inleiding	138
2. Nadere context van transgenderzorg aan kinderen	141
2.1 <i>De sluiting van de Britse genderkliniek Tavistock</i>	141
2.2 <i>Het dilemma van kinderen en puberteitsremmers</i>	143
2.3 <i>Wat is precies het Dutch Protocol en welke veranderingen heeft het in de loop der tijd ondergaan?</i>	145
3. Moet het Dutch Protocol (2018) leidend zijn bij invulling van de medisch-professionele standaard?	147
3.1 <i>Inleiding; het gebruik van protocollen bij invulling van de medisch-professionele standaard</i>	147
3.2 (i) <i>De norm moet evidence-based zijn</i>	148
3.3 (ii) <i>De norm moet een beperkte ethische dimensie hebben</i>	152
3.4 (iii) <i>De norm is in een behoorlijk vormgegeven proces tot stand gebracht</i>	156
4. Conclusie en slotbeschouwing	159
 7. A Legal Assessment of the <i>Dutch Protocol</i> for Transgender Care to Children: Evidence, Ethics and Procedure	163
1. Introduction	164
2. Further Context of Transgender Care for Children	167
2.1 <i>The Closure of the UK Gender Clinic Tavistock and the Cass Review</i>	167
2.2 <i>The Dilemma of Children and Puberty Blockers</i>	169
2.3 <i>What Exactly is the Dutch Protocol, and How Has It Changed Over Time?</i>	171
3. Should the Dutch Protocol Be Guiding in the Interpretation of the Standard of Care?	173
3.1 <i>Introduction: The Role of Protocols in Interpreting the Standard of Care</i>	173
3.2 (i) <i>The Standard Should Be Evidence-Based</i>	175
3.3 (ii) <i>The Standard Should Have a Limited Ethical Dimension</i>	178
3.4 (iii) <i>The Standard Should Be Created Through a Properly Designed Process</i>	181
4. Concluding Remarks	185

8. Euthanasie en dementie: de medisch-professionele standaard en het Standpunt Beslissingen rondom het levenseinde van de KNMG	189
1. Inleiding	190
2. Het probleem: de norm uit het Standpunt is strenger dan de norm van de Hoge Raad	192
3. Voor welk forum doet het probleem zich voor? Voor de strafrechter, een toetsingscommissie, de medische tucht- of de civiele rechter?	195
4. De medische tuchtrechter en de betekenis van wet en protocollen	198
5. Aan de ratio van de litigieuze norm in het Standpunt van de KNMG kleven gebreken	199
6. De onverenigbaarheid van het Standpunt met de bedoeling van de wetgever	200
7. Conclusie	202
9. Conclusie	205
1. Inleiding	206
2. Maatschappelijke normvorming is in de feitenrechtspraak bijzonder invloedrijk	208
3. Hoe die discrepantie te verklaren?	209
4. Een gezichtspuntencatalogus	210
5. Maatschappelijke normvorming in het medisch domein	211
6. Case study I: Het <i>Dutch Protocol</i> (2018)	212
7. Case study II: Standpunt beslissingen rondom het levenseinde	213
8. Slotsom; weg met de gefronste wenkbrauwen	214
9. Nadere onderzoeksvragen	215
10. Separate beantwoording deelvragen	218
11. Methodologische reflecties	224

Appendices	227
English Summary	228
Literatuur	230
Rechtspraak	244
Bijlagen	249
<i>Bijlage 1: overzicht systematisch jurisprudentieonderzoek bij: C.O. Hoekstra, 'Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheidsnorm: een systematisch jurisprudentieonderzoek', AV&S 2020/38, afl. 6, p. 224-231.</i>	249
<i>Bijlage 2: overzicht systematisch jurisprudentieonderzoek bij: C.O. Hoekstra, 'Maatschappelijke regulering als effectief en waardevol rechtsvindingsinstrument: een vergelijking tussen doctrine en feiten-recht-spraak', NJB 2021/2722, afl. 37, p. 3090-3099.</i>	252
<i>Bijlage 3a: codeerschema van systematisch jurisprudentieonderzoek van civiele rechtsppraak bij: C.O. Hoekstra, 'Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard', TvGR 2024, 48, afl. 1, p. 53-66.</i>	255
<i>Bijlage 3b: overzicht systematisch jurisprudentieonderzoek van civiele rechtsppraak bij: C.O. Hoekstra, 'Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard', TvGR 2024, 48, afl. 1, p. 53-66.</i>	256
<i>Bijlage 3c: codeerschema van systematisch jurisprudentieonderzoek tuchtrechtspraak bij: C.O. Hoekstra, 'Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard', TvGR 2024, 48, afl. 1, p. 53-66.</i>	265
<i>Bijlage 3d: overzicht systematisch jurisprudentieonderzoek van medische tuchtrechtspraak bij: C.O. Hoekstra, 'Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard', TvGR 2024, 48, afl. 1, p. 53-66.</i>	266
<i>Bijlage 4: bijdrage aan de gedeelde publicaties</i>	274
Dankwoord	275

1. Inleiding

1. Aanleiding

Maatschappelijke regulering is regulering die haar grondslag, ontwikkeling en handhaving vindt in de maatschappij.¹ Dat is in tegenstelling tot klassieke overheidsregulering. Maatschappelijke regulering wordt in de doctrine, rechtspraak en in de praktijk ook wel aangeduid met “private regulering”, “alternatieve regulering”, “soft law” of “zelfregulering”. Ook kent maatschappelijke regulering in praktische zin verschillende verschijningsvormen en benamingen. Voorbeelden van maatschappelijke regulering uit de praktijk zijn (niet-uitputtend): (gedrags)codes, protocollen, richtlijnen, standaarden en convenanten.

Hoewel maatschappelijke regulering van zichzelf niet-juridisch bindend is, kan er wel degelijk juridische betekenis uit afgeleid worden. De precieze betekenis die eraan kan worden toegekend is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en niet in de minste plaats van het type procedure dat gevoerd wordt. Dit proefschrift gaat over het gebruik van maatschappelijke regulering bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW, de invulling van de “medisch professionele standaard” uit art. 7:453 BW en de eerste en tweede medische tuchtnorm uit art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG.

De rol die maatschappelijke regulering speelt bij de concrete invulling van deze open normen is niet gegeven: het onder de noemer van “maatschappelijke regulering” vallen brengt immers geen formeel juridische status met zich, noch is de kwaliteit van regulering die onder deze noemer valt op enige wijze gewaarborgd. Desondanks is algemeen aanvaard dat bij de invulling van een gezondheids- of privaatrechtelijke open norm wel betekenis kan toekomen aan maatschappelijke regulering.² Dat heeft als gevolg dat maatschappelijke regulering op zijn minst kan bijdragen aan het ontstaan van rechtsgevolgen. Het is deze status van maatschappelijke regulering welke een spanningsveld oplevert voor wat betreft de rol die maatschappelijke regulering kan aannemen bij invulling van open normen. In dit proefschrift is geprobeerd dat spanningsveld te belichten.

1 A.J. Akkermans, ‘Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen’, *NTBR* 2011, p. 510-515

2 Zie bijvoorbeeld: J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****, Deventer: Kluwer 2005, nr. 79-86.

Aanleiding voor dit onderzoek vormt de bevestiging van een arrest van het gerechtshof Amsterdam door de Hoge Raad in het Meetinstructie-arrest.³ Partij in dit geschil is enerzijds een stel dat samen een woning heeft gekocht en anderzijds de door de verkopende partij ingeschakelde NVM-verkoopmakelaar. In het geding is de vraag of de verkoopmakelaar van de woning onrechtmatig jegens de kopers van diezelfde woning heeft gehandeld door in de verkoopbrochure een volgens de kopers van de woning onjuist oppervlakte van de woning te vermelden. In plaats van de netto oppervlakte of de gebruiksoppervlakte van de woning vermeldde de brochure (onder algemeen voorbehoud) de bruto vloeroppervlakte van de woning: “ca 80 m²”. Het gevolg was dat de kopers een woning kochten die bijna acht vierkante meter minder gebruiksoppervlakte bezat dan zij veronderstelden ten tijde van de koop (een vermindering van 10% van de gebruiksoppervlakte). De kopers voeren daarom aan dat zij teveel voor de woning hebben betaald nu de gebruiksoppervlakte lager blijkt uit te vallen dan dat zij verwachtten en dat zij schade hebben geleden als gevolg van de vermelding van de bruto vloeroppervlakte van de woning in plaats van de (netto) gebruiksoppervlakte.⁴ Zij stellen de verkoopmakelaar (wegens het ontbreken van een contractuele relatie tussen hen) aansprakelijk wegens handelen van de makelaar “in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt” ex art. 6:162 lid 2 BW.

De kopers baseren hun stelling op het feit dat de verkoopmakelaar zich bij het opmeten van de woning niet heeft gehouden aan wat heet “de Meetinstructie”, een vorm van maatschappelijke regulering. De Meetinstructie is een door de Ledenraad van de Nederlandse Vereniging van Makelaars (“NVM”) aan haar leden (in casu is de verkoopmakelaar lid van de NVM) opgelegde regel om te handelen volgens een andere regel, een norm van de Stichting Nederlands Normalisatie Instituut (“NEN”). Het gaat in casu om: NEN 2580. NEN 2580 schrijft voor dat in een verkoopbrochure de gebruiksoppervlakte (dus de netto-oppervlakte van de woning) vermeld dient te worden, tenzij vermeld wordt dat een andere meetmethode is gebruikt en daarbij vermeld wordt welke meetmethode dat is.⁵

3 Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1172, NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*).

4 Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1172, NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*), r.o. 3.2.1.

5 Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:191, r.o. 3.3. Ik verwijs naar het arrest van het gerechtshof omdat de uitspraak van de rechtbank Amsterdam niet is gepubliceerd; Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1172, NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*), r.o. 3.1.

In eerste aanleg oordeelt de rechtbank Amsterdam dat de makelaar niet gehouden was de Meetinstructie te volgen, omdat deze volgens de rechtbank Amsterdam ten tijde van het meten en te koop aanbieden van de woning door de Ledenraad van de NVM nog niet verplicht was gesteld.⁶

Tegen dat oordeel gaan de kopers in beroep. Het gerechtshof Amsterdam oordeelt ten eerste dat de verkoopmakelaar de Meetinstructie wel degelijk had moeten toepassen. In het hoger beroep blijkt dat een verschillende datum bestaat voor toepassing van de Meetinstructie van reeds aangeboden woningen en nog aan te bieden woningen.⁷ Hierdoor was de verkoopmakelaar ten tijde van het te koop zetten van de woning wel reeds jegens de NVM verplicht de Meetinstructie toe te passen. Het hof oordeelt uiteindelijk dat de verkoopmakelaar onrechtmatig handelde jegens de kopers van de woning omdat: “de Ledenraad van de NVM heeft besloten de Meetinstructie voor de bij haar aangesloten makelaars verplicht te stellen, omdat derden erop moeten kunnen vertrouwen dat het woonoppervlak dat bij verkoop wordt vermeld niet de bruto maar de netto (gebruiks)oppervlakte betreft.”⁸ Tegen het arrest van het gerechtshof Amsterdam gaat de verkoopmakelaar in cassatie.

In cassatie is onbestreden dat de verkoopmakelaar jegens de NVM verplicht was om de Meetinstructie toe te passen.⁹ A-G Valk concludeert desalniettemin dat niet-naleving van de Meetinstructie niet (zo maar) leidt tot onrechtmatig handelen van de verkoopmakelaar. Hij komt daartoe aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad (het Trombose-arrest¹⁰ en Achmea/R.¹¹) en de stand van de literatuur.^{12,13} Daaruit volgt volgens de A-G dat maatschappelijke regulering¹⁴ weliswaar relevant is en gewicht in

6 Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:191, r.o. 3.3. Ik verwijs naar het arrest van het gerechtshof omdat de uitspraak van de rechtbank Amsterdam niet is gepubliceerd.

7 Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:191, r.o. 3.7-3.9.

8 Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:191, r.o. 3.7.

9 Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1172, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*), r.o. 3.4.3.

10 Hoge Raad 02-03-2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001, 649 m.nt. J.B.M. Vranken, F.C.B. van Wijmen (*Trombose*).

11 Hoge Raad 18-4-2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel, H.B. Krans (*Achmea/R.*).

12 I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht 8), Deventer: Kluwer 2007, P. 116; J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****, Deventer: Kluwer 2005, nr. 84.

13 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. 2.10-2.12.

14 De A-G spreekt overigens van “private regelgeving”.

de schaal legt bij de beoordeling van mogelijk onzorgvuldig handelen, maar dat maatschappelijke regulering op zichzelf niet beslissend kan zijn voor dat onrechtmatigheidsoordeel. Vervolgens concludeert de A-G dat dit nu echter wel precies is wat het hof heeft gedaan. Door “enkel *in abstracto te spreken over het vertrouwen dat derden moeten kunnen stellen in de opgave door een makelaar van het woonoppervlak van een woning*”¹⁵, heeft het hof onvoldoende aansluiting gezocht bij de feiten en omstandigheden van het concrete geschil en daarmee beslissende betekenis toegekend aan de Meetinstructie, en dat is volgens de A-G onjuist.¹⁶

Opvallend is dat de Hoge Raad in tegenstelling tot de A-G geen algemeen uitgangspunt over de doorwerking van maatschappelijke regulering hanteert. Bij beantwoording van de vraag of de verkoopmakelaar in kwestie gehouden was om de netto-oppervlakte te vermelden, begint de Hoge Raad met de benoeming van het beoordelingskader waaraan het handelen van een verkoopmakelaar getoetst moet worden, afkomstig uit een eerder arrest.¹⁷ Dit beoordelingskader vormt een concrete uitwerking van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW. De norm uit het arrest wordt gebruikt om een bepaald gevaltype te beoordelen. Zo geldt voor dit gevaltype, het gevaltype: “informatieverstreking in de verhouding verkoopmakelaar-woningkoper” volgens de Hoge Raad dat: “*Bij de beoordeling of de makelaar, door het verstrekken van dergelijke onjuiste of misleidende informatie, onrechtmatig heeft gehandeld jegens de koper, komt het aan op het vertrouwen dat de koper in de omstandigheden van het geval aan de gegeven informatie mocht ontlelen.*”¹⁸

Om te bepalen welke mate van vertrouwen die de kopers in de mededelingen van de verkoopmakelaar mochten hebben kent de Hoge Raad grote (zo niet ‘beslissende’) betekenis toe aan de Meetinstructie. Nu vaststaat dat de makelaar jegens de NVM verplicht was de Meetinstructie toe te passen gaat het in dit arrest om de vraag in hoeverre die verplichting van de verkoopmakelaar bijdraagt aan het vertrouwen dat de kopers mochten hebben in de uitspraken van de verkoopmakelaar (en dus in mogelijk onrechtmatig handelen van de verkoopmakelaar). De Hoge Raad overweegt in dat kader dat de Raden van Toezicht en de Centrale Raad van Toezicht van de NVM

15 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. 2.20.

16 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. 2.20.

17 Hoge Raad 17-02-2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6162, NJ 2012/290 m.nt. L.C.A. Verstappen (Aansprakelijkheid verkoopmakelaar), r.o. 3.3.4.

18 Hoge Raad 13-07-2018, ECLI:NL:HR:2018:1172, NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen (Meetinstructie), r.o. 3.4.2.

toezicht houden op de naleving van de Meetinstructie door NVM-leden. Hij verwijst daarbij naar een uitspraak van de Centrale Raad van Toezicht van de NVM waarin wordt overwogen dat kopers van woningen in beginsel moeten kunnen uitgaan van de juistheid van verkoopdocumentatie en komt tot de conclusie dat de Meetinstructie strekt tot de bescherming van de belangen van (aspirant-)kopers.¹⁹

De Hoge Raad oordeelt uiteindelijk: *“Aldus bepaalt de meetinstructie in belangrijke mate het vertrouwen dat kopers van woningen die worden aangeboden door NVM-makelaars, mogen ontlenen aan de in de verkoopinformatie genoemde woon- of gebruiksoppervlakte: in beginsel mogen zij ervan uitgaan dat de vermelde oppervlakte is gemeten met inachtneming van de meetinstructie en dus (...) overeenkomt met het netto woonoppervlak van de woning.”*²⁰

In casu bepaalt de Meetinstructie, een maatschappelijk reguleringsinstrument, dus in belangrijke mate het vertrouwen dat de kopers mochten en hebben in de mededelingen van de verkoopmakelaar en mogen zij ervan uitgaan dat de vermelde verkoopinformatie in overeenstemming is met dat wat de Meetinstructie voorschrijft. Daarmee is de Meetinstructie bepalend, en mogelijk zelfs beslissend of doorslaggevend, voor de invulling van het gevaltype “informatieverstrekking in de verhouding verkoopmakelaar-koper” en dus ook voor de invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW.

De Hoge Raad lijkt de toepassing van de Meetinstructie daarmee minder te problematiseren dan de A-G. Ter rechtvaardiging voor het gebruik ervan verwijst de Hoge Raad slechts naar het feit dat de NVM naar buiten toe uitdraagt toepassing van de Meetinstructie te willen handhaven vanwege het belang dat aspirant-kopers hebben bij correcte informatievoorziening en verwijst hij daarbij naar een uitspraak van de Centrale Raad van Toezicht van de NVM.²¹ Hoewel de Hoge Raad – om in de woorden van de A-G te spreken – de Meetinstructie “afweegt tegen andere feiten en omstandigheden”²² is het de vraag of de A-G deze concrete afweging in gedachten had. Daarbij zij gezegd dat toepassing van welke regel dan ook dient te geschieden ‘tegen

19 Hoge Raad 13-07-2018, ECLI:NL:HR:2018:1172, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*), r.o. 3.4.4.

20 Hoge Raad 13-07-2018, ECLI:NL:HR:2018:1172, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*), r.o. 3.4.5.

21 Hoge Raad 13-07-2018, ECLI:NL:HR:2018:1172, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*), r.o. 3.4.4.

22 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. 2.20.

afweging van de feiten en omstandigheden van het concrete geval', al is het maar om te bepalen of een regel überhaupt van toepassing is.

Hier beginnen de contouren van dit onderzoek duidelijker te worden. Het is precies deze vraag, de vraag naar de te maken afweging van doorwerking van maatschappelijke regulering tegen de feiten en omstandigheden van het concrete geval, die centraal staat in dit onderzoek. Want hoewel het betoog van de A-G op dit punt mogelijk niet uitputtend is, kan doorwerking van maatschappelijke regulering natuurlijk niet automatisch geschieden en dient daarom altijd beoordeeld te worden aan de hand van het concrete feiten-complex. Ook roept het Meetinstructie-arrest vragen op over het gebruik van maatschappelijke regulering in een meer algemene context. Komt het vaak voor dat maatschappelijke regulering wordt gebruikt als concrete invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm in een geschil over het al dan niet onzorgvuldig handelen van één der partijen? En als maatschappelijke regulering wordt aangehaald als concrete invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, is dat dan het gevolg van partijdebat over de toepasselijkheid van dergelijke regulering en is het Meetinstructie-arrest in die zin exemplarisch of vormt de problematisering van toepasselijkheid van maatschappelijke regulering in het Meetinstructie-arrest juist de uitzondering op de regel?

Voornoemde vragen vormen het startpunt van dit onderzoek. Voordat ik echter overga tot de precieze formulering van mijn onderzoeksvraag (paragraaf 4) zal ik eerst nadere informatie over het fenomeen "maatschappelijke regulering" verschaffen (paragraaf 2) en zal ik de relevantie van het dit onderzoek beargumenteren (paragraaf 3). Nadat ik mijn onderzoeksvragen heb geformuleerd zal ik overgaan tot bespreking van de gehanteerde onderzoeksopzet en -methode (paragraaf 5).

2. Achtergrond

Dit proefschrift bestaat in de kern genomen uit een zevental losse verhandelingen over de doorwerking van maatschappelijke regulering. Het betreft 'een proefschrift op artikelen'. Voordat ik in staat ben uiteen te zetten hoe de losse artikelen die ik heb geschreven zich verhouden tot de beantwoording van mijn onderzoeksvraag ben ik eerst genoodzaakt wat verder uit te wijden over het fenomeen "maatschappelijke regulering".

In mijn onderzoek speelt “maatschappelijke regulering”²³ de hoofdrol. Maatschappelijke regulering kent vele gedaanten en een rijke hoeveelheid benamingen. De term “maatschappelijke regulering” is een paraplubegrip waaronder alle vormen van regulering vallen die niet aan te merken zijn als een wet in formele of materiële zin: het gaat om regulering die uit de maatschappij zelf komt, al dan niet op initiatief van de wetgever.²⁴ Vanwege de rol die de maatschappelijke actoren zelf spelen wordt ook vaak van “zelfregulering” gesproken.²⁵ Andere begrippen die gehanteerd worden zijn: *soft law* (vanwege het niet rechtstreeks bindende karakter van de regulering en in de context van regelgeving afkomstig van Europese Unie-organen)²⁶, meta-regulering (wanneer de wetgever toekomstige normadressaten aanspoort tot zelfregulering)²⁷, co-regulering (wanneer wordt samengewerkt met de wetgever of andere organen met publiekrechtelijke bevoegdheden)²⁸, alternatieve regelgeving (als alternatief op algemeen verbindende voorschriften)²⁹ en private regelgeving (wanneer maatschappelijke regulering wordt opgesteld door private entiteiten of vanwege het ontbreken van enige publiekrechtelijk gezag bij de regelgevers)³⁰.

De keuze voor de term maatschappelijke regulering is niet zonder implicaties. De belangrijkste is mijns inziens dat gebruik van een dergelijk (amorf) paraplubegrip ertoe leidt dat een grote verscheidenheid aan niet- of ‘minder’-statelijke³¹ regulering, elk met eigen karakteristieken en eigenaardigheden, tot het object van onderzoek behoort. Er is voor deze brede onderzoeksoepzet gekozen omdat op het moment van aanvang van onderzoek geen concrete aanleiding bestond om op voorhand bepaalde regulering buiten het bereik van het onderzoek te houden.

23 Ontleend aan: Akkermans 2011.

24 Akkermans 2011.

25 C. Coglianese & E. Mendelson, ‘Meta-Regulation and Self-Regulation’, in: R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press: Oxford 2010, p. 146-168.

26 A.G. Castermans, ‘2. De burger en de betamelijkheidsnorm’, in: *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Preadviezen* (Handelingen Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 72 e.v.; L.A.J. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Bloomsbury Publishing: Londen 2004; L.A.J. Senden, ‘Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?’, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9, No. 1, januari 2005.

27 C. Coglianese & E. Mendelson 2010, p. 146-168.

28 Senden 2005.

29 Giesen 2007.

30 K.J.O. Jansen ‘Verkeersopvattingen en private regelgeving. Over maatschappelijke opvattingen als bron van ongeschreven privaatrecht’ *NTBR* 2020/5, afl. 2, p. 26-41.

31 Wanneer bijvoorbeeld een opdracht tot regulering is gegeven aan private entiteiten door een publiekrechtelijk orgaan.

Ik merk hier graag nog op dat de keuze voor de term maatschappelijke regulering niet van meet af aan *set in stone* was. Als gevolg van voortschrijdend inzicht is de gebezigde terminologie een aantal keer gewijzigd. In dit proefschrift kan dan ook een drietal verschillende termen gevonden worden: private regelgeving, maatschappelijke normvorming en maatschappelijke regulering. Ik heb ervoor gekozen om in de inleiding en conclusie consequent over maatschappelijke regulering te spreken.

In de literatuur over maatschappelijke regulering wordt stilgestaan bij verschillende componenten en effecten van dit type regulering. Zo wordt rechtsfilosofisch nagedacht over de plek van maatschappelijke regulering in een algemeen normenbestel³² en wordt geschreven over de mogelijkheid juridisch gebonden te raken aan maatschappelijke regulering.³³ Mijn onderzoek heeft betrekking op dat tweede aspect: binding aan normen uit maatschappelijke regulering in aansprakelijkheids- en gezondheidsrechtelijke verhoudingen.

De terminologie ‘binding aan maatschappelijke regulering’ is niet zonder meer onproblematisch. Vooral wanneer het gaat om binding van derden aan maatschappelijke regulering dringen zich problemen van meer fundamentele aard op. De opstellers van maatschappelijke regulering zijn namelijk niet-noodzakelijk gelegitimeerd³⁴ om derden te binden: zij vormen immers in de regel geen onderdeel van de wetgevende macht. Zo bezien levert ‘binding’ aan normen afkomstig uit maatschappelijke regulering een inbreuk op de trias politica op. Ik meen echter dat binding aan maatschappelijke regulering voor dit onderzoek niet de meest accurate omschrijving is.³⁵ Relevant daarvoor is natuurlijk wel de definitie die voor “binding” gehanteerd wordt.

Een definitie waarbij ervan uit wordt gegaan dat de binding van derden aan een maatschappelijke norm in de maatschappelijke regulering zelf zit gebakken levert als gezegd een probleem op met beginselen van de trias politica nu maatschappelijke actoren niet bevoegd zijn bindende regels voor derden te stellen. Wanneer binding aan maatschappelijke regulering echter

32 H.K. Lindahl, ‘Zelfregulering: rechtsvorming, democratie en reflexieve identiteit’, *RM Themis* 2006-2.

33 Giesen 2020, Jansen 2020, E. Korthals Altes, ‘De wereld van J.B.M. Vranken. Een vervolg (II slot)’, *WPNR* 2005, afl. 6644, nr. 29; A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen, ‘Private normstelling: criteria voor toepassing in de rechtszaal’, *RegelMaat* 2009, 24(4).

34 Dit kan echter wel het geval zijn wanneer de opstellers van de regulering daartoe gemachtigd zijn door de wetgever of andere instanties die bevoegd zijn tot vervaardiging van algemeen verbindende voorschriften.

35 Niet iedereen deelt die mening. Zie bijvoorbeeld: A.R. Neerhof, *Bindende werking van private normen en regels in het privaatrechtelijk bouwrecht. Een analyse naar aanleiding van arresten over de Meetinstructie voor makelaars, met een doorkijk naar de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen*, Instituut voor Bouwrecht: Den Haag 2023.

meer feitelijk wordt gezien (de facto binding), ontstaat wél ruimte voor maatschappelijke regulering om juridische betekenis te krijgen.

Onder de facto binding aan maatschappelijke regulering in privaatrechtelijke verhoudingen versta ik dat juridische binding naar de letter genomen plaatsvindt krachtens een toepasselijke wet (zoals de in dit onderzoek centraal staande maatschappelijke betamelijkheid uit art. 6:162 lid 2 BW en de medisch professionele standaard uit art. 7:453 BW en de eerste en tweede tuchtnorm uit art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG), maar dat in materiële zin, feitelijk gezien een norm uit maatschappelijke regulering wordt toegepast. Wanneer in een concreet geval geoordeeld moet worden of een dergelijke open norm is overtreden kan het goed zijn dat een rechter zijn toevlucht neemt tot vormen van maatschappelijke regulering. Als een rechter dan tot de conclusie komt dat de regel uit maatschappelijke regulering de open norm in het concrete geval inderdaad weergeeft, heeft dat tot gevolg dat de normadressaat zich aan die norm te houden heeft omdat zijn wederpartij mogelijk aanspraak kan maken op civielrechtelijke remedies, ten koste van de normadressaat. Dat heeft tot gevolg dat juridisch gezien weliswaar sprake is van binding aan de wettelijke regel waarin de open norm is neergelegd, maar dat dit de facto betekent dat binding aan de materiële norm uit maatschappelijke regulering plaatsvindt. Om (semantische) discussies te voorkomen spreek ik in dit onderzoek daarom van “doorwerking van maatschappelijke regulering in een wettelijke open norm” en niet van “binding aan maatschappelijke regulering”.

3. Relevantie

De Hoge Raad heeft de vraag naar juridische doorwerking van maatschappelijke regulering in het gevaltype “informatieverstrekking in de verhouding verkoopmakelaar-koper” in wezen wel beantwoord. Wanneer sprake is van maatschappelijke regulering die wordt opgelegd vanuit een beroepsvereniging, die regulering strekt tot bescherming van de belangen van aspirant-kopers en wanneer de vereniging handhaving van toepassing van de maatschappelijke regulering naar buiten toe uitdraagt, kan maatschappelijke regulering voor dit gevaltype doorwerken in de maatschappelijke betamelijkheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW.

Daarmee is de kous echter niet af. Ten eerste geldt natuurlijk dat het aansprakelijkheidsrecht nog vele andere gevaltypen kent dan alleen het

eerdergenoemde. Voor die verschillende gevaltypen zullen weer andere beoordelingsfactoren van belang zijn. In het verlengde daarvan geldt dat er ook veel meer verschillende soorten van maatschappelijke regulering bestaan dan slechts de regulering die aan bod is gekomen in het Meetinstructie-arrest en andere rechtspraak van de Hoge Raad.³⁶ Daarbij kan bijvoorbeeld onderscheid gemaakt worden tussen de opstellers daarvan (niet elke type maatschappelijke regulering is opgesteld door een branchevereniging zoals het geval was in het Meetinstructie-arrest) en de vraag wie erdoor beschermd wordt (niet altijd strekt de regulering ertoe om derden te beschermen, soms strekt de regulering ertoe om de normadressaat zelf te beschermen). Te denken valt aan regulering die is opgesteld door experts uit een bestaand maatschappelijk veld (zoals bijvoorbeeld medische protocollen of richtlijnen) en aan maatschappelijke regulering die is ontstaan uit samenwerking tussen belangengroepen met mogelijkerwijs tegengestelde belangen.

Het is de vraag in hoeverre het Meetinstructie-arrest eveneens van toepassing is in andere aansprakelijkheidsrechtelijke casus. Daarover laat de Hoge Raad zich immers niet uit. Of en onder welke omstandigheden maatschappelijke regulering kan doorwerken in andere casus blijkt niet uit het arrest. Deze kennislacune wordt hier niet voor het eerst geconstateerd. In de doctrine is meermaals opgemerkt dat meer onderzoek nodig is naar de doorwerking van maatschappelijke regulering.³⁷

De vraag rest wel of de situatie uit het Meetinstructie-arrest waarin discussie bestaat over de toepasselijkheid van maatschappelijke regulering zich vaker voordoet of dat sprake is van een typisch ‘studeerkamergevalletje’. Deze vraag kan eigenlijk pas sluitend beantwoord worden na een grondig (systematisch) jurisprudentieonderzoek. Meer kwalitatief bewijs voor de relevantie van het onderwerp is echter wel reeds te vinden in één van de bekendste uitspraken in de lagere rechtspraak van in ieder geval de periode waarover dit onderzoek zich uitstrekt³⁸, namelijk: het vonnis van de rechtbank Den Haag in de Royal Dutch Shell (“RDS”) Klimaatzaak.³⁹

36 Zie daartoe paragraaf 1.5.1.4.

37 Asser/Vranken 2005, nr. 91; I Giesen, ‘(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een “Rel”’, *NTBR* 2018/19, p. 135; M.C. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law*, Tilburg: PrismaPrint 2016, p. 268; P.W.J. Verbruggen, ‘In tijden van verandering. Over de relatie tussen het privaatrecht en private regelgeving’, *WPNR* 2019, afl. 7242, p. 448.

38 Dat is vanaf april 2020 tot en met juli 2024.

39 Rechtbank Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA: 2021:5337. In het arrest van het hof Den Haag (Gerechtshof Den Haag 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099) wordt de UNGP weliswaar gebruikt maar neemt het een minder prominente rol in.

Hoewel de RDS Klimaatzaak geen centrale rol speelt in dit onderzoek, is de zaak wel illustratief voor de relevantie ervan. In de RDS Klimaatzaak eist Stichting Milieudefensie⁴⁰ (hierna: “Milieudefensie”) in een collectieve actie dat RDS haar CO₂ uitstoot met netto 45% vermindert. Milieudefensie baseert haar vordering voor een significant deel op de *United Nations Guiding Principles* (“UNGP”), een instrument dat onder de noemer “maatschappelijke regulering” valt. De UNGP is een document dat is opgesteld door een speciale afgezant van de Verenigde Naties (John Ruggie) waarin regels staan opgenomen over de *verantwoordelijkheden van staten en bedrijven met betrekking tot de bescherming van mensenrechten*.⁴¹ De UNGP is in 2011 unaniem aanvaard door de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties en is sindsdien op individuele basis door verschillende entiteiten onderschreven zoals bijvoorbeeld interstatelijke samenwerkingsverbanden zoals de Europese Unie maar ook door verschillende multinationals, zoals niet in de minste plaats door RDS zelf.⁴²

In eerste aanleg gebruikt Milieudefensie het beoordelingskader dat in de UNGP is opgesteld om het handelen van RDS aan te toetsen. Paradigmatisch is dat RDS zich hiertegen verweert door te stellen dat de UNGP niet aan is te merken als wet in formele zin en daarom geen juridische betekenis toekomt, zonder verder echt inhoudelijk in te gaan op de UNGP en daaruit voortvloeiende verantwoordelijkheden.⁴³ De rechtbank Den Haag gaat niet mee in het verweer van RDS en oordeelt dat de UNGP een maatschappelijk aanvaard, gezaghebbend instrument is, dat bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW betekenis toekomt. De rechtbank Den Haag gebruikt vervolgens een groot deel van de UNGP-hoofdstukken en -bepalingen die betrekking hebben op de door bedrijven te nemen verantwoordelijkheid ten aanzien van de bescherming van mensenrechten om het te gebruiken beoordelingskader vorm te geven⁴⁴ en oordeelt uiteindelijk dat RDS verplicht is haar CO₂-uitstoot met netto 45% te verminderen⁴⁵.

40 Een stichting die opkomt voor belangen van de inwoners van Nederland bij de strijd tegen klimaatverandering.

41 Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, A/HRC/17/31 (Geneva 2011).

42 Shell 2019, <https://www.shell.com/sustainability/people/humanrights.html#iframe=L3dIYmFwcHMvU3VzdGFpbmFiaWxpdlHlfcmlVwb3J0XzIwMTkv>.

43 Royal Dutch Shell, 2019, Conclusie van antwoord, nr. 649. Online raadpleegbaar via: https://www.shell.nl/about-us/news/2020/hoe-denkt-shell-over-de-klimaatzaak/_jcr_content/root/main/section_1397564937/text.multi.stream/1697185583608/680b9e1cf14a05eea1034b765cb9f9469c25b88c/introduction-conclusion-of-answer.pdf.

44 Rechtbank Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA: 2021:5337, r.o. 4.4.11-4.4.21.

45 Rechtbank Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA: 2021:5337, r.o. 4.4.55.

Inmiddels is het vonnis van de rechtbank Den Haag in de RDS Klimaatzaak door het hof Den Haag vernietigd.⁴⁶ Daarmee is echter niet gezegd dat het hof geen rol van betekenis toekent aan de UNGP. Want hoewel minder uitvoerig gemotiveerd dan in eerste aanleg, is die rol er wel degelijk nog: “De zorgvuldigheidsverplichting ter zake van het klimaat kan nader worden ingevuld aan de hand van soft law zoals de UNGP en de OESO-richtlijnen.”⁴⁷ Dat het hof niet tot een concrete reductieverplichting voor RDS komt, houdt slechts in beperkte mate verband met de juridische doorwerking van de UNGP. Dit hangt veeleer samen met het feit dat de UNGP (en andere rechtsvindingsinstrumenten) op zichzelf onvoldoende concreet zijn om een specifiek reductiepercentage te kunnen afleiden. De UNGP hebben immers primair betrekking op de vraag hoe ondernemingen bij de uitoefening van hun activiteiten rekening moeten houden met mensenrechten.

De vraag rijst natuurlijk of de facto binding aan de UNGP zo maar kan, maar ook hoe bijzonder het nu eigenlijk is dat een rechter zoiets doet. Deze vragen en de poging tot beantwoording daarvan, komen aan bod in dit promotieonderzoek. In de volgende paragraaf wordt de vraagstelling nader geconcretiseerd.

4. Vraagstelling

In dit proefschrift is de rol die maatschappelijke regulering speelt bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW en de medisch professionele standaard uit art. 7:453 BW en art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG onderzocht. Met het onderzoek beoog ik een bijdrage te leveren aan de invulling van het hiervoor in paragraaf 1 geïdentificeerde en in paragraaf 3 nader geïllustreerde kennishiaat. Doel is om in beeld te krijgen welke rol maatschappelijke regulering nu werkelijk speelt in het algemene aansprakelijkheidsrecht en het medisch aansprakelijkheids- en tuchtrecht en beantwoording van de vraag *waarom het die rol speelt*.

4.1 Twee domeinen

Het onderzoek heeft betrekking op twee juridische domeinen: enerzijds het algemene aansprakelijkheidsrecht en anderzijds het medisch aansprakelijkheids- en tuchtrecht. De keuze daarvoor laat zich motiveren aan de hand van

46 Gerechtshof Den Haag, 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099, r.o. 8.1.

47 Gerechtshof Den Haag, 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099, r.o. 7.55 en 7.61.

voortschrijdend inzicht als gevolg van onderzoek naar de rol van maatschappelijke regulering in het algemene aansprakelijkheidsrecht. In de medisch-juridische doctrine is het namelijk (in tegenstelling tot in de algemeen aansprakelijkheidsrechtelijke doctrine) algemeen aanvaard dat bij de vaststelling of een arts conform de medisch professionele standaard in een concreet geval heeft gehandeld, sterk geleund wordt op maatschappelijke regulering (in de vorm van protocollen, richtlijnen en standaarden).⁴⁸ Het voert op dit punt in dit onderzoek te ver om de rechtvaardiging voor die keuze tot in detail uit te diepen: deze is als gezegd een gevolg van voortschrijdend inzicht en er is voor gekozen eerst dat voortgeschreden inzicht te presenteren.

4.2 Onderzoeksvraag

Mijn onderzoeksvraag is: *“Welke rol speelt maatschappelijke regulering bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW en invulling van de medisch professionele standaard neergelegd in art. 7:453 BW en art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG door de civiele respectievelijk medische tuchtrechter, hoe kan die rol verklaard worden en welke factoren zouden bij de beoordeling van die doorwerking relevant moeten zijn?”*

De specifiek te onderzoeken aspecten en daarmee het bereik van de onderzoeksvraag hangen in dit geval natuurlijk af van de vraag wat onder “de rol die maatschappelijke regulering speelt” valt. Hieronder zal ik dat toelichten. Voordat ik dat doe, eerst nog het volgende.

Als gezegd heeft de onderzoeksvraag betrekking op twee domeinen: een algemeen domein waarbij invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW wordt onderzocht en een medisch domein waarbij medisch tucht- en aansprakelijkheidsrecht voorwerp van onderzoek zijn. De hierna te formuleren deelvragen zijn opgesplitst per domein. Enkele deelvragen zal ik beantwoorden voor beide domeinen en andere deelvragen komen slechts aan bod in één van beide domeinen.

4.3 Deelvragen algemeen domein

Onder “de rol die maatschappelijke regulering speelt” versta ik in ieder geval de frequentie waarin een rechter al dan niet in overeenstemming met aangevoerde maatschappelijke regulering oordeelt en welk gewicht door een rechter wordt toegekend aan de aangevoerde maatschappelijke regulering. De eerste twee deelvragen laten zich dan ook als volgt formuleren: i) “Hoe

48 H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 71.

vaak is in een civiele procedure in eerste of tweede aanleg de aangehaalde maatschappelijke regulering in overeenstemming met de ad hoc geconstrueerde zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW?"; en ii) "Welk gewicht wordt in een civiele procedure in eerste of tweede aanleg toegekend aan de norm uit maatschappelijke regulering bij invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW?"

De onderzoeksvraag bevat ook een component waarmee gepoogd wordt de rol die maatschappelijke regulering speelt in de door mij gekozen domeinen te verklaren. Dit onderdeel heeft betrekking op de vraag *waarom* rechters maatschappelijke regulering gebruiken bij de beoordeling van mogelijk onzorgvuldig handelen en is onder te verdelen in de volgende deelvragen: iii) "Hoe motiveren rechters doorwerking of verwerping van doorwerking van maatschappelijke regulering?"; iv) "Welke factoren worden in rechtspraak van de Hoge Raad en in de doctrine relevant geacht bij de beoordeling van doorwerking van maatschappelijke regulering?"; v) "Welke factoren maken in de rechtspraktijk dat maatschappelijke regulering doorwerkt?"; en vi) "Welke factoren zouden relevant moeten zijn bij de beoordeling van mogelijke juridische doorwerking van maatschappelijke regulering in de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW?"

4.4 Deelvragen medisch domein

Voor wat betreft het medisch domein geldt eveneens dat ik onder "de rol die maatschappelijke regulering speelt" in ieder geval versta hoe vaak medische maatschappelijke regulering doorwerkt en hoe vaak niet. Omdat de algemene status voor wat betreft de juridische kracht van maatschappelijke regulering verschilt van de algemene status in het algemeen aansprakelijkheidsrechtelijk domein, onderzoek ik in het medisch domein niet welke betekenis de (tucht)rechter toekent aan aangevoerde maatschappelijke regulering, maar wel hoe vaak de toepassing daarvan geproblematiseerd wordt door de wederpartij in het geschil.⁴⁹ De eerste deelvragen laten zich dan ook als volgt formuleren: vii) "Hoe vaak werkt medische maatschappelijke regulering door in de medisch professionele standaard zoals neergelegd in art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW en art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG?"; en viii) "Hoe vaak wordt het gebruik van maatschappelijke regulering door één der procespartijen aangevochten wanneer de medisch professionele standaard

49 Zie daartoe uitgebreider de volgende paragraaf.

wordt ingevuld op grond van art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW of art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG?”

Ook bevat het medisch domein van dit onderzoek een verklarende component en heeft daarmee betrekking op de vraag waarom (tucht)rechters medische maatschappelijke regulering al dan niet laten doorwerken in de medisch professionele standaard. De eerste verklarende deelvraag voor het medisch domein luidt: ix) “Hoe motiveren (tucht)rechters het al dan niet doorwerken van maatschappelijke regulering in de medisch professionele standaard?”

De laatste deelvragen verschillen van het algemeen aansprakelijkheids-rechtelijk domein. Dat heeft eveneens te maken met het vertrekpunt in de beoordeling van doorwerking van medische maatschappelijke regulering. In plaats van te onderzoeken welke factoren precies relevant zijn voor de beoordeling is onderzocht hoe bepaalde relevant geachte factoren in de praktijk zouden kunnen werken. De laatste deelvragen luiden daarom: x) “Wat is de juridische status van het *Dutch Protocol 2018*⁵⁰ voor wat betreft mogelijke doorwerking in de medisch professionele standaard in art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW en art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG?”; en xi) “Wat is de juridische status van KNMG-standpunt: beslissingen rondom het levenseinde⁵¹ voor wat betreft mogelijke doorwerking in de medisch professionele standaard in art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW en art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG?” In de volgende paragraaf zal ik mijn keuze voor onderzoek naar beide maatschappelijke reguleringsinstrumenten nader toelichten.

5. Opzet en methode

Dit proefschrift bestaat in de kern genomen uit een zevental bijdragen. Voor een onderzoek dat is gebaseerd op losse bijdragen is destijds bewust gekozen, een promotieonderzoek ‘op artikelen’ vergroot de flexibiliteit van het onderzoek: het stelt de onderzoeker in staat om slagvaardiger om te gaan met nieuw verkregen informatie zoals natuurlijk de eigen onderzoeksresultaten maar ook meer externe factoren zoals bijvoorbeeld de aankondiging

50 De meest recente versie van het Dutch Protocol is de “Kwaliteitsstandaard Transgenderzorg – Somatisch (2018).

51 KNMG, *KNMG-standpunt: Beslissingen rond het levenseinde*, 18 november 2021. Raad te plegen via: <https://knmg-standpunt.maglr.com/knmg-standpunt-levenseinde/standpunt-levenseinde>.

van nieuwe wetgeving of een baanbrekend arrest waarin een radicale koerswijziging waarneembaar is of lijkt.

De zeven losse bijdragen in dit proefschrift zijn weliswaar verwant aan elkaar, maar lopen niet naadloos in elkaar over. De ontstane plooien probeer ik daarom in de inleiding en conclusie glad te strijken. Gevolg daarvan is wel dat de mate waarin een in elkaar overlopend verhaal geponeerd wordt hier en daar gekunsteld over kan komen. Voor een soepele overgang tussen de losse publicaties is wanneer op basis van losse publicaties promotieonderzoek wordt gedaan, in die publicaties zelf namelijk onvoldoende ruimte. De bijdragen dienen voor publicatie in vaktijdschriften immers elke keer weer een op zichzelf staande bijdrage te zijn: onbeperkt voortborduren op een vorig stuk zit er dus niet in.

Ik licht in deze paragraaf toe welke methode ik heb gebruikt ter beantwoording van de verschillende deelvragen van mijn onderzoek. De gebruikte methoden, de beperkingen die deze met zich brengen en de pogingen die ik heb gedaan om die beperkingen te mitigeren of in ieder geval aan banden te leggen, licht ik per deelvraag toe. Omdat dit proefschrift is gebaseerd op een zevental losse bijdragen staan belangrijke delen van gebruikte methodes al in die publicaties die als losse hoofdstukken in dit proefschrift staan opgenomen. Ik zal wanneer dat het geval is naar deze hoofdstukken verwijzen om onnodige herhaling te voorkomen. Ook zal ik mijn keuze voor het gezondheidsrechtelijk domein en het drietal wetsartikelen dat ik heb geanalyseerd beargumenteren.

5.1 Algemeen domein

5.1.1 Deelvraag i

“Hoe vaak is in een civiele procedure in eerste of tweede aanleg de aangehaalde maatschappelijke regulering in overeenstemming met de ad hoc geconstrueerde zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW?”

Met beantwoording van deelvraag i wordt gepoogd een beeld te schetsen van een bestaande rechtspraktijk. Deelvraag i is daarmee descriptief van aard. Deelvraag i kan met kwantitatieve methoden onderzocht worden. Om deelvraag i te beantwoorden is een empirisch-juridische onderzoeksmethode gebruikt. Empirisch-juridisch onderzoek of *Empirical Legal Studies* (“ELS”) is de tak van sport waarin wetenschappers het recht onderzoeken aan de hand

van ‘empirische data’.⁵² Dat wil zeggen: data die gebaseerd zijn op zintuigelijke waarnemingen waarbij het object van onderzoek steeds “de observeerbare wereld van het recht” is.⁵³

ELS is er in drie smaken. Zo bestaat: i) onderzoek naar de assumpties die aan het recht ten grondslag liggen, ii) onderzoek naar de gevolgen of effecten die het recht heeft of kan hebben en iii) onderzoek naar de manier waarop het recht in de praktijk werkt.⁵⁴ Dit onderzoek heeft betrekking op het derde aspect: onderzoek naar de vraag hoe recht in de praktijk werkt.

De centrale onderzoeksvraag in dit onderzoek heeft betrekking op een specifiek aspect van recht in de praktijk, namelijk de rechtspraak. Om te begrijpen hoe de rechtspraak eruit ziet kan een jurisprudentieonderzoek gedaan worden. Hiervoor geldt dat een klassiek-juridisch dogmatisch jurisprudentieonderzoek niet volstaat wanneer een kwantitatieve beschrijving wordt nagestreefd. Juridisch-dogmatisch onderzoek is immers kwalitatief van aard: het beschrijft de stand van het geldend recht of de juistheid of wenselijkheid van een rechterlijke uitspraak.⁵⁵ Omdat gebruik van een juridisch-dogmatisch jurisprudentieonderzoek niet tot beantwoording van mijn kwantitatieve onderzoeksvraag leidt, is gekozen om een “systematisch jurisprudentieonderzoek”⁵⁶ uit te voeren.

Bij een systematisch jurisprudentieonderzoek is het de onderzoeker er (in ieder geval in eerste instantie)⁵⁷ niet om van doen een beschrijving te geven van het geldend recht of zich op individueel niveau uit te laten over de juistheid of wenselijkheid van een rechterlijke uitspraak. Bij een systematisch jurisprudentieonderzoek probeert de onderzoeker daarentegen “verbanden, patronen of ontwikkelingen in uitspraken van (tucht)rechters, arbiters en andere juridische geschilbeslechers op een gestructureerde en replicerbare wijze in kaart te brengen.”⁵⁸ Een systematisch jurisprudentieonderzoek is daarmee een manier om een rechtspraak in feitelijke zin uit te drukken. Afhankelijk van de gebruikte codering of “labels” bevat een systematische jurisprudentieanalyse een meer objectieve weergave van de rechtspraak.

52 P.W.J. Verbruggen, *Methoden van systematische rechtspraakanalyse. Tussen juridische dogmatiek en data science*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 13.

53 Verbruggen 2021, p. 14.

54 C.C.J.H. Bijleveld, *Research methods for empirical legal studies: An introduction*, Den Haag: Eleven International Publishing 2023, p. 8; Verbruggen 2021, p. 14

55 Verbruggen 2021, p. 14.

56 Ook wel systematische jurisprudentieanalyse. Ten behoeve van de leesbaarheid gebruik ik beide begrippen door elkaar.

57 Bijleveld 2023, p. 174.

58 Verbruggen 2021, p. 9.

Een systematisch jurisprudentieonderzoek is in wezen een systematische documentanalyse (systematic content analysis) waarbij het type document dat onderzocht wordt een rechterlijke uitspraak is.⁵⁹ Een systematische documentanalyse is een bekende methode in de sociale wetenschap en wordt in de literatuur omschreven als een onderzoek waarbij de onderzoeker een bepaalde reeks documenten verzamelt (bij een systematisch jurisprudentieonderzoek zijn dat de rechterlijke uitspraken) en deze systematisch leest en de waarbij de onderzoeker consistente kenmerken van de verschillende documenten (uitspraken) noteert en daarvan gevolgtrekkingen maakt.⁶⁰

Met de uitkomsten van een systematische jurisprudentieanalyse kan vervolgens zicht worden gekregen op wat partijen en geschilbeslechters in de onderzochte omstandigheden doen, bepaald worden hoe bepaalde uit de uitspraken verkregen data zich verhouden tot normatieve opvattingen, de stand van de doctrine of beleid. Ook kan een feitelijk beeld van een rechtspraktijk inzichten opleveren voor practici, kunnen er leemtes worden geïdentificeerd die nader onderzocht moeten worden en kan het onderzoek een eerste stap zijn in de creatie van nieuwe rechtsregels. Tot slot kan de data in sommige gevallen gebruikt worden om rechterlijke uitspraken te voorspellen.⁶¹

Verschillen tussen een systematisch jurisprudentieonderzoek en een klassiek juridisch-dogmatische analyse van rechtspraak zijn dat bij laatstgenoemde analyse het er de onderzoeker in de regel om te doen is het geldende recht te beschrijven dan wel te beargumenteren of de aan analyse onderhevige rechterlijke uitspraak “juist” of “wenselijk is”.⁶² De analyse is daarmee kwalitatief van aard terwijl een systematische jurisprudentie analyse naast deze kwalitatieve kanten ook kwantitatieve eigenschappen kent.⁶³ De kwalitatieve component is bij een dergelijke analyse in de regel het coderen en het organiseren van de gebruikte tekst. Kwantitatief is daarentegen de analyse van de coderingsresultaten. Daaronder valt in eerste instantie de vraag hoe vaak een bepaald label is gebruikt. In het verlengde daarvan kan een kwanti-

59 M.A. Hall & R.F. Wright, ‘Systematic Content Analysis of Judicial Opinions’, *California Law Review* (96) 2008, afl. 1, p. 64.

60 K. Krippendorff, *Content Analysis: an Introduction to its methodology*, Beverly Hills: Sage Publications 2004.

61 Verbruggen 2021, p. 9.

62 G. van Dijk, M. Snel & t. van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 84.

63 Bijleveld, 2023, p. 236.

tatieve analyse gedaan worden naar mogelijke correlaties tussen bepaalde factoren die de onderzochte rechtspraak kenmerken.⁶⁴

Een voorbeeld van een systematisch jurisprudentieonderzoek in het privaatrecht is een onderzoek naar de vraag hoe de feitenrechter omgaat met geschillen die betrekking hebben op de uitleg van overeenkomsten en de te hanteren uitlegmaatstaf.⁶⁵ Andere voorbeelden zijn te vinden in de bundeling van Verbruggen waarin verschillende wetenschappers bepaalde aspecten van systematisch jurisprudentieonderzoek belichten aan de hand van door hen verrichte systematisch jurisprudentieanalyses.⁶⁶

Voor de jurisprudentieonderzoeken die voor dit proefschrift zijn gedaan is gebruik gemaakt van verschillende steekproeven. Hoe die steekproeven gedaan zijn en welke beperkingen bestaan ten aanzien van die steekproeven wordt beschreven in hoofdstuk 2 over de systematische rechtspraakanalyse met betrekking tot art. 6:162 lid 2 BW en in hoofdstuk 5 voor wat betreft de systematische rechtspraakanalyse met betrekking tot het medische domein. Ook de gebruikte coderingen worden daar nader uiteengezet. Voor wat betreft het kwantitatieve aspect van de gebruikte methode, de analyse van de gebruikte labels, geldt dat daar geen statistische analyse op is toegepast om eventuele correlaties tussen geanalyseerde factoren aan te tonen. De labels zijn bij elkaar opgeteld.

Ten behoeve van de validiteit en betrouwbaarheid van het onderzoek is het jurisprudentieonderzoek naar het gebruik van maatschappelijke regulering bij invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW ook onafhankelijk uitgevoerd door een tweede onderzoeker.⁶⁷

5.1.2 Deelvraag ii

“Welk gewicht wordt in een civiele procedure in eerste of tweede aanleg toegekend aan de norm uit maatschappelijke regulering bij invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW?”⁶⁸

64 Bijleveld 2023, p. 236.

65 J.L. Smeehuijzen & J. de Haan, ‘Een empirisch onderzoek naar feitenrechtspraak over uitleg. De tekst van de overeenkomst regeert, en wat de practicus moet weten op twee A-4tjes’, *NJB* 2020/2569, afl. 38.

66 Verbruggen 2021.

67 De tweede onderzoeker in kwestie is prof. mr. J.L. Smeehuijzen.

68 Aan bod komend in hoofdstuk 2 en opgenomen: C.O. Hoekstra, ‘Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak’, *AV&S* 2020/38, afl. 6, p. 224-231.

Voor de beantwoording van deelvraag ii is gebruik gemaakt van dezelfde steekproef als bij de beantwoording van deelvraag i. Er zit echter wel een verschil tussen de gehanteerde methodes. Zo zijn de labels die gebruikt zijn voor de beantwoording van deelvraag i objectief van aard en bevatten de labels die zijn gebruikt bij de beantwoording van deelvraag ii ontegenzeggelijk een subjectief element. Bij de beantwoording van deelvraag ii is het namelijk noodzakelijk de rechterlijke uitspraken eerst aan (enige) interpretatie te onderwerpen alvorens te bepalen welk gewicht is toegekend aan de aangehaalde maatschappelijke regulering. Naast descriptief is deelvraag ii dus ook interpretatief.

Een dergelijke exercitie als de vaststelling van het gewicht dat rechters toekenden aan de aangedragen maatschappelijke regulering is natuurlijk in een bepaalde mate subjectief. Om die subjectiviteit enigszins aan banden te leggen en de resultaten in ieder geval replicerbaar te maken heb ik een drietal kwalificaties van toegekend gewicht neergelegd in drie verschillende labels. Die kwalificaties zijn: doorslaggevende betekenis, materiële betekenis en geen betekenis. De vraag of een maatschappelijk reguleringsinstrument daadwerkelijk doorslaggevend is geweest bij de vaststelling van mogelijk onrechtmatig handelen is feitelijk gezien niet te beantwoorden: het is immers niet vast te stellen of zonder het bestaan van het instrument de dienstdoende rechter tot dezelfde of een andere uitspraak was gekomen.⁶⁹ De vraag wanneer welk label wordt gebruikt, wordt beantwoord in hoofdstuk 2.

5.1.3 Deelvraag iii

“Hoe motiveren rechters doorwerking of verwerping van doorwerking van maatschappelijke regulering?”

Voor de beantwoording van deelvraag iii is eveneens gebruik gemaakt van dezelfde steekproef als voor de beantwoording van de eerste twee deelvragen. Voor wat betreft de codering van de gebruikte motiveringen van rechters geldt dat eenvoudigweg geturfd is aan de hand van de letterlijke bewoordingen van de rechterlijke uitspraken.

Deelvraag iii is hoofdzakelijk descriptief van aard. Deelvraag iii bevat mogelijk ook een interpretatief element: dat is wanneer niet letterlijk dezelfde

69 Dit probleem staat bekend als: “the fundamental problem of causal inference”. Zie daartoe: P.W. Holland, ‘Statistics and Causal Inference’, *Journal of American Statistical Association* 1986, 81, p. 947.

bewoordingen zijn gebruikt om de beslissing te motiveren als een andere, vergelijkbare motivering. Wanneer dit zich voordeed gebruikten rechters echter veelal synoniemen en kon ik mijn eigen interpretatie van de gebruikte bewoordingen enigszins objectiveren door gebruik te maken van de Van Dale.

5.1.4 Deelvraag iv

“Welke factoren worden in rechtspraak van de Hoge Raad en in de doctrine relevant geacht bij de beoordeling van doorwerking van maatschappelijke regulering?”

Beantwoording van deelvraag iv is van belang omdat de onderzoeksresultaten vereist zijn om een antwoord te kunnen geven op deelvraag v. In deelvraag v wordt de onderzochte rechtspraak geïnterpreteerd en beoordeeld aan de hand van factoren uit de rechtspraak en doctrine. Daarom moet eerst een compleet beeld verkregen moet worden van wat in de doctrine relevant wordt geacht. Daarnaast geldt natuurlijk dat de rechtspraak van de Hoge Raad mogelijk vaste kaders biedt waartoe de relevant geachte factoren uit de doctrine zich dienen te verhouden.

De vraag welke factoren relevant worden geacht bij het beoordelen van maatschappelijke regulering is descriptief van aard. Om de stand van de doctrine te bepalen heb ik een literatuuronderzoek gedaan. Uit die verschillende studies heb ik vervolgens afzonderlijke, relevant geachte factoren afgeleid.

Eenzelfde soort exercitie heb ik uitgevoerd voor wat betreft de rechtspraak van de Hoge Raad. De arresten die ik aan analyse heb onderworpen zijn: *Achmea/R.*⁷⁰, *Richtlijn zorgvuldig Graafproces*⁷¹, *Meetinstructie, Trombose*⁷² en *Protocol II*⁷³. De beantwoording van deelvraag iv is terug te vinden voor wat betreft het algemene aansprakelijkheidsrecht in hoofdstuk 3 en voor wat betreft het gezondheidsrechtelijk domein in hoofdstuk 5.

70 Hoge Raad 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel, H.B. Krans (*Achmea/R.*).

71 Hoge Raad 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, NJ 2019/295 m.nt. S.D. Lindenberg (*Richtlijn Zorgvuldig Graafproces*).

72 Hoge Raad 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001, 649 m.nt. J.B.M. Vranken, F.C.B. van Wijmen (*Trombose*).

73 Hoge Raad 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006, 377 m.nt. H.J. Snijders, F.C.B. van Wijmen (*Protocol II*).

5.1.5 Deelvraag v

“Welke factoren maakten dat maatschappelijke regulering doorwerkte in de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW?”

Deelvraag v is interpretatief van aard. De beantwoording ervan is het resultaat van een interpretatieve studie naar de doorwerking van maatschappelijke regulering in de uitspraken waaruit de eerder gemaakte steekproef bestaat. Doel van deelvraag v is de stand van de doctrine te vergelijken met de stand van de rechtspraak.

Deelvraag v is het resultaat van voortschrijdend inzicht. De vraag naar de verhouding tussen doctrine en feitenrechtspraak drong zich op vanwege de behaalde onderzoeksresultaten als gevolg van de beantwoording van deelvraag i tot en met iv. Uit die onderzoeksresultaten leek zich namelijk een tegenstelling tussen doctrine en rechtspraak te manifesteren. Met beantwoording van deelvraag v is beoogd rechtspraak en doctrine samen te brengen.

Om deelvraag v te beantwoorden is ten eerste is geprobeerd per uitspraak in de onderzochte feitenrechtspraak te achterhalen welke omstandigheid nu maakte dat in casu maatschappelijke regulering doorwerkte of niet. Aan deze methode lag de hypothese ten grondslag dat steeds een duidelijk waarneembare rechtvaardiging voor de doorwerking of de afwijzing van doorwerking van maatschappelijke regulering identificeerbaar was. Vervolgens is geprobeerd die rechtvaardiging per uitspraak te identificeren.

Een dergelijke interpretatieve exercitie is natuurlijk subjectief van aard. Om de subjectiviteit ervan aan banden te leggen en willekeur te beperken is in de eerste plaats gekeken naar de rechterlijke motivering in het voorliggende vonnis of arrest. Wanneer rechtbank of gerechtshof geen motivering voor doorwerking respectievelijk de verwerping daarvan aanvoerde is naar de omstandigheden van het geval gekeken. Tot slot geldt dat alle ‘duidelijk waarneembare doorwerkingsrechtvaardigingen’ afzonderlijk zijn beoordeeld door een tweede onderzoeker.⁷⁴ Daarnaast geldt dat de geïdentificeerde rechtvaardigingen verankerd zijn in algemeen aanvaarde principes van (Nederlands) burgerlijk recht. Voor een gedetailleerdere omschrijving verwijs ik naar hoofdstuk 3.

74 Wederom prof. mr. J.L. Smeehuijzen.

5.1.6 Deelvraag vi

“Welke factoren zouden relevant moeten zijn bij de beoordeling van mogelijke juridische doorwerking van maatschappelijke regulering in de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW?”

Deelvraag vi is evaluatief van aard. Met de deelvraag is gepoogd een synthese te bewerkstelligen tussen wat in de feitenrechtspraak plaatsvindt en wat in de doctrine relevant wordt geacht. Het algemene vertrekpunt voor de vraag welke factoren relevant zouden moeten zijn was dat doorwerking van maatschappelijke regulering in wezen iets weg heeft van de toepassing van een wettelijke bepaling, met natuurlijk als grote verschil dat maatschappelijke regulering veelal geen enkele formeel juridische status kent. Deze constatering wordt in de doctrine vaak aangeduid met de zinssnede dat het maatschappelijke regulering ontbeert aan “democratische legitimiteit”.⁷⁵ Om die reden ligt het voor de hand op zoek te gaan naar factoren die dit democratisch legitimiteitstekort ‘aan kunnen vullen’. Deze gedachte is breed gedragen in de doctrine.⁷⁶

Vanwege dit breed gedragen vertrekpunt geldt dat bij het opmaken van de stand van de doctrine (een uitzondering daargelaten⁷⁷) de verschillende rechtswetenschappelijke opvattingen min of meer naast elkaar kunnen bestaan. Veel auteurs zijn het in algemene zin namelijk wel eens over de vraag op welke plek naar de relevante factoren voor doorwerking gezocht moeten worden. Wel speelt de vraag hoe deze factoren zich in concrete zin manifesteren, en of er factoren zijn die belangrijker zijn dan andere factoren.⁷⁸

75 A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen 2009, p. 200-201; A. McHarg, ‘The Constitutional Dimension of Self-Regulation’, in: F. Cafaggi (red.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, The Netherlands: Kluwer Law International 2006, p. 85; Korthals Altes 2005, C. Scott, ‘Regulating Private Legislation’, in: F. Cavaggi (red.) & H. Muir-Watt (red.), *Making European Private Law: Governance Design*, Cheltenham: Edward Elgar 2008, p. 254-268.

76 Menting 2016, p. 257.

77 Zie bijvoorbeeld Korthals Altes zijn opvatting dat maatschappelijke regulering nooit derden kan binden op niet-vrijwillige basis. Deze opvatting is echter ingehaald door rechtspraak van de Hoge Raad: in het Richtlijn Zorgvuldig Graafproces-arrest werd een kabellegbedrijf immers gebonden aan regulering die zij niet zelf op heeft gesteld noch heeft aanvaard: Hoge Raad, 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, NJ 2019/295 m.nt. S.D. Lindenbergh.

78 Zo vindt de ene auteur de mate van concreetheid van een norm uit maatschappelijke regulering doorslaggevend en vindt de ander de vraag in hoeverre de opstellers van de norm representatief zijn voor het maatschappelijk veld dat zij pogen te reguleren belangrijk. Zie daartoe: Jansen 2020, p. 26-41, respectievelijk Castermans 2020, p. 72 e.v.

Daarnaast heb ik voor de beantwoording van de vraag welke factoren relevant zouden moeten zijn ook betekenis toegekend aan een minder voor de hand liggend argument: de stand van de feitenrechtspraak. Want hoewel de beschrijving van de feitenrechtspraak zoals is geschied bij de beantwoording van deelvraag i, ii en iii descriptief van aard is en de stap van is to ought niet vanzelfsprekend gezet kan worden⁷⁹, gaat mijns inziens wel degelijk óók normatieve betekenis uit van mijn empirische onderzoeksresultaten. Dat geldt eens te meer nu de resultaten uit deelvraag i tot en met iii in meerderheid van de gevallen eenzelfde richting op wijzen.⁸⁰ Het zou immers vreemd zijn om wél betekenis toe te kennen aan het onderzoek van een handvol rechtsgeleerden en niet aan de vele uitspraken van andere rechtsgeleerden (rechters en tuchtrechters).

Door de stand van de literatuur te verbinden aan de stand van de feitenrechtspraak was het mogelijk om de vraag te beantwoorden in hoeverre de in de literatuur relevant geachte factoren weerslag vinden in de rechtspraak maar ook om te bepalen of andere factoren wellicht relevant zijn die in de literatuur tot dusverre over het hoofd gezien zijn. De synthese van doctrine en rechtspraktijk heeft geresulteerd in de samenstelling van een beoordelingsinstrument voor de mogelijke doorwerking van maatschappelijke regulering in de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW in de vorm van een gezichtspuntencatalogus.⁸¹

5.2 Medisch domein

5.2.1 *Keuze voor gezondheidszorg*

Voor analyse van het medisch domein is om verschillende redenen gekozen. De eerste is dat – in tegenstelling tot in het algemene aansprakelijkheidsrecht – medische maatschappelijke regulering (in de vorm van medische protocollen, richtlijnen, standaarden of standpunten) in beginsel doorwerkt in de medisch professionele standaard en daarmee dus in de wettelijke bepalingen.⁸² Dat maakt nieuwsgierig naar beantwoording van de vraag of er mogelijke verschillen bestaan tussen het algemeen aansprakelijkheidsrecht en het medisch aansprakelijkheids- en tuchtrecht of dat er verschillen bestaan tussen de in beide domeinen gebruikte maatschappelijke regulering.

79 D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, 1739.

80 Zie daartoe hoofdstuk 2.

81 Zie daartoe hoofdstuk 4.

82 Hoge Raad 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *TvGR* 2001/16, r.o. 3.3.3 (*Trombose*).

Anders gezegd kan analyse van het medisch domein inzichten opleveren voor het algemeen aansprakelijkheidsrecht.

Een tweede belangrijke reden om de gezondheidszorg aan analyse te onderwerpen is dat het gezondheidsrecht een belangrijke bron van uitspraken betreft waarin (tucht)rechters medische maatschappelijke regulering ‘toepassen’. Vooral in het medisch tuchtrecht bestaat een veelheid aan uitspraken waarin één der partijen medische maatschappelijke regulering aanvoert. Dat komt ten eerste omdat alle medisch tuchtrechtelijke uitspraken gepubliceerd worden.⁸³ Dit is in tegenstelling tot civielrechtelijke uitspraken waarin niet te zeggen is hoeveel uitspraken waarin doorwerking van maatschappelijke regulering in de medisch professionele standaard plaatsvindt.⁸⁴ Verder kan als oorzaak voor de grote hoeveelheid uitspraken aangevoerd worden dat veel handelen van artsen tegenwoordig gereguleerd wordt door een vorm van maatschappelijke regulering. Dat heeft als gevolg dat wanneer het zorgvuldig handelen van een arts in twijfel wordt getrokken, vaak teruggegrepen kan worden op een maatschappelijk reguleringsinstrument.

5.2.2 Keuze voor analyse van doorwerking op grond van drie wettelijke bepalingen

In art. 7:453 BW is de aansprakelijkheid van een arts wegens niet-nakoming van de medische behandelovereenkomst geregeld. In de regel zal een arts een dergelijke overeenkomst met een patiënt sluiten voordat hij aan de medische behandeling begint. Wanneer de arts in kwestie wanprestatie levert zal hij aansprakelijk zijn voor de ontstane schade aan de patiënt.

In de gevallen waarin zorg wordt verleend zonder dat daar een medische behandelovereenkomst aan ten grondslag ligt en waarin volgens de patiënt of diens gemachtigden niet de zorg is verleend die verwacht had mogen worden van de arts, kan de vordering tot schadevergoeding gebaseerd worden op buitencontractuele aansprakelijkheid ex art. 6:162 lid 2 BW, wegens het handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheidsnorm.

In art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG is de medisch tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van een arts geregeld. Wanneer een patiënt of diens gemachtigde ontevreden is over de verleende zorg van een arts kan deze een klacht indienen bij één van de regionale tuchtcolleges (hierna: “RTC”). Eventuele vaststelling van tuchtrechtelijk laakbaar handelen van de

83 Zie daartoe: <https://www.tuchtcollege-gezondheidszorg.nl/uitspraken>.

84 Zie voor wat betreft de publicatiegraad in uitgebreidere zin hoofdstuk 2 en hoofdstuk 5.

arts in kwestie levert in beginsel geen civielrechtelijke remedie op voor de klagende patiënt. Wel vormt het oordeel van de tuchtrechter een belangrijk uitgangspunt voor de burgerlijk rechter wanneer de patiënt aansluitend aan de tuchtzaak nog een civielrechtelijke zaak opent. De burgerlijk rechter is bovendien belast met een verzwaarde motiveringsplicht wanneer hij tot een aan de tuchtrechtelijke uitspraak contrair oordeel komt.⁸⁵

Hoewel de drie wettelijke bepalingen betrekking hebben op verschillende (sub)terreinen (contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid versus het medisch tuchtrecht) zijn zij toch in overwegende mate verwant aan elkaar. Voor alle drie de wettelijke bepalingen geldt namelijk dat het handelen van de behandelend arts getoetst wordt aan wat heet ‘de medisch-professionele standaard’.⁸⁶

De medisch professionele standaard is: “het zorgvuldig volgens de inzichten van medische wetenschap en ervaring handelen als redelijk bekwaam arts van gelijke medische categorie in gelijke omstandigheden met middelen die in redelijke verhouding staan tot het behandelingsdoel”.⁸⁷ Deze open norm vormt dus in zowel civielrechtelijke als medisch tuchtrechtelijke procedures onderdeel van het beoordelingskader. Dat maakt in mijn optiek dat de drie afzonderlijk wettelijke normen zich lenen voor een gelijksoortige beoordeling van de doorwerking van maatschappelijke regulering. Bij de verschillen tussen de wettelijke bepalingen sta ik stil in hoofdstuk 5.

5.2.3 Deelvraag vii

“Hoe vaak werkt medische maatschappelijke regulering door in de medisch professionele standaard zoals neergelegd in art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW en art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG?”

Ter beantwoording van deelvraag vii is een systematisch jurisprudentieonderzoek gedaan. Omdat deelvraag vi betrekking heeft op een tweetal andere wetsartikelen dan bij de beantwoording van deelvraag i tot en met iii is een nieuwe steekproef gedaan. Hetgeen reeds is overwogen in paragraaf 1.5.1.1 is voor dit jurisprudentieonderzoek ook van toepassing. De verschillen tussen beide onderzoeken licht worden hieronder toegelicht.

85 Hoge Raad, 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532, NJ 2003/151, m.nt. F.C.B. van Wijmen (*Van der Woude/Beatrixoord*), r.o. 3.6.3; Hoge Raad 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2452 (*Beroepsaansprakelijkheid accountant*), r.o. 3.3.2.

86 Leenen e.a. 2020.

87 Leenen e.a., 2020, p. 71.

Er is een steekproef getrokken uit www.rechtspraak.nl en uit www.tuchtrecht.nl. In hoofdstuk 5 worden de grootte van de steekproef en de gebruikte selectiecriteria nader toegelicht. Ook worden in hoofdstuk 5 de gebruikte coderingen toegelicht. Er is geen statistische analyse losgelaten op de resultaten uit het onderzoek, de onderzoeksresultaten zijn bij elkaar opgeteld.

Bij de codering van dit systematisch jurisprudentieonderzoek is geen gebruik gemaakt van een tweede onafhankelijke onderzoeker. De reden daarvoor is dat de complexiteit van uitspraken daar lager was en de coderingen een objectiever karakter hadden: maatschappelijke regulering werd toegepast, of niet, en de keuze daartoe werd gemotiveerd, of niet.⁸⁸ Dit is in tegenstelling tot de codering gebruikt bij het vaststellen van het gewicht dat werd toegekend aan de maatschappelijke regulering.⁸⁹ De resultaten van het onderzoek zijn in hoofdstuk 5 te vinden.

5.2.4 Deelvraag viii

“Hoe vaak wordt het gebruik van maatschappelijke regulering door één der procespartijen aangevochten wanneer de medisch professionele standaard wordt ingevuld op grond van art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW of art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG en hoe wordt de beslissing over doorwerking door (tucht)rechters gemotiveerd?”

Deelvraag viii is hoofdzakelijk descriptief van aard. Er is geturfd hoe vaak procespartijen in discussie gingen over de aangedragen maatschappelijke norm en of en hoe (tucht)rechters hun beslissing omtrent dat debat motiveerden. Deelvraag viii is beantwoord in hoofdstuk 5.

5.2.5 Deelvraag ix

“Wat is de juridische status van het Dutch Protocol (2018) voor wat betreft mogelijke doorwerking in de medisch professionele standaard zoals neergelegd in art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW en art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG?”

Deelvraag ix is evaluatief van aard. Deelvraag ix vormt een verdieping op de in de literatuur relevant geachte factoren (deelvraag iv) en omstandigheden bij de afweging van de vraag of maatschappelijke regulering doorwerkt of

88 Zie voor een uitgebreider codeerschema hoofdstuk 5.

89 Zie daartoe hoofdstuk 2.

niet. De onderzoeksvraag is in wezen een kwalitatieve casestudy naar de vraag hoe relevant geachte factoren uit de literatuur in de praktijk geoperationaliseerd kunnen worden.

De keuze voor een casestudy naar het *Dutch Protocol* (2018) laat zich als volgt rechtvaardigen. In het jaar 2023 heeft het *Dutch Protocol* (2018) en de transgenderzorg aan kinderen in algemene zin veelvuldig in de publieke belangstelling gestaan.⁹⁰ In het publieke debat vormden zich de contouren van een discussie over de juistheid én de toelaatbaarheid van het *Dutch Protocol* (2018) bij de transgenderzorg aan kinderen in Nederland.

Het *Dutch Protocol* (2018) is een werkwijze die wordt gehanteerd door de genderpoli van het Amsterdam UMC (oorspronkelijk het VUMC).⁹¹ In het *Dutch Protocol* (2018) staat een werkwijze beschreven voor de behandeling van kinderen die lijden aan genderdysforie waarbij cross-seksehormonen en puberteitsremmers kunnen worden voorgeschreven door de behandelend arts. Hoewel geroemd om haar vooruitstrevendheid is de behandeling tegenwoordig, mogelijk door de gewijzigde patiëntenpopulatie⁹², omstreden⁹³.

Om de mogelijke juridische doorwerking van het *Dutch Protocol* (2018) te beoordelen is een interdisciplinaire studie gedaan. Voor deze analyse vormt de stand van de medische wetenschap voor wat betreft de toediening van cross-sekse hormonen en puberteitsremmers aan kinderen de basis voor een juridisch dogmatische-analyse van het Dutch Protocol. Omdat ondergetekende zelf niet geëquipeerd is een dergelijke analyse uit te voeren is daartoe de hulp ingeschakeld van een medicus.⁹⁴ De juridisch dogmatische analyse is uitgevoerd aan de hand van in doctrine relevant geachte factoren voor wat betreft de doorwerking van medische maatschappelijke regulering in de medisch professionele standaard. Voor de beoordeling van het Dutch

90 Zie bijvoorbeeld: M. Sedee, 'Transgenderzorg is een taak voor de hele maatschappij, niet alleen voor de genderpoli', NRC 23 juni 2022; en K. Bouma & E. de Visser, 'De behandeling van transgender jongeren in Nederland werd geprezen. Nu groeit de kritiek op de "Dutch approach"', de Volkskrant 25 februari 2023.

91 Kwaliteitsstandaard Transgenderzorg – Somatisch (2018).

92 M. Arnoldussen e.a., 'Re-evaluation of the Dutch approach: are recently referred transgender youth different compared to earlier referrals?', *European Child Adolescent Psychiatry* 2020, 29(6), p. 806.

93 S. Helyar, L. Jackson, R. Ion, 'Gender dysphoria in young people: The Interim Cass Review and its implications for nursing' *BMJ*, 2022, vol. 31, afl. 23-24; E. Pans, 'De medisch-professionele standaard voor de transgenderjongere', *TvGR* 2022, afl. 4, p. 273 e.v.

94 Te weten: J. Smids, onderzoeker en docent aan het Erasmus Medisch Centrum. Smids onderzocht wat de stand van de medische wetenschap was ten aanzien van de behandeling van kinderen die lijden aan genderdysforie en de gevolgen van toediening van cross-sekse hormonen en puberteitsremmers.

Protocol (2018) zijn dat de mate waarin het protocol ‘evidence-based’ is en de mate waarin de opstellers ervan medische ethische beslissingen nemen.

5.2.6 Deelvraag x

“Wat is de juridische status van de regel uit het KNMG-standpunt: beslissingen rondom het levenseinde over de verplichting van artsen om te blijven proberen betekenisvol met een dementiepatiënt te communiceren over het voorgenomen levenseinde voor wat betreft de mogelijke doorwerking in de medisch professionele standaard zoals neergelegd in art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW en art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG?”

Deelvraag x is evaluatief van aard. Om een dergelijke evaluatie te kunnen doen is een juridisch-dogmatische studie gedaan waarbij arresten van de Hoge Raad, de wetsgeschiedenis van de Wet toetsing levensbeëindiging (hierna: “Wtl”) en bespreking van de ethische aspecten en morele afwegingen die aan het Standpunt van de KNMG ten grondslag lijken te liggen het uitgangspunt vormden.⁹⁵

De keuze om het Standpunt van de KNMG te analyseren is gebaseerd op de bevindingen die staan gerapporteerd in de “Vierde Evaluatie van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding” (hierna: “Vierde Evaluatie”) die in het voorjaar van 2023 gepubliceerd werd.⁹⁶ In de Vierde Evaluatie constateerde de evaluatiecommissie dat tegenstrijdigheden bestaan in de gehanteerde normeringen van de verschillende met toetsingsgezag uitgeruste organen.⁹⁷

Er bestaan verschillende entiteiten die euthanasienormen vervaardigen voor artsen. Zo bestaat natuurlijk het toetsingskader dat door de wetgever is vervaardigd en dat is neergelegd in de Wtl en de nadere concretisering daarvan door de Hoge Raad in onder het Koffie-euthanasiearrest.⁹⁸ Daarnaast bestaat de Euthanasiecode die wordt vervaardigd door de Regionale toetsingscommissies (de entiteiten die krachtens de Wtl belast zijn met de eerste beoordeling van het mogelijk onzorgvuldig handelen van uitvoerend artsen) en publiceert de KNMG richtlijnen en standpunten over hoe artsen om dienen

95 Zie voor een uitgebreide bespreking hoofdstuk 7.

96 A. van der Heide e.a., *Vierde evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*, Den Haag 2023: ZonMW.

97 Van der Heide e.a. 2023, p. 49.

98 Hoge Raad 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, NJ 2020, 428, m.nt. P. Mevis.

te gaan met euthanasie. Deze kluwen van normen maakt het ingewikkeld voor artsen om te bepalen waar zij aan moeten voldoen.

Eén van de normen die de KNMG voorschrijft heeft betrekking op de verplichting van een arts om te communiceren met een patiënt over diens voorgenomen levenseinde. De norm van de KNMG heeft in dit geval betrekking op een bijzonder type patiënt, namelijk een patiënt met dementie.⁹⁹ De regel van de KNMG staat op gespannen voet met het Koffie-euthanasie-arrest van de Hoge Raad.¹⁰⁰ Het moge duidelijk zijn dat een arrest van de Hoge Raad derogeert aan een norm uit een maatschappelijk reguleringsinstrument. Het is echter in dit geval maar de vraag of het arrest van de Hoge Raad wel direct van toepassing is in privaatrechtelijke en medisch tuchtrechtelijke verhoudingen: het arrest van de Hoge Raad heeft namelijk in beginsel betrekking op de vraag of een arts in strafrechtelijke zin aansprakelijk is. Daarvoor kan een andere (veelal hogere) standaard gelden dan die gebruikt wordt om te bepalen of een arts zich als redelijk bekwaam en handelend arts heeft gedragen, de norm die geldt in het medisch aansprakelijkheids- en tuchtrecht.

99 KNMG 2021, p. 42-43.

100 Hoge Raad 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, *NJ* 2020, 428, m.nt. P. Mevis, r.o. 4.7.2.

DEEL I

Algemeen
aansprakelijkheidsrechtelijk domein

2. Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheidsnorm: een systematisch jurisprudentieonderzoek¹

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd als: C.O. Hoekstra, 'Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheidsnorm: een systematisch jurisprudentieonderzoek', *AV&S* 2020/38, afl. 6, p. 224-231.

Bij het opmaken van de bijlagen van dit proefschrift is de onderliggende dataset opnieuw gecontroleerd. Daarbij bleek dat "Rechtbank Leeuwarden 29 juni 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX1296", in een van de gebruikte overzichten niet was opgenomen. De uitspraak is gecodeerd als conform, met maatschappelijke aanvaarding als doorwerkingsgrondslag. De juiste telling bedraagt daarmee 89 relevante uitspraken, waarvan 68 conform, 8 contrair en 13 geen van beide. Voor hoofdstuk 3 betekent dit dat 76 uitspraken meetellen: 68 conform en 8 contrair. Binnen de 68 conforme uitspraken berust de doorwerking in 6, en niet 5, gevallen op maatschappelijke aanvaarding. De bijbehorende percentages van 9%, 83% en 17% blijven ongewijzigd. In een andere passage moet "49 van de 67 (73%)" worden gelezen als "49 van de 68 (72%)". Deze correcties hebben geen gevolgen voor de inhoudelijke conclusies.

1. Inleiding

Dit artikel gaat over de rol van private regelgeving (ook wel: alternatieve regelgeving, private regulering of *soft law* genoemd)¹ 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.² 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.³ Hij besliste dat overtreding van de voor Achmea geldende private regelgeving (de Gedragscode Persoonlijk

1 Als begripsomschrijving houd ik de omschrijving van Menting en Vranken aan: “niet-staatelijke 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 gelaagd 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.

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

3 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.

Onderzoek) in beginsel leidt tot onrechtmatig handelen.⁴ 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.⁵ 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.⁶ 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), 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.”⁷

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.⁸ In zowel Achmea/Rijnberg als het Meetinstructie-arrest liet de Hoge Raad zich echter niet in algemene zin uit over de vraag waarom

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

5 Menting 2016, p.108.

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

7 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.

8 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

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-arrest⁹ 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.¹⁰ 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.¹¹

Ondanks deze kleurverschillen ontbreekt het aan concrete en harde stellingname in dit theoretische, veelal in tamelijk abstracte termen gevoerde debat.¹² Om verder te komen in dit debat heeft men baat bij een empirische analyse van de feitenrechtspraak.¹³ 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.

9 Valk 2018, nr. 2.10.

10 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.

11 A.J. Akkermans, Beter recht door herziening van de herkomst van rechtsnormen, *NTBR* 2011/72, p. 510 e.v.

12 In gelijke zin over de theoretische aard van het debat: Menting 2016, p. 15.

13 Zie in gelijke zin: Menting 2016, p. 282.

Er is al een aantal studies verricht naar de meer empirische aspecten van private regelgeving door de feitenrechter.¹⁴ 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

14 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.

alle op www.rechtspraak.nl (hierna: “Rechtspraak.nl”) gepubliceerde zaken waarin deze thematiek speelt te vinden – om ze vervolgens te analyseren.^{15, 16}

Het verdient opmerking dat lang niet alle rechterlijke uitspraken gepubliceerd worden op Rechtspraak.nl. Het percentage gepubliceerde zaken schommelt tussen 0,8% in 2007¹⁷ en 2,7% in 2018¹⁸ van alle van de rechtbank afkomstige uitspraken en tussen 5,7% in 2007¹⁹ en 20,3% in 2018²⁰ 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 weergeven. 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.²¹

15 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.

16 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”.

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

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

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

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

21 Zie art. 5 Besluit Selectiecriteria.

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 betekenis 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.²²

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.²³

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.²⁴ (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 75 zaken (90%) van de zaken in overeenstemming zijn met de van toepassing zijnde private regelgeving en in 8 van de 75 zaken (10%) 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

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

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

24 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.

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.²⁵ 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”.²⁶

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 Finan-

25 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.

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

cieringen (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.²⁷ 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.”²⁸

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:

27 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.

28 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.

“Dergelijke afspraken gaan niet boven de wet; zij kunnen het in de wet geregelde eigendomsrecht niet beperken”.²⁹

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 de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. (...) De inhoud van de praktijkregels kan dan ook niet meer en zal soms aanmerkelijk minder zijn dan een aanwijzing voor wat een curator rechtens heeft te doen of na te laten”.³⁰

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.³¹ 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”.³²

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

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

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

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

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

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.³³ 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

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

invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. 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.³⁴

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 ‘hoofdregeel’ (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 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

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

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.”³⁵

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 duidelijke afspraken te maken met het schip (bijvoorbeeld over de maximale druk waarmee stikstof mag worden toegevoegd en of het schip de afsluiter bij het manifold geheel of gedeeltelijk moet/kan openen) is 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.”³⁶

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.³⁷ Het is belangrijk om op te merken dat

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

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

37 Zie par. 3.1

voornoemd onderzoeksresultaat weliswaar de rechtspraak 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 rechtspraak 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 rechtspraak 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”³⁸, of dat “de stap van praktijkregel of gedragscode naar onrechtmatigheid slechts gemakkelijker gezet wordt in atypische gevallen”³⁹, is in het licht van mijn onderzoek een te summiere rol, die niet in overeenstemming is met de huidige rechtspraak.⁴⁰ 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

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

39 Valk 2018, nr. 2.10.

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

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.⁴¹ 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.

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 rehtens *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.⁴² 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

41 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*).

42 Zie par. 3.3.

private norm in meerderheid van de gevallen niet motiveert, en ten tweede voor zover hij dat wel doet, is die motivering tamelijk summier.⁴³

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.⁴⁴ 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 zorgplichten⁴⁵ tot een 'ontploffende' olietanker⁴⁶ 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

43 Zie par. 3.2.

44 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.

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

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

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.⁴⁷ 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”.⁴⁸ Een dergelijke motiveringsplicht geldt formeel niet voor de rechter die afwijkt van een private norm.⁴⁹ 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.⁵⁰

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?”.

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

48 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.

49 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.

50 Zie par. 3.1.

(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.

3. Maatschappelijke regulering als effectief en waardevol rechtsvindingsinstrument: een vergelijking tussen doctrine en feitenrechtspraak¹

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd als: C.O. Hoekstra, 'Maatschappelijke regulering als effectief en waar-devol rechtsvindingsinstrument: een vergelijking tussen doctrine en feitenrecht-spraak', *NJB* 2021/2722, afl. 37, p. 3090-3099.

Bij de opmaak van de bijlagen bij dit proefschrift is de onderliggende dataset opnieuw gecontroleerd. Daarbij bleek dat "Rechtbank Leeuwarden 29 juni 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX1296", in een van de gebruikte overzichten niet was opgenomen. De uitspraak is gecodeerd als conform, met maatschappelijke aanvaarding als doorwerkingsgrondslag. De juiste telling bedraagt daarmee 89 relevante uitspraken, waarvan 68 conform, 8 contrair en 13 geen van beide. Voor hoofdstuk 3 betekent dit dat 76 uitspraken meetellen: 68 conform en 8 contrair. Binnen de 68 conforme uitspraken berust de doorwerking in 6, en niet 5, gevallen op maatschappelijke aanvaarding. De bijbehorende percentages van 9%, 83% en 17% blijven ongewijzigd. In een andere passage moet "49 van de 67 (73%)" worden gelezen als "49 van de 68 (72%)". Deze correcties hebben geen gevolgen voor de inhoudelijke conclusies.

1. Inleiding

Maatschappelijke regulering¹ is niet afkomstig van de wetgevende macht. Literatuur over doorwerking van maatschappelijke regulering in open privaatrechtelijke normen staat daarom veelal in het teken van zorgen over legitimiteit. ‘Zomaar’ betekenis toekennen aan maatschappelijke regulering strijdt met de trias politica. Voor toepassing van maatschappelijke regulering lijken bijzondere rechtvaardigingsgronden vereist.

Vanuit die premisse zoekt de doctrine omstandigheden waaronder aan maatschappelijke regulering betekenis mag worden toegekend. Men benoemt voorwaarden, relevante omstandigheden en gezichtspunten. Wil de rechter een vorm van maatschappelijke regulering sterke of zelfs doorslaggevende betekenis toekennen, dan is een stevige motivering vereist, zo ontstaat de indruk.

Die achtergrond maakt nieuwsgierig naar maatschappelijke regulering in feitelijke rechtspraak, in het bijzonder op het punt van de rechterlijke motivering. Toetst de rechter systematisch aan bepaalde voorwaarden? Welke overwegingen ter omarming of juist verwerping van maatschappelijke regulering formuleert de rechter? Hoe uitvoerig motiveert hij?

Ter beantwoording van deze vragen analyseerde ik voor dit artikel 76 uitspraken uit feitelijke instanties waarin maatschappelijke regulering wordt aangevoerd ter invulling van de maatschappelijke betamelijkheid van artikel 6:162 lid 2 BW. Om met de deur in huis te vallen: in de feitenrechtspraak valt weinig terug te zien van wat de literatuur zo bezighoudt. Maatschappelijke regulering wordt in de grote meerderheid van de gevallen als vanzelfsprekend betekenis toegekend. Als men al systematische overwegingen treft, zijn die overwegingen summier te noemen.

Die bevinding noopt tot reflectie. Het legitimiteitsprobleem lijkt in de praktijk nauwelijks een rol te spelen. Wat maakt dan dat regulering wel of niet toegepast wordt door de feitenrechter? Is er een gezichtspuntencatalogus waar de feitenrechter gebruikt van maakt bij de beoordeling van maatschappelijke regulering? Of geeft maatschappelijke regulering veelal de door procespartijen gedeelde (maatschappelijke) opvattingen weer over de te betrachten zorg met als gevolg dat maatschappelijke regulering in de praktijk een uiterst effectieve en waardevolle bron voor rechtsvinding is?

1 In de literatuur wordt dit ook wel: “private regulering”, “alternatieve regulering”, “zelfregulering”, “meta-regulering” of “soft law” genoemd.

Alvorens te trachten deze vragen te beantwoorden (in paragraaf 4) geef ik eerst een overzicht van de hiervoor bedoelde literatuur (paragraaf 2) en schets ik de resultaten van het rechtspraakonderzoek (paragraaf 3). Zoals deze inleiding al een beetje verradt, luidt de conclusie dat het wellicht tijd is maatschappelijke regulering te omarmen als functioneel, waardevol en effectief rechtsvindingsinstrument. In verreweg de meeste gevallen helpt zij de rechter werkelijk vast te stellen wat de maatschappelijke betamelijkheid inhoudt.

2. Stand van de doctrine

In de Nederlandse en internationale literatuur is vrij uitvoerig geschreven over de doorwerking van maatschappelijke regulering in open civielrechtelijke normen. Veelal wordt die thematiek geanalyseerd in de context van het gebrek aan (traditionele) legitimiteit van de opstellers van maatschappelijke regulering om algemene verbindende voorschriften te vervaardigen.² Bij vergaande, systematische doorwerking ontstaat spanning met de trias politica, zo luidt de bedenking.³ Omdat maatschappelijke regulering niet afkomstig is van de wetgever, is het geen recht in de zin van art. 79 Wet RO.⁴ In een concrete zaak is maatschappelijke regulering daarom aan te merken als iets feitelijks en niet als rechtsnorm.⁵

Waarom een rechter maatschappelijke regulering toepast, verschilt van geval tot geval. In de literatuur zijn handvatten opgesteld ter beoordeling

-
- 2 Zie bijvoorbeeld: A. McHarg, 'The Constitutional Dimension of Self-Regulation', in: F. Cafaggi, *Refraining Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 85; C. Scott, 'Regulation private legislation', in: F. Cafaggi & H. Muir-Watt (red.), *Making European Private Law: Governance Design*, Cheltenham: Edward Elgar 2008, p. 254-268.
 - 3 I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrechtnr. 8), Deventer Kluwer 2007, p. 89; E. Korthals Altes, 'De wereld van J.B.M. Vranken. Een vervolg (II slot)', *WPNR* 2005/6644, nr. 29; A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen, 'Private normstelling: criteria voor toepassing in de rechtszaal', *RegelMaat* 2009, 24(4), p. 200-201; H. van Schooten-van der Meer, *Regelvorming in de rechtsstaat: een onderzoek naar de legitimering en de werking van het moderne recht en de alternatieve reguleringsvormen*, Enschede: Twente University Press, 1997, p. 107; J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel*****, Deventer: Kluwer 2005, nr. 89.
 - 4 Zie bijvoorbeeld: HR 19 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *NJ* 2015/20 m.nt. M.M. Mendel & H.B. Krans (*Achmea R.*), r.o. 5.2.1; Kristic, Van Tilburg & Verbruggen 2009, p. 200-201.
 - 5 A.G. Castermans, '2. De burger en de betamelijkheidsnorm', in: *De gelede normstelling het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Preadviezen* (Handelingen Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht), Deventer: Wolters Kluwer, 2020, p. 70; M.C. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law*, Tilburg: PrismaPrint 2016, p. 191.

van de mogelijke rechtskracht van maatschappelijke regulering. Tot een bruikbaar beoordelingsinstrument of algemeen toetsingskader kwam het tot op heden niet.⁶

In deze paragraaf benoem ik de verschillende in de literatuur benoemde handvatten. Soms geschiedt die benoeming terloops doordat de auteur stelt dat omstandigheden als: "... representativiteit van de opstellers, transparantie ter zake van de totstandkoming, de wijze waarop verantwoording wordt afgelegd en de handhaafbaarheid" relevant zijn.⁷ In een aantal gevallen gebeurt dat aan de hand van een systematisch (empirisch) onderzoek. Het betreft bijvoorbeeld een (steekproefsgewijs) onderzoek naar de feitenrechtspraak en een onderzoek naar (Europese) wetgeversdocumentatie met betrekking tot het gebruik van maatschappelijke regulering.⁸ Ik onderscheid fundamentele omstandigheden en overige omstandigheden.

2.1 Fundamentele omstandigheden

In de literatuur wordt een tweetal omstandigheden onderscheiden met een meer fundamentele aard. Ten eerste valt de omstandigheid te noemen dat de maatschappelijke regulering in strijd is met bestaande wetgeving of bestaand (gemeenschaps)recht.⁹

Een voorbeeld van een zaak waarin de aanwezigheid van deze omstandigheid leidde tot verwerping van de maatschappelijke norm in kwestie, is een zaak waarbij een ballonvaarder zonder toestemming landde op andermans grond. De grondeigenaar stelde schade te hebben geleden als gevolg van de (zonder toestemming verrichte) landing. De ballonvaarder beroept zich op zijn beurt op de Gedragscode Ballonvaart. De Gedragscode vermeldt dat een ballonvaarder op andermans grond mag landen. De Gedragscode Ballonvaart is een vorm van maatschappelijke regulering die is opgesteld door de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor de Luchtvaart, de Professionele Ballonvaarders Nederland en Land- en Tuinbouw Organisatie Nederland. De

6 I. Giesen, '(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een 'ReL'?', *NTBR* 2018/19, p. 135; P.W.J. Verbruggen, 'In tijden van verandering. Over de relatie tussen het privaatrecht en private regelgeving', *WPNR* 2019/7242, p. 448.

7 Castermans 2020, p. 72.

8 I. Giesen, 'De omgang met en handhaving van "meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels": een analyse van recente rechtspraak', *WPNR* 2008, 6772; Menting & Vranken 2014.

9 M. Menting & J.B.M. Vranken, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland', in: M. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief. Juridische betekenis, effectiviteit en handhaving* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2013), Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 40-41; Castermans 2020, p. 70.

rechter beslist uiteindelijk dat van toepassing van de maatschappelijke norm geen sprake kan zijn omdat: *“Dergelijke afspraken [de Gedragscode Ballonvaart] gaan niet boven de wet; zij kunnen het in de wet geregelde eigendomsrecht niet beperken.”*¹⁰

Een tweede meer fundamentele omstandigheid is dat de regulering een maatschappelijke beladen of sterk gepolitiseerd thema reguleert of dat de regulering grondrechten beperkt.¹¹ Aanwezigheid van deze omstandigheid wijst in de richting van niet-toepasbaarheid van de regulering. De gedachte hierachter lijkt te zijn dat op het terrein van dergelijke thematiek de wetgever exclusief bevoegd is nu maatschappelijke consensus ontbreekt.

Deze thematiek speelde in een zaak waar een journalist zich niet hield aan de Leidraad voor de Journalistiek. In de Leidraad wordt beschreven wanneer sprake is van zorgvuldige journalistiek en wanneer niet.¹² De vermeend gelaedeerde (die in casu verdachte was in een strafzaak) stelde dat een journalist onrechtmatig jegens hem handelde omdat de journalist in kwestie zijn volledige naam vermeldde in het NRC Handelsblad. De volledige vermelding van naam en toenaam van verdachten van strafbare feiten was op grond van art. 2.4.6. van de Leidraad voor de Journalistiek 2010¹³ onaanvaardbaar, hetgeen ook is uitgesproken door de Raad voor de Journalistiek.¹⁴ Volgens de vermeend gelaedeerde handelde de journalist daarom onrechtmatig. De rechtbank ging niet mee met de eis van de vermeend gelaedeerde en oordeelde: *“Het schenden van een journalistieke afspraak om slechts de voorletters van diegenen die onderwerp zijn van justitieel onderzoek te vermelden [zoals neergelegd in de Leidraad voor de Raad van de Journalistiek], kan niet gelijk worden gesteld aan schending van een wettelijke bepaling.”*¹⁵

Noemenswaardig is hier nog de uitspraak van de rechtbank Den Haag in de klimaatzaak tussen Milieudefensie en *Royal Dutch Shell*. In de RDS-Klimaatzaak putte de rechter immers sterk uit maatschappelijke regulering bij de formulering van de maatschappelijke zorgvuldigheidsplicht, ook al

10 Rechtbank Midden-Nederland, 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:514 (*Gedragscode Ballonvaarders*), r.o. 2.6.

11 Menting & Vranken 2014, p. 40; G.J. Veerman & S.R. Hendriks-De Lange. *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 259-261.

12 <https://www.rvdj.nl/leidraad>.

13 De Leidraad 2010 is te raadplegen via: <https://www.rvdj.nl/uploads/fckconnector/b59fafce-5558-4c05-aa9a-5cbc0aa31c95>.

14 Rechtbank Amsterdam, 7 maart 2012, ECLI:NL:RB:AMS:2012:BV9330 (*Leidraad voor de Journalistiek*), r.o. 2.9.

15 Rechtbank Amsterdam, 7 maart 2012, ECLI:NL:RB:AMS:2012:BV9330 (*Leidraad voor de Journalistiek*), r.o. 4.7.

was sprake van een maatschappelijk beladen of sterk gepolitiseerd thema (klimaatverandering).¹⁶ De RDS-Klimaatzaak is daarentegen een atypisch geval in velerlei opzicht. De tijd zal leren of de uitspraak van de rechtbank Den Haag in hoger beroep of eventueel in cassatie, in stand blijft.

2.2 Overige omstandigheden

In de literatuur relevant geachte gezichtspunten die betrekking hebben op de *regulering*, zijn: i) de representativiteit van de opstellers van de regulering¹⁷; ii) het draagvlak van de regulering en de naleving daarvan in het maatschappelijk veld waarop de regulering betrekking heeft¹⁸; iii) de eventuele handhaving van de regulering; iii) de betrokkenheid van overheid of wetgever bij de totstandkoming van de regulering¹⁹; iv) de betrokkenheid van experts of deskundigen bij de totstandkoming van de regulering²⁰; v) de transparantie van het totstandkomingsproces²¹; vi) eventuele aansluiting bij bestaande wetgeving²²; vii) de mate waarin de regulering de belangen beschermt van actoren met een sociaaleconomisch achtergestelde positie ten opzichte van de normadressaat²³; viii) de specialistische of technische aard van de regulering²⁴; ix) de vraag in hoeverre de norm een maatschappelijk omstreden of sterk gepolitiseerd thema reguleert²⁵; en x) de mate waarin toepassing van de regulering precedentwerking heeft²⁶.

Daarnaast zijn enkele gezichtspunten te onderscheiden die betrekking hebben op het *concrete geschil*. Niet alle hier genoemde gezichtspunten vond ik direct terug in de literatuur maar lijken, mede vanwege de jurisprudentie van de Hoge Raad, wel relevant te zijn. De relevantie blijkt met name uit het

16 Rechtbank Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*RDS Klimaatzaak*), r.o. 4.4.11.

17 Castermans 2020, p. 72; Kristic, Van Tilburg & Verbruggen, p. 206-210; Menting & Vranken 2014, p. 40-41.

18 Kristic, Van Tilburg & Verbruggen, p. 207.

19 Menting & Vranken 2014, p. 41.

20 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.

21 Castermans 2020, p. 72.

22 M.C. Menting, '(R)Evolutie in het privaatrecht? Enkele beschouwingen over de rol van private regelgeving en de invloed van het EVRM naar aanleiding van HR Achmea/Rijnberg', *NTBR* 2015/16, afl. 4, p. 108.

23 Menting & Vranken 2014, p. 41.

24 Jansen 2020, p. 40; Smeehuijzen 2017, p. 354.

25 Menting & Vranken 2014, p. 40; Veerman & Hendriks-De Lange.2007, p. 259-261.

26 Jansen 2020, p. 40.

arrest *Achmea/Rijnberg* en het arrest *Meetinstructie*.²⁷ Te onderscheiden zijn: i) de stand van de jurisprudentie met betrekking tot het geschil (is bijvoorbeeld sprake van een sport- en spelsituatie?)²⁸; ii) consensus tussen partijen over toepassing van de norm (zoals het geval was in *Achmea/Rijnberg*²⁹); iii) de bekendheid van partijen met de regulering en de mate waarin zij vertrouwden op naleving van de norm (zoals speelde in het arrest *Meetinstructie*³⁰; en iv) de omstandigheid dat de partij die zich op de norm beroept, normadressaat en –opsteller is.

3. Stand van de rechtspraak

Maatschappelijke regulering is in de feitenrechtspraak relevant bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid. Wanneer maatschappelijke regulering voorhanden is, is het oordeel van de feitenrechter meestal in overeenstemming met de maatschappelijke norm. Sterker nog: in de meerderheid van de gevallen kent de rechter daaraan zelfs doorslaggevende betekenis toe (55%).³¹ Slechts in 4% van de gevallen gaat de feitenrechter aan toepassing van de norm voorbij wegens inhoudelijke mankementen van de norm (de maatschappelijke norm is in strijd is met de wet of heeft slechts interne werking).³² In het licht van de in de literatuur geuite legitiemiteitszorgen, lijken dat opvallend hoge percentages. Die wat paradoxale situatie maakt benieuwd naar de vraag *waarom* rechters om maatschappelijke regulering betekenis toekennen (of juist te verwerpen).

Om die vraag te beantwoorden onderzocht ik een dataset met daarin 76 zaken. De dataset betreft zaken waarin de maatschappelijke betamelijkheid (in meer of mindere mate) wordt vormgegeven door de maatschappelijke norm.³³ Ik beoordeelde alle uitspraken uit mijn dataset waarin de rechter

27 HR 19 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel & H.B. Krans (*Achmea/R.*); HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, NJ 2020/8, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*).

28 Gerechtshof Leeuwarden, 26 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9768 (*Fédération Internationale du Ski*).

29 HR 19 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel & H.B. Krans (*Achmea/R.*).

30 Hoge Raad 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, NJ 2020/8, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*).

31 C.O. Hoekstra, 'Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak', *AV&S* 2020/38, afl. 6, p. 227-228.

32 Hoekstra 2020, p. 226-227.

33 Hoekstra 2020, p. 225-226.

betekenis toekende aan de voorhanden zijnde maatschappelijke norm (68 zaken) en alle zaken waarin de rechter aan de norm voorbijging (8 zaken). Ik beoordeelde per zaak waarin het rechterlijk oordeel in overeenstemming was met de maatschappelijke regulering en waarbij de rechter betekenis toekende aan de maatschappelijke regulering, *wat* nu maakte dat de norm werd toegepast.³⁴ Voor wat betreft de zaken waarin de rechter de voorhanden zijnde maatschappelijke norm *verwierp*, onderzocht ik wat daar de reden voor was. De reden was eenvoudig te achterhalen doordat de rechter altijd motiveerde waarom een maatschappelijke norm verworpen werd.³⁵

De zaken zijn te onderscheiden in zaken waarbij het gebruik van maatschappelijke regulering gemotiveerd werd (28%) en met uitspraken waarin dat gebruik niet gemotiveerd werd (72%). Bij de beoordeling van gemotiveerde zaken was de rechterlijke motivering leidend. Bij niet-gemotiveerde zaken mag verondersteld worden dat toepassing op enige wijze evident is. Ik kon daarom per zaak beoordelen *wat* in dergelijke gevallen de reden was dat een norm werd toegepast.

Een dergelijke beoordeling is in bepaalde mate subjectief. Ter vermindering van die subjectiviteit is mijn dataset ook los van mij beoordeeld.³⁶ Ter adstructie van het gebruik van maatschappelijke regulering door de feitenrechter volgt eerst een tussenparagraaf over de motivering van de feitenrechter.

3.1 Rechterlijke motivering

In de feitenrechtspraak motiveert de rechter in de meerderheid van de gevallen niet waarom zij (doorslaggevende) betekenis toekennen aan maatschappelijke regulering bij invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (72%). Bovendien geldt dat wanneer de rechter wel motiveert waarom hij een norm toepast, die motivering summier is te noemen.³⁷

De uitspraken in mijn dataset heb ik voor wat betreft de rechterlijke motivering opgedeeld in drie categorieën: uitgebreide motivering, summiere motivering en non-existente motivering.

Een voorbeeld van een uitgebreid gemotiveerde uitspraak is er een van de rechtbank Den Haag. De rechtbank motiveert hier waarom het de Code Rendement en Risico (hierna: “CRR”), toepast. De rechtbank Den Haag overweegt: “De rechtbank gaat ervan uit dat de zelfregulering [de maatschap-

34 Hoekstra 2020, p. 225-226.

35 Hoekstra 2020, p. 228.

36 De tweede beoordelaar is prof. mr. J.L. Smeehuijzen, hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

37 Hoekstra 2020, p. 228.

pelijke regulering] van de branche in de CRR de weerslag is van de destijds breed gedragen maatschappelijke opvattingen over de informatie die aanbieders van beleggingsverzekeringen dienden te verstrekken. Redengevend daarvoor is dat de CRR steeds door het Verbond van Verzekeraars is opgesteld in samenspraak met de Consumentenbond. Zowel (vertegenwoordigers van) de aanbieders als (vertegenwoordigers van) de afnemers van beleggingsverzekeringen zijn dus betrokken geweest bij de formulering van daarin neergelegde eisen. (...) Partijen, die beide naar de CRR verwijzen bij bespreking van de destijds geldende normen voor informatieverstrekking bij het aanbieden van beleggingsverzekeringen, nemen dit ook tot uitgangspunt.”³⁸

Voorbeelden van summiere motiveringen van toepassing van maatschappelijke regulering zijn dat: de toepassing “door partijen niet betwist is”³⁹, de maatschappelijke norm toepassing vindt omdat “sprake is van zelfregulering”⁴⁰ of omdat de “de civiele rechter de maatschappelijke norm in eerdere gevallen heeft aanvaard”⁴¹.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin de feitenrechter in het geheel niet motiveert waarom een maatschappelijke norm wordt toegepast is een zaak waarin Zorgkaart Nederland (een online platform waarop zorgaanbieders door hun patiënten beoordeeld worden op de door hen geleverde zorg) aansprakelijk wordt gesteld door een beoordeelde zorgverlener. Als toetsingsmaatstaf hanteert de rechtbank Overijssel de door Zorgkaart Nederland opgestelde gedragscode waarin staat opgenomen waaraan een beoordeling moet voldoen. Enige motivering met betrekking tot de vraag *waarom* de gedragscode wordt gebruikt, ontbreekt. Wel is duidelijk dat de rechtbank de maatschappelijke norm als concrete invulling van de maatschappelijke betamelijkheid gebruikt. De rechtbank overweegt als volgt:

“[In deze uitspraak is] ook meegewogen dat de door ZorgkaartNederland opgestelde gedragscode, mits strikt nageleefd, in beginsel voldoende waarborgen biedt om te voorkomen dat ongefundeerde en beschadigende (lees: onrechtmatige) waarderingen worden geplaatst. Het ligt op de weg van ZorgkaartNederland ervoor te zorgen dat (alleen) waarderingen geplaatst

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

39 Rechtbank Arnhem, 17 mei 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AY0882, r.o. 2; Gerechtshof Arnhem, 11 augustus 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ5405, r.o. 18-21; Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.5.2.3-6.5.2.4.

40 Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, 4 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9465, r.o. 33-34; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 4 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:753, r.o. 5.6-5.8.

41 Rechtbank Den Haag, 10 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4062, r.o. 4.9-4.11; Rechtbank Midden Nederland, 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2639, r.o. 3.4 en 3.24.

worden die aan deze gedragscode voldoen en waarderingen die daar niet mee in overeenstemming zijn te verwijderen. Laat ZorgkaartNederland dit na dan handelt zij onzorgvuldig jegens de zorgverlener. De vraag nu is of de inmiddels verwijderde waardering aan de gedragscode voldoet.”⁴²

3.2 Beslissende omstandigheden

Ik identificeerde drie in de praktijk “beslissende omstandigheden” die leiden tot toepassing van een maatschappelijke norm. De drie beslissende omstandigheden zijn: (partij)autonomie (paragraaf 3.2.1); gezaghebbendheid van de normopstellers in het maatschappelijk veld waar de regulering betrekking op heeft (paragraaf 3.2.2); en maatschappelijke aanvaarding van de norm (paragraaf 3.2.3). Hieronder licht ik de drie categorieën nader toe. Daarnaast ga ik in op de mogelijkheid dat zich een veelheid aan beslissende omstandigheden voordoet (paragraaf 3.2.4) en de mogelijkheid dat de feitenrechter een maatschappelijke norm *niet* toepast (paragraaf 3.2.5).

De vaak in de feitenrechtspraak terugkerende toepassingsgrond dat een maatschappelijke norm “in eerdere zaken door de civiele rechter is aanvaard” heb ik niet als zelfstandige categorie geïdentificeerd. Dat verdient enige adstructie: voordat een civiele rechter van de motivering gebruik kan maken dat een norm reeds eerder in de feitenrechtspraak is toegepast, moet er natuurlijk een feitenrechter zijn geweest die dat gedaan heeft. De feitenrechter met de toepassingsprimeur moet echter een *andere* reden hebben gehad om tot toepassing over te gaan. In mijn optiek is die reden de daadwerkelijke grondslag voor toepassing van de norm en niet de door de rechter benoemde “eerdere aanvaarding door de civiele rechter”.

3.2.1 Toepassing wegens (partij)autonomie

Uit de beoordeling van mijn dataset bleek dat in 49 uitspraken (72% van de gevallen) een maatschappelijke norm werd toegepast omdat het rechtssubject van de maatschappelijke norm een hand had in de toepassing van de norm door de rechter. Dat betekent dat het rechtssubject de wil had de regulering na te leven of de schijn opwekte deze wil te hebben bij belanghebbenden. Deze vorm van “zelfbinding” openbaarde zich in mijn onderzoek op een tweetal hierna te bespreken wijzen.

Ten eerste bleek dat in 13 zaken (19% van de uitspraken) de maatschappelijke norm werd toegepast omdat de regulering door de normadressaat

42 Rechtbank Overijssel, 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3754 (*Zorgkaart Nederland*), r.o. 4.4.

zelf was opgesteld (waarvan 9% gemotiveerd 91% niet-gemotiveerd). Een voorbeeld van een uitspraak waarin dit gebeurde is de in paragraaf 3.1 genoemde uitspraak over de aansprakelijkheid van Zorgkaart Nederland waarin de rechtbank Overijssel de Gedragscode van Zorgkaart Nederland als toetsingscriterium gebruikte.⁴³ De toepassing van de norm werd door de rechter niet gemotiveerd, maar de enige mogelijke reden om in casu de Gedragscode toe passen is dat de Gedragscode is opgesteld door Zorgkaart Nederland zelf in combinatie met het feit dat Zorgkaart Nederland niet conform de eigen Gedragscode handelde. De toepassing van de norm vindt in dit geval dus zijn grondslag in de autonomie van het rechtssubject.

Ten tweede bleek dat in 36 uitspraken (53%% van de gevallen) de maatschappelijke norm toegepast werd wegens “aanvaarding van naleving” of “aanvaarding van toepassing van de norm” (waarvan 31% gemotiveerd en 69% niet-gemotiveerd). Onder deze vorm van aanvaarding vallen ook uitspraken waarin de rechterlijke motivering inhoudt dat de norm wordt toegepast “omdat de toepassing tussen partijen niet ter discussie staat”.

Een voorbeeld van een zaak waarin de feitenrechter maatschappelijke regulering toepaste met als argument dat de normadressaat “toepassing aanvaardde” is te vinden in een uitspraak van de rechtbank Limburg. De rechtbank Limburg paste het Protocol Jobcoach UWV toe omdat: “[laedens] heeft zich door het aanvragen en verkrijgen van een erkenning tegenover UWV onder meer verbonden om overeenkomstig het Protocol Jobcoach te handelen”.⁴⁴

Daarnaast bleek dat “aanvaarding van naleving” veel voorkwam bij regulering die in verenigingsverband is opgesteld en die de vereniging voor haar leden verplicht stelde. Regulering die op dergelijke wijze voor leden van een vereniging geldt is door derden krachtens het verenigingsrecht niet direct inroepbaar.⁴⁵ Wel kan een beroep op de regulering worden gedaan bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid.

Exemplarisch is voor deze categorie een uitspraak van de rechtbank Rotterdam waarbij de Gedragscode Schuldregeling wordt toegepast om te bepalen of de vermeend laedens onrechtmatig handelde. De rechtbank motiveert die toepassing als volgt: “De bank zowel als de gemeente [laedens]

43 Rechtbank Overijssel, 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3754 (*Zorgkaart Nederland*), r.o. 4.4.

44 Rechtbank Limburg, 17 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:370 (*Protocol Jobcoach UWV*), r.o. 5.4 en 5.20.

45 C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg & W.J.M. van Veen, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 153 e.v.

is lid van de NVKK [opsteller van de maatschappelijke regulering] en dus gebonden aan de Gedragscode”.⁴⁶ De rechtbank past de maatschappelijke norm dus toe met als argument dat laedens lid is van de vereniging.

3.2.2 *Gezag van normopstellers in het desbetreffende maatschappelijk veld*

In 13 uitspraken (19%) oordeelde de rechter dat hij een maatschappelijke norm toepaste vanwege het gezag dat de norm of de opstellers van de norm toekwam. Dat gezag kwam de normopstellers veelal toe vanwege hun expertise of specialistische kennis van het desbetreffende maatschappelijk domein waar hun expertise betrekking op had. De rechter motiveerde in geen enkele zaak dat hij de norm toepaste vanwege de *enkele reden* dat de norm is opgesteld door experts. Wel oordeelde hij in een aantal andere zaken dat hij gezag aan de norm toekende *onder andere* vanwege het gezag dat de norm toekomt.⁴⁷

Een paradigmatische zaak ontstond als gevolg van een motorongeluk tijdens een *oldtimer* motorfietswedstrijd. Eén van de toeschouwers raakte gewond toen het vliegwiel van de motorfiets van een van de deelnemers losraakte en al tollend het publiek in vloog. Het vliegwiel kon losraken doordat de borgmoer niet goed vastzat. Bovendien maakte de deelnemer gebruik van een “open vliegwiel” (een vliegwiel dat aan de motorfiets is bevestigd zonder beschermende kap of beugel). In het geding was de vraag of de deelnemer onrechtmatig jegens de toeschouwer handelde door de borgmoer niet te controleren en gebruik te maken van een open vliegwiel. Ter invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheid gebruikte de rechter onder andere de wedstrijdreglementen en concludeert hij dat niet onrechtmatig is gehandeld.⁴⁸ De wedstrijdreglementen zijn opgesteld door verschillende (grote) verenigingen op het gebied van de motorsport. Toepassing van de reglementen wordt verder niet gemotiveerd, maar komt wel evident voor: waarom zou een rechter immers op technisch en mechanisch vlak een andere mening hebben dan de opstellers van de reglementen die meer kennis en

46 Rechtbank Rotterdam, 18 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV1966 (*Gedragscode Schuldregeling*), r.o. 2.5.

47 Rechtbank Breda, 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX5098 (*Verklaring van Noordwijk*), r.o. 3.11; Rechtbank Den Haag, 28 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7072 (*Code Rendement en Risico*), r.o. 2.81 en 2.157.

48 Gerechtshof Amsterdam, 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6992 (*Oldtimer wedstrijd*), r.o. 3.7 en 3.23-3.24.

kunde hebben van het maatschappelijk veld waar de schadetoebrengende handeling plaatsvond?

3.2.3 Maatschappelijke aanvaarding

De laatste categorie heeft betrekking op de situatie waarin de norm, om in de woorden van de feitenrechter te spreken, “breed gedragen is” in het maatschappelijk veld waar de norm betrekking op heeft. Men kan zeggen dat sprake is van maatschappelijke aanvaarding. In 5 uitspraken (9% van de uitspraken) oordeelde de rechter dat de norm in kwestie betekenis toekwam wegens maatschappelijke aanvaarding van de norm (waarvan 83% gemotiveerd en 17% niet-gemotiveerd).

Exemplarisch is een uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden waarin het de Gedragscode Geneesmiddelen Reclame toepast ter beantwoording van de vraag of bepaalde reclame-uitingen van een geneesmiddelenproducent onrechtmatig waren jegens een andere geneesmiddelenproducent. Het hof past de Gedragscode Geneesmiddelen Reclame toe en motiveert die toepassing als volgt. “De Gedragscode geneesmiddelenreclame wordt breed gedragen en kan daarom worden gebruikt ter invulling van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.”⁴⁹

3.2.4 Pluraliteit van beslissende omstandigheden

Voornoemd onderscheid tussen de verschillende beslissende omstandigheden leidt wellicht tot het beeld dat steeds slechts sprake is van één enkele beslissende omstandigheid welke leidt tot toepassing van de maatschappelijke norm. Dat beeld verdient enige nuancering. In veel van de door mij onderzochte zaken deden zich meerdere beslissende omstandigheden tegelijkertijd voor. Bovendien werden die beslissende omstandigheden in enkele gevallen ook samen opgenomen in de rechterlijke motivering.⁵⁰

Ondanks die pluraliteit aan beslissende omstandigheden bleek het toch betrekkelijk eenvoudig om te bepalen *wat* in casu nu maakte dat een rechter overging tot toepassing van maatschappelijke regulering. Zo zal bijvoorbeeld de toepassing van maatschappelijke regulering in de vorm van “Aanbevelingen tot het Voorkomen van Schade aan Ondergrondse Leidingen”

49 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9929 (*Gedragscode Geneesmiddelenreclame*), r.o. 3.11.

50 Gerechtshof Arnhem, 24 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH4132 (*Aanbevelingen tot het Voorkomen van Schade aan Ondergrondse Leidingen*); Rechtbank Breda, 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX5098 (*Verklaring van Noordwijk*); Rechtbank Den Haag, 28 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7072 (*Code Rendement en Risico*).

gebaseerd zijn op de maatschappelijke aanvaarding van die regulering en niet op het feit dat de toepassing door partijen niet betwist is, ook al zijn beide beslissende omstandigheden terug te vinden zijn in de motivering van het hof.⁵¹

3.2.5 *Contrain aan maatschappelijke regulering*

In drie van de door mij onderzochte uitspraken is de uitspraak van de rechter niet in overeenstemming met de maatschappelijke norm wegens aan de maatschappelijke regulering verbonden mankementen.⁵²

In twee van de drie zaken oordeelde de rechter dat de maatschappelijke norm niet werd toegepast omdat de norm in kwestie slechts interne werking had.⁵³ Deze zaken leren weinig nieuws over de vraag wat nu maakt dat een maatschappelijke norm niet toegepast wordt anders dan de mogelijkheid dat een norm niet door derden ingeroepen kan worden. In de derde zaak oordeelde de rechter dat de norm niet werd toegepast omdat deze in strijd is met de wet.⁵⁴

4. Beschouwing: maatschappelijke regulering als effectief en waardevol rechtsvindingsinstrument

In deze paragraaf vergelijk ik ten eerste de stand van de doctrine met de stand van de rechtspraak (paragraaf 4.1). Vervolgens verklaar ik de verschillen daartussen (paragraaf 4.2). Tot slot deel ik mijn eigen inzichten voor wat betreft de omgang met maatschappelijke regulering (paragraaf 4.3).

4.1 Vergelijking tussen doctrine en rechtspraktijk

Allereerst is opvallend dat in de rechtspraktijk de aanwezigheid van één van de in paragraaf 3.2 genoemde beslissende omstandigheden voldoende is voor toepassing van een maatschappelijke norm. Dit in tegenstelling tot het beeld dat ontstaat na raadpleging van de literatuur. In de literatuur wordt een veelheid aan omstandigheden of gezichtspunten naar voren geschoven.

51 Gerechtshof Arnhem, 24 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH4132 (*Aanbevelingen tot het Voorkomen van Schade aan Ondergrondse Leidingen*), r.o. 3.5 en 3.8.

52 Hoekstra 2020, p. 227-228.

53 Gerechtshof Arnhem, 11 september 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB8620 (*Praktijkregels voor Curatoren*), r.o. 4.2; Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2650 (*Gedragscode Pastoraat*), r.o. 6.18.

54 Rechtbank Midden-Nederland, 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:514 (*Gedragscode Ballonvaart*), r.o. 2.6.

Van een systematische toepassing van een gezichtspuntencatalogus lijkt in de feitenrechtspraak geenszins sprake. Dit in tegenstelling tot andere leerstukken, zoals bijvoorbeeld de vraag of een beroep op de absolute verjaringstermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid is. Ter beantwoording van die vraag is door de Hoge Raad een gezichtspuntencatalogus opgesteld in het arrest Van Hese/De Schelde.⁵⁵ In feitenrechtspraak waarin de materie voorkomt wordt steeds de totale gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde gebruikt om te beoordelen of sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁵⁶

Ten tweede is het opvallend dat feitenrechters zich nauwelijks lijken te bekommeren om het feit dat de maatschappelijke regulering niet afkomstig is van de formele wetgever: slechts in een paar door mij onderzochte zaken wordt de legitimiteitsproblematiek aan de orde gesteld doordat één der partijen stelt dat de regulering niet bindt. Slechts in twee uitspraken (van inmiddels 14 en jaar geleden) werd om die reden van toepassing afgezien.⁵⁷

4.2 Verklaring van de rechtspraktijk: geen partijdebat

Een verklaring voor de door afwezigheid schitterende gezichtspuntencatalogus is een eenvoudige: het gebruik daarvan is niet nodig. Dat komt omdat de in de doctrine geschetste legitimiteitsproblematiek in de rechtspraktijk niet speelt. De in de doctrine onderscheiden gezichtspunten danken hun relevantie allemaal in bepaalde mate aan opvattingen over (democratische) legitimiteit van regulering: de gezichtspunten samen beperken het (klassieke) legitimiteitsgebrek tot een minimum. Wanneer legitimiteitsvraagstukken vervolgens tijdens een procedure *nicht in Frage* zijn, is het logische gevolg daarvan dat aan de behandeling van de gezichtspunten uit de doctrine niet wordt toegekomen. In plaats daarvan is steeds één beslissende omstandigheid voldoende om tot toepassing over te gaan.

Ik leid de afwezigheid van legitimiteitsproblematiek in de rechtspraak mede af uit de passieve houding van partijen hieromtrent: zij procederen veelal niet over de toepassing van een norm (en dus ook niet over de legitimiteit van de regulering). Dat partijen veelal niet procederen over de vraag of een maatschappelijke norm van toepassing is, blijkt ten eerste uit de

55 Hoge Raad 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635 (*Van Hese/De Schelde*).

56 Rechtbank Zeeland-West Brabant, 6 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4068; Rechtbank Rotterdam, 17 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1380.

57 Gerechtshof Arnhem, 11 september 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB8620 (*Praktijkregels voor Curatoren*); Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2650 (*Gedragscode Pastoraat*).

motivering van rechters (de rechter kent immers in 12% van de uitspraken betekenis toe aan maatschappelijke regulering wegens niet-betwisting van die norm). Daarnaast blijkt het ontbreken van partijdebat uit het *gebrek* aan rechterlijke motivering (72% van de zaken is niet-gemotiveerd). Dat verdient enige uitleg.

Uit de uitspraken in mijn dataset kon ik weliswaar niet *direct* opmaken of partijen zich verweerden tegen toepassing van de norm. Wel viel dat *indirect* af te leiden uit de toepassing van de norm in combinatie met het ontbreken van enige motivering. Het ontbreken van motivering kan namelijk verklaard worden met het gegeven dat het bestaan en de omvang van de rechterlijke motiveringsplicht in belangrijke mate wordt bepaald door het partijdebat. Wanneer geen partijdebat plaatsvond over de toepasselijkheid van een maatschappelijke norm zal een rechter toepassing daarvan minder snel (hoeven te) motiveren.⁵⁸ Het feit dat de rechter de normen ondanks een gebrek aan motivering wél toepast kan op zijn beurt verklaard worden via de band van de processuele partijautonomie (de civiele rechter moet niet-betwiste stellingen immers in beginsel als vaststaand aannemen krachtens art. 149 Rv).⁵⁹ De niet-betwiste stelling dat een maatschappelijke norm geldt moet in dat geval in beginsel toegepast worden, maar die toepassing hoeft waarschijnlijk niet te worden gemotiveerd.

Het voorgaande betekent dat toepassing van de maatschappelijke norm in de niet-gemotiveerde uitspraken waarschijnlijk tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan. Dat geldt waarschijnlijk in de grote meerderheid van de zaken waarin de rechter in overeenstemming met de maatschappelijke norm oordeelde. De hoeveelheid uitspraken kan variëren tussen de 12% van de zaken (het percentage zaken waarin de rechter aangeeft dat de norm wordt toegepast vanwege de niet-betwisting) en 84% van de zaken. Het percentage van 84% ontstaat wanneer men de som neemt van de gemotiveerde uitspraken en de ongemotiveerde uitspraken waarin de maatschappelijke norm werd toegepast (72%).

Als de toepassing van maatschappelijke regulering niet ter discussie staat en dus veelal niet gemotiveerd wordt, dan verklaart dat waarom weinig terug te vinden is van de in de literatuur relevant geachte gezichtspunten: er hoefde immers niet beoordeeld te worden of een maatschappelijke norm

58 I. Giesen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. *Procesrecht*. 1. *Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 457.

59 R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XI) (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, par. 3.4.

toegepast moest worden. Bovendien mag daarnaast aangenomen worden dat wanneer partijen wél reden hadden gehad over de relevantie of toepasbaarheid van een maatschappelijke norm te twijfelen, zij (of in ieder geval één van de partijen) wel werk gemaakt hadden van die twijfel. Gebrek aan partijdebat over de toepasselijkheid duidt natuurlijk ook op de algemene notie dat de maatschappelijke norm (in ieder geval) relevant is voor de formulering van de te betrachten zorg. Dat betekent dat niet alleen rechters veelal van mening zijn dat maatschappelijke betamelijkheid en maatschappelijke norm met elkaar in overeenstemming zijn, maar dus ook de maatschappelijke actoren zelf.

4.3 Rol van maatschappelijke regulering

Dat partijen veelal welwillend tegenover een invloedrijke rol voor maatschappelijke regulering in hun geschil staan en dat de in de literatuur benoemde legitimiteitsproblematiek veelal niet terug te vinden is in de rechtspraktijk, noopt tot reflectie over de rol van maatschappelijke regulering in het algemeen. Wordt het geen tijd maatschappelijke regulering als waardevol en effectief rechtsvindingsinstrument te omarmen? Zou het niet kunnen dat maatschappelijke regulering haar “legitimiteit” ontleent aan iets anders dan een grootschalige volksstemming? Speelt het niet mee dat maatschappelijke regulering een zeer efficiënte bron voor rechtsvinding kan zijn omdat zij maatschappelijke verhoudingen kan weergeven op een wijze die veelal niet aan formele wetgeving is toebedeeld? En is het niet zo dat de maatschappelijke norm uiteindelijk wordt toegepast door een daartoe gelegitimeerde instantie, namelijk de rechterlijke macht waardoor men zich kan afvragen in hoeverre de vraag echt relevant is?

In plaats van steeds een bijzondere rechtvaardiging voor toepassing van maatschappelijke regulering te zoeken (een “geen toepassing, tenzijhouding”) pleit ik voor een in uitgangspunt grote rol van betekenis voor maatschappelijke regulering bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid. Die rol neemt ze in de huidige rechtspraktijk reeds in, maar ze verdient ook erkenning in de doctrine. Daarbij moet overigens opgemerkt worden dat “in het verleden behaalde resultaten geen garantie voor de toekomst bieden” en maatschappelijke regulering ondanks haar grote rol van betekenis nog steeds geen recht in de zin van art. 79 Wet RO is, daarom moet natuurlijk wel de ruimte blijven bestaan om van de maatschappelijke norm af te wijken daar waar dat gepast is. Van werktuigelijke toepassing van maatschappelijke regulering kan nimmer sprake zijn.

In het verlengde daarvan benoem ik graag een penibel punt voor de toepassing van maatschappelijke regulering. Toepassing van een maatschappelijke norm kan wringen in het geval de opsteller van de maatschappelijke norm ook normadressaat van die regulering is en de normadressaat (dus opsteller) aansprakelijk wordt gesteld. Wanneer de normadressaat rechtekens aan zijn eigen norm wordt gehouden is er in principe niets aan de hand. Problematischer van aard is de situatie waarin de normadressaat de door hemzelf opgestelde maatschappelijke norm gebruikt om aan te tonen dat het de gepaste zorg heeft betracht. De maatschappelijke norm kan dan het karakter krijgen van een vrijwaring tegen onrechtmatig handelen, maar dan wel eenzijdig bedongen. Dat lijkt mij allerminst wenselijk.

Het voorgaande betekent overigens niet dat wanneer deze situatie zich voordoet van toepassing van de maatschappelijke norm geen sprake kan zijn. Weliswaar ligt in deze situatie het gevaar van foutief gebruik van maatschappelijke regulering meer op de loer dan in andere situaties, het betekent natuurlijk niet dat de norm per definitie onbruikbaar is. Wel is in dergelijke gevallen een uitgebreidere beoordeling en motivering gepast.

Maar hoe dan wel om te gaan met maatschappelijke regulering? Omdat toepassing van maatschappelijke regulering vaak tussen partijen niet in het geding is, is het in mijn optiek gerechtvaardigd een maatschappelijke norm als vertrekpunt voor een aansprakelijkheids-maatstaf te gebruiken. In wezen fungeert de norm dan als *pin point* voor een mogelijke partijdiscussie. Voordat een maatschappelijke norm als *pin point* gebruikt kan worden, moet zich wel minstens één van de in paragraaf 3.2 genoemde omstandigheden hebben voorgedaan (en moet de norm vanzelfsprekend binnen de grenzen van het positieve recht blijven). Blijft die discussie uit? Dan moet de maatschappelijke norm als aansprakelijkheidsmaatstaf gebruikt worden. Wanneer wel discussie ontstaat over de toepasbaarheid van de norm dient de rechter te motiveren waarom hij al dan niet afwijkt van de maatschappelijke norm.

Betekent het voorgaande dan dat geen rol is weggelegd voor de overige in de doctrine relevant geachte factoren?⁶⁰ Die vraag moet ontkennend beantwoord worden. Weliswaar zijn niet alle gezichtspunten altijd relevant bij de *toepassing* van een maatschappelijke norm en komen zij niet altijd terug in de *motivering* van de rechter, wel zijn zij allemaal relevant bij de beoordeling van een eventuele door partijen gevoerde *discussie*. De relevantie en rol van de gezichtspunten zijn daarom terug te vinden in het (tot nu toe meestal non-ex-

60 Paragraaf 2.1 en 2.2.

istente) partijdebat over de toepassing van maatschappelijke regulering. De gezichtspunten vormen aanknopingspunten voor partijen om toepassing van de maatschappelijke norm te betwisten of te bepleiten.

5. Conclusie

De vraag die in dit artikel centraal stond is wat de rol van maatschappelijke regulering is bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid en welke omstandigheden relevant zijn bij de bepaling van die rol. Om die vraag te beantwoorden onderzocht ik de stand van de doctrine en de stand van de rechtspraktijk en maakte ik een vergelijking tussen beide.

Uit het onderzoek naar de stand van de doctrine bleek dat gebrek aan traditionele democratische legitimiteit van maatschappelijke regulering de boventoon voert voor wat betreft de beoordeling van de toepasbaarheid van maatschappelijke regulering. Omstandigheden die relevant worden geacht houden dan ook veelal verband met het tot een minimum beperken van (democratische) legitimiteitskortingen van maatschappelijke regulering.

Uit het onderzoek naar de stand van de feitenrechtspraak bleek dat in de praktijk drie beslissende omstandigheden relevant zijn bij de beoordeling van de vraag of een maatschappelijke norm wordt toegepast of niet. De beslissende omstandigheden zijn: i) (partij)autonomie, ii) gezaghebbendheid van de normopstellers in het maatschappelijk veld waar de regulering betrekking op heeft en iii) maatschappelijke aanvaarding van de norm. Steeds was de aanwezigheid van één van de beslissende omstandigheden voldoende om tot toepassing over te gaan.

Uit de vergelijking bleek dat tussen doctrine en rechtspraak een discrepantie bestaat. De discrepantie laat zich verklaren doordat de in de doctrine benoemde legitimiteitsproblematiek in de rechtspraktijk niet benoemd wordt. Het gevolg daarvan is dat aan de legitimiteitsproblematiek gelieerde gezichtspunten of omstandigheden ook nauwelijks hun doorgang vinden in de rechtspraktijk. Ten tweede geldt dat toepassing van maatschappelijke regulering in de rechtspraktijk in de meerderheid van de gevallen niet-gemotiveerd is met als gevolg dat gezichtspunten die de toepasselijkheid van maatschappelijke regulering beïnvloeden vanzelfsprekend niet benoemd zijn.

Het gebrek aan rechterlijk motivering is op haar beurt te wijten aan een non-existent partijdebat, of anders gezegd: aan consensus over toepassing

van maatschappelijke regulering tussen procespartijen. Consensus over de toepassing van maatschappelijke regulering duidt op de meer algemene notie dat maatschappelijke regulering een uiterst effectieve en waardevolle bron voor rechtsvinding is. Toepassing van maatschappelijke regulering is in het verlengde hiervan voordehand liggend in de gevallen dat zich één of meer van de drie beslissende omstandigheden voordoet en de norm in overeenstemming is met het positieve recht.

De rol van de gezichtspunten lijkt gelegen te zijn in het (tot nu toe veelal non-existente) partijdebat over toepassing van maatschappelijke regulering. Zij vormen aanknopingspunten om toepassing daarvan te betwisten of juist te bepleiten.

4. Maatschappelijke normvorming en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: een gezichtspuntencatalogus¹

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd als: C.O. Hoekstra, 'Maatschappelijke normvorming en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: een gezichtspuntencatalogus', *WPNR* 2023, 7419, p. 539-552.

1. Inleiding

Maatschappelijke normvorming is het proces waarin maatschappelijke actoren regelgeving in het leven roepen om te voorzien in de behoefte een niet-formeel wettelijk gereguleerd domein te reguleren.¹ Dergelijke normen duiken in verschillende gedaantes op verschillende plekken op. Protocolen, gedragscodes, richtlijnen, leidraden, reglementen en adviezen vallen veelal onder de noemer van maatschappelijke normvorming. Maatschappelijke normvorming *kan* als vindplaats van maatschappelijke opvattingen fungeren en daarmee als bron voor (rechterlijke) rechtsvinding, maar de juridische bruikbaarheid van maatschappelijke normvorming is niet op voorhand gegeven.

In deze bijdrage wordt een poging gedaan praktische handvatten te bieden ter beoordeling van de juridische bruikbaarheid van maatschappelijke normvorming die gebruikt kunnen worden bij invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW en dus bij de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen. De onderzoeksvraag die in deze bijdrage getracht wordt te beantwoorden is: welke factoren en omstandigheden zijn relevant bij de bepaling of een maatschappelijke norm doorwerkt in de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid BW?

Voorgaande casus roept de vraag op wanneer een maatschappelijke norm nu doorwerkt en wanneer niet. Daarover is vrij uitvoerig geschreven.² In de meer theoretische literatuur ziet men dat ideeën over doorwerking veelal worden verbonden met theorievorming over de beginselen van de democratische rechtsstaat. De centrale idee lijkt te zijn dat maatschappelijke normvorming “democratische legitimiteit” ontbeert en dat dit tekort tot op zekere hoogte “aangevuld” kan worden door te voldoen aan criteria die de

1 A.J. Akkermans, ‘Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van recht-snormen’, *NTBR* 2011, p. 510-515.

2 F.C. Bentvelzen, ‘Zelfregulering curia novit? Over omgang met private regelgeving in Nederlandse civiele overheidsrechtspraak’, *RM Themis*, 2016-5, p.227-236; A.G. Castermans, ‘2. De burger en de betamelijkheidsnorm’, in: *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Preadviezen* (Handelingen Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 72; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 110 e.v.; K.J.O. Jansen, ‘Verkeersopvattingen en private regelgeving’, *NTBR* 2020/5, afl. 2; A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen, ‘Private normstelling: criteria voor toepassing in de rechtszaal’, *RegelMaat* 2009, 24(4) p. 200-201; C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenissen uit de wet.*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 79; J.L. Smeehuijzen, ‘Hoe oordeelt de feiten-rechter over strijd met de maatschappelijke betamelijkheid in de zin van art. 6:162 lid 2 BW?’, *Verkeersrecht* 2017/125, p. 354; Concl. A-G P. Vlas, *ECLI:NL:PHR:2019:1037*, bij HR: 31 januari 2020, *ECLI:NL:HR:2020:143 (Gedragscode pastoraat)*, nr. 2.4.

werkwijze van de (democratisch gelegitimeerde) wetgever weerspiegelen.³ Ideeën over doorwerking van maatschappelijke regulering zijn dan ook vaak op publiekrechtelijke gedachten gestoeld.⁴ Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan vereisten als: een voor het maatschappelijk veld waarvoor de norm zal gelden representatieve normsteller of een transparant en zorgvuldig totstandkomingsproces van de maatschappelijke norm.⁵

Ook bestaan meer empirisch georiënteerde onderzoeken waarvoor (feiten)rechtspraak is onderzocht om inzicht over doorwerking van maatschappelijke normvorming in het privaatrecht te verkrijgen.⁶ In een tweetal onderzoeken is de doorwerking van maatschappelijke normvorming in het privaatrecht onderzocht aan de hand van een “kleine steekproef” van uitspraken in de feitenrechtspraak.⁷ In het eerste onderzoek werd geconcludeerd dat feitenrechters een wisselende attitude naar maatschappelijke normen leken te hebben: soms passen zij een maatschappelijke norm toe en soms niet.⁸ In het latere onderzoek werd geconcludeerd dat sprake is van een toegenomen toepassing van maatschappelijke normen in het privaatrecht ten opzichte van dat eerdere onderzoek.⁹

Ikzelf deed systematisch jurisprudentieonderzoek naar de vraag of en wanneer maatschappelijke normen doorwerken in de ongeschreven

3 Zie bijvoorbeeld in Nederland: E. Korthals Altes, ‘De wereld van J.B.M. Vranken. Een vervolg (II slot)’, *WPNR* 2005, afl. 6644, nr. 29; A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen 2009, p. 200-201. Zie voor internationale literatuur: A. McHarg, ‘The Constitutional Dimension of Self-Regulation’, in: F. Cafaggi (red.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, The Netherlands: Kluwer Law International 2006, p. 85; C. Scott, ‘Regulating Private Legislation’, in: F. Cafaggi (red.) & H. Muir-Watt (red.), *Making European Private Law: Governance Design*, Cheltenham: Edward Elgar 2008, p. 254-268.

4 M.C. Menting, *Industry codes of conduct in a multi-layered Dutch private law* (diss.), Tilburg: Prisma Print 2016, p. 269-270.

5 Castermans 2020, p. 72; I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht 8), Deventer: Kluwer 2007 p. 75; Kristic, Van Tilburg & Verbruggen 2009, p. 206 e.v.

6 Bentvelzen 2016, p. 227-236; I. Giesen, ‘De omgang met en handhaving van meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels’: een analyse van recente rechtspraak’, *WPNR* 2008, afl. 6772; C.O. Hoekstra, ‘Private regelgeving en de invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm: een onderzoek naar de feitenrechtspraak’, *AV&S* 2020/38, afl. 6, p. 224-231; M.C. Menting & J.B.M. Vranken, ‘Gedragscodes in een meerlaagd 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 Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2013), Zutphen: Uitgeverij Paris 2014.

7 Het is onduidelijk hoe de auteurs tot hun poel van uitspraken zijn gekomen. Beide auteurs zijn zich wel degelijk van de methodologische beperkingen van hun steekproef bewust: zij merken meermaals zelf op dat hun steekproef “klein” is. Zie: Bentvelzen 2016, p. 230; Giesen 2008, p. 790.

8 Giesen 2008, p. 786-787.

9 Bentvelzen 2016, p. 230.

zorgvuldigheidsnorm.¹⁰ In dat onderzoek probeerde ik aan de hand van verschillende zoektermen zoveel mogelijk uitspraken te vinden op www.rechtspraak.nl waarin de feitenrechter zich in een onrechtmatige daadzaak geconfronteerd zag met een maatschappelijke norm. Ik beoordeelde de invloed van de aangevoerde maatschappelijke normen op de concrete invulling van de maatschappelijke betamelijkheid.¹¹ De bevindingen uit dat laatste onderzoek vormen één van de pilaren van mijn bijdrage.

De in deze bijdrage ontwikkelde gezichtspuntencatalogus beoogt een synthese te zijn van enerzijds de theoretische beschouwingen en anderzijds de empirische studie van de feitenrechtspraak. Zij bouwt verder op opvattingen en bevindingen uit de literatuur aan de hand van empirische en doctrinaire informatie: zij is een meta-analyse van voorgaand onderzoek. De analyse maakt schematisch de werking van verschillende zich mogelijk omstandigheden inzichtelijk en biedt daarmee de mogelijkheid een scherpere discussie te voeren.

Dat behoefte bestaat aan de mogelijkheid een scherpere discussie te voeren valt te beargumenteren aan de hand van doctrine en feitenrechtspraak. Zo is in de literatuur gesuggereerd tot nadere concretisering van de thematiek te komen door middel van het formuleren van praktische handvatten voor praktici en rechters.¹² Daarnaast ontstaat bij kennisname van de resultaten van voornoemd empirisch onderzoek naar de feitenrechtspraak het idee dat de overtuigingskracht van het rechterlijk oordeel gebaat zou zijn bij een dieper gewortelde redengeving van “doorwerking” daar het rechterlijk oordeel met betrekking tot het gebruik van maatschappelijke normen veelal ongemotiveerd is.¹³ Ook biedt een gezichtspuntencatalogus partijen de mogelijkheid een (hoogwaardiger) discussie te voeren – daar schort het vooralsnog veelal aan.¹⁴

10 Hoekstra 2020.

11 Zie voor een uitgebreide methodologische verantwoording van het systematisch jurisprudentieonderzoek: Hoekstra 2020, p. 225-226.

12 J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****, Deventer: Kluwer 2005, nr. 91; I. Giesen, ‘(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een “Rel”’, *NTBR* 2018/19, p. 135; P.W.J. Verbruggen, ‘In tijden van verandering. Over de relatie tussen het privaatrecht en private regelgeving’, *WPNR* 2019, afl. 7242, p. 448.

13 Hoekstra 2020, p. 228.

14 Partijen voeren waarschijnlijk veelal weinig tot geen partijdebat. Zie daartoe: C.O. Hoekstra, ‘Maatschappelijke regulering als effectief en waardevol rechtsvindingsinstrument: een vergelijking tussen doctrine en feitenrechtspraak’, *NJB* 2021/2722, afl. 37, p. 3097. Zie voor wat betreft de rol van partijdebat: Giesen 2008, p. 791.

Uiteindelijk lieten zich uit de bestudering van empirie en theorie tien gezichtspunten identificeren. De relevantie van de geïdentificeerde gezichtspunten is erkend in de literatuur en/of rechtspraak. Over de precieze werking ervan kan wel discussie bestaan. Ik onderscheid in deze bijdrage constitutieve gezichtspunten voor doorwerking (paragraaf 3) en gezichtspunten met prohibitieve dan wel affirmatieve werking voor doorwerking (paragraaf 4). Daarna volgt een bespreking van de werking en het nut van de catalogus (paragraaf 5). Tot slot volgt een beschouwing (paragraaf 6). Ik begin met een toelichting op de verschillende categorieën (paragraaf 2).

2. Voorwaarden en gezichtspunten

De catalogus is bedoeld om elke casus te beoordelen op mogelijke doorwerking van een maatschappelijke norm in de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW. Hiervoor geldt dat de catalogus niet bestaat uit een uitputtende lijst vereisten waaraan voldaan *moet* zijn voordat sprake kan zijn van doorwerking, maar uit een combinatie van gezichtspunten die de (rand)voorwaarden voor doorwerking bepalen en gezichtspunten die omstandigheden adresseren die relevant *kunnen* zijn bij de beoordeling van doorwerking.

Ik onderscheid twee categorieën gezichtspunten: gezichtspunten die constitutieve omstandigheden adresseren en gezichtspunten die prohibitieve en affirmatieve omstandigheden adresseren. In de categorie constitutieve gezichtspunten worden omstandigheden geadresseerd die *vereist* zijn om tot de conclusie te komen dat een maatschappelijke norm door kan werken. In de tweede categorie gezichtspunten worden omstandigheden geadresseerd die of in de richting wijzen dat een maatschappelijke norm niet door zou moeten werken (prohibitieve omstandigheden) of in de richting wijzen dat een maatschappelijke norm wél door zou moeten werken (affirmatieve omstandigheden). Alle gezichtspunten (dus uit beide categorieën) zijn steeds relevant bij de beoordeling van een zaak. De relevantie van elk gezichtspunt wordt toegelicht aan de hand van de ratio ervan en waar mogelijk verduidelijkt aan de hand van een voorbeeld uit de rechtspraak.

3. Constitutieve gezichtspunten

Uit de Nederlandse feitenrechtspraak valt op te maken dat het gebruik van maatschappelijke normvorming bij invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm steeds is terug te voeren tot een drietal “grondrechtvaardigingen”. Deze zijn: doorwerking wegens het gezag van de normopstellers, doorwerking wegens (partij)autonomie en doorwerking wegens maatschappelijke aanvaarding.¹⁵ De drie vormen van doorwerking vormen in wezen de fundering voor het gebruik van maatschappelijke normvorming in art. 6:162 lid 2 BW-zaken.

Aanwezigheid van één van de drie grondrechtvaardigingen is vereist voor doorwerking: zij zijn constitutief. Doet geen van deze omstandigheden zich voor, dan kan van doorwerking geen sprake zijn. Het is mogelijk dat wanneer aan één van de grondrechtvaardigingen is voldaan, er een andere reden is waarom een maatschappelijke norm toch niet doorwerkt. Deze omstandigheden worden onderscheiden in de tweede categorie gezichtspunten.

Noemenswaardig is dat de aanwezigheid van een constitutieve omstandigheid in de praktijk bijna steeds tot gevolg heeft dat de maatschappelijke norm in overeenstemming is met de concrete maatschappelijke betamelijkheidsnorm (in bijna 90% van de zaken).¹⁶ Aanwezigheid van een constitutieve factor is dus niet slechts een opening voor doorwerking, maar vormt gelijktijdig een zeer sterke indicatie dat de norm daadwerkelijk gebruikt kan worden als invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm.

De eerste grondslag voor toekenning van juridische betekenis aan maatschappelijke normvorming is wanneer de normopstellers gezien kunnen worden als autoriteit of gezaghebbende entiteit of groep in het maatschappelijk veld dat zij beogen te reguleren.

a. Of en in welke mate de opstellers van de norm autoriteit of gezag genieten in het maatschappelijk veld dat de opstellers beogen te reguleren

Wanneer normstellers een bepaalde mate van autoriteit of gezag genieten, resulteert dat in een bepaalde mate van vertrouwen dat in algemene zin gesteld mag worden in de bekwaamheid van de normopstellers om binnen

¹⁵ Hoekstra 2021, p. 3095-3096.

¹⁶ Hoekstra 2020, p. 226-227.

die groep passende of eerlijke regels op te stellen. Autoriteit of gezag openbaart zich in de praktijk op twee manieren. De eerste is wanneer de normsteller representatief is voor het maatschappelijk veld dat beoogd wordt te reguleren en de tweede is wanneer de normsteller over vakspecialistische kennis of expertise beschikt in het maatschappelijk veld dat beoogd wordt te reguleren. Ik zet beide gevaltypen hieronder nader uiteen.

Als gezegd kan de normsteller gezaghebbend zijn omdat hij representatief is voor de populatie van het maatschappelijk veld dat de normsteller probeert te reguleren. Met de vraag naar de representativiteit van de normopstellers wordt bedoeld of de opstellers van de normen in hun onderlinge verhoudingen overeenstemmen met de populatie van het maatschappelijk veld dat zij beogen te reguleren. Het behoeft weinig uitleg dat een norm die is opgesteld door alle belanghebbenden bij de regulering, eerder voor gebruik in aanmerking komt dan een norm die is opgesteld door slechts één type belanghebbende bij de norm. De gedachte dat een representatieve groep bij uitstek in staat is maatschappelijke normvorming op te stellen heeft een publiekrechtelijke oorsprong. Vanuit dogmatisch oogpunt is de doorwerking van maatschappelijke normvorming minder problematisch wanneer de normopstellers representatief aan het maatschappelijk veld zijn dat zij beogen te reguleren. In de literatuur over doorwerking van maatschappelijke normvorming is dit gezichtspunt dan ook breed aanvaard.¹⁷

Een voorbeeld van een zaak waarin de rechter de maatschappelijke norm in het geding juridische betekenis toekent vanwege de representativiteit van de normopstellers is te vinden in een uitspraak van de rechtbank Den Haag. De rechtbank Den Haag oordeelt hier dat de “Code Rendement en Risico. Gedragscode betreffende de voorlichting over het rendement en het risico van beleggingsverzekeringen en levensverzekeringen met winstdeling” doorwerkt in de ongeschreven zorgvuldigheidsplicht: *“Redengevend daarvoor is dat de CRR steeds door het Verbond van Verzekeraars is opgesteld in samenwerking met de Consumentenbond. Zowel (vertegenwoordigers van) de aanbieders als (vertegenwoordigers van) de afnemers van beleggingsverzekeringen zijn dus betrokken geweest bij de formulering van daarin neergelegde eisen.”*¹⁸

Ten tweede kan een normsteller gezaghebbend zijn als de normstellers uit een (groep) vakspecialist(en) bestaat en wanneer de normsteller poogt het veld waarop zijn kennis ziet te reguleren. Maatschappelijke normvorming

17 Castermans 2020, p. 72; Kristic, Van Tilburg & Verbruggen 2009, p. 201; Menting & Vranken 2014, p. 40-41.

18 Rechtbank Den Haag 28 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7027, r.o. 2.81.

die is opgesteld door vakinhoudelijke experts bestaat bij de vleet, net als uitspraken waarin doorwerking van die normen wordt aangenomen.

Een voorbeeld is te vinden in een uitspraak van de rechtbank Den Haag waarin Milieudefensie de Staat aanspreekt omdat de Staat niet aan zijn verplichtingen met betrekking tot verschoning van de lucht zou voldoen. Milieudefensie voert daartoe aan dat de waarden die uit luchtmetingen in Nederland volgen niet in overeenstemming zijn met bepaalde luchtwaarden uit de *“WHO Air quality for particulate matter, ozone, nitrogen dioxide and sulfer dioxide. Global update 2005. Summary of risk assessment”* (*“WHO-guidelines”*) uitgevaardigd door de *“World Health Organization”*¹⁹ (*“WHO”*). De rechtbank overweegt dat: *“Niet ter discussie staat dat de WHO-guidelines gezaghebbend zijn en dat daaraan bijzondere betekenis toekomt, onder meer vanwege de door Milieudefensie cs genoemde brede wetenschappelijke steun voor deze normen.”*²⁰ De rechtbank besluit uiteindelijk toch dat de Staat (nog) niet onrechtmatig handelt. Die beslissing houdt echter verband met het feit dat nog geen schade is geleden door Milieudefensie als gevolg van de overschrijding van WHO-guidelines en dat de Staat *nog* binnen zijn *“margin of appreciation”* handelt in het streven naar luchtwaarden die vallen binnen de WHO-guidelines en dus niet met de potentiële doorwerking van de maatschappelijke norm.²¹

De tweede grondslag voor toekenning van juridische betekenis aan een maatschappelijke norm is *“(partij)autonomie”*. Het gaat hierbij om consensus tussen (proces)partijen of de opgewekte schijn daarvan door de normadressaat.

b. Of (vermeende) consensus bestaat tussen (proces)partijen over naleving van de norm

Wanneer sprake is van consensus tussen procespartijen over het gebruik van een maatschappelijke norm als toetsingskader voor onrechtmatigheid vormt dat een grondslag voor doorwerking van maatschappelijke normvorming. De grondslag is terug te voeren op de fundamentele en breed erkende gedachte dat partijen in hun private verhouding hun eigen rechtspositie kunnen

19 De *World Health Organization* is een gespecialiseerde organisatie van de Verenigde Naties die een sturende rol heeft op het gebied van gezondheid en welzijn.

20 Rechtbank Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.75.

21 Rechtbank Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.89.

bepalen.²² Omdat sprake moet zijn van consensus tussen partijen, kan maatschappelijke normvorming die door de normadressaat zelf is opgesteld in de regel niet zomaar doorwerken. Voor doorwerking van zelfregulering moeten partijen het daar ofwel over eens zijn of moet sprake zijn van een ander constitutief vereiste voor doorwerking (te vinden in gezichtspunt a of c).

In praktische zin kan gesteld worden dat het moment van consensus over naleving van de maatschappelijke norm kan verschillen. Zo is sprake van processuele consensus wanneer tussen de procederende partijen doorwerking van de maatschappelijke norm niet ter discussie staat. Het kan echter ook zijn dat in een eerder stadium sprake was van consensus over naleving van de norm, maar dat die consensus ten tijde van het proces ontbreekt. Ik bespreek in onderstaande alinea's beide mogelijkheden.

Voorbeelden van processuele consensus zijn te vinden in uitspraken waarin de rechter expliciet benoemt dat toepasselijkheid van de norm door partijen niet betwist wordt en dat bruikbaarheid daarmee vaststaat. Zo oordeelde het hof Den Bosch dat een bank in strijd handelde met de maatschappelijke zorgvuldigheid bij uitvaardiging van een krediet bestemd om een auto te kopen omdat de verlening van het krediet in strijd was met de Gedragscode van de Vereniging van Financieringsnormen. Het hof overweegt dat: *“Partijen zijn het erover eens dat de gedragscode van de Vereniging van financieringsondernemingen in Nederland 2010 (hierna: Vfn) op de onderhavige zaak van toepassing is.”*²³ Andere voorbeelden zijn waarschijnlijk te vinden in uitspraken waarin de rechter in kwestie zich niet uitlaat over de vraag waarom een maatschappelijke norm van toepassing is, maar deze wel toepast: een non-existente motivering kan immers het gevolg zijn van een niet-gevoerd partijdebat en een niet-gevoerd partijdebat kan duiden op consensus.

Een bijzondere variant van consensus is de *vermeende* consensus tussen procespartijen over de naleving van de norm. Hierbij gaat het om het geval waarin één van de partijen ervan uitging dat de andere partij zich aan de maatschappelijke norm in kwestie zou houden. Het gaat hier om de vraag in hoeverre de normadressaat de gerechtvaardigde indruk wekte dat hij zich aan een bepaalde maatschappelijke norm houdt of zal houden.

22 Bentvelzen 2016, p. 234; Giesen 2007 p. 72; H.K. Lindahl, 'Zelfregulering: rechtsvorming, democratie en reflexieve identiteit', *RM Themis* 2006-2, p. 39.

23 Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 14 maart 2017, r.o. 6.5.2.4. Zie voor andere zaken: Rechtbank Rotterdam, 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4800, r.o. 6.21; Rechtbank Rotterdam, 23 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3886, r.o. 4.20-4.25.

De gedachte dat iemand gehouden kan worden aan de indruk die hij wekt is ontleend aan de wilsvertrouwensleer uit het contractenrecht, neergelegd in art. 3:33 en 3:35 BW. De wilsvertrouwensleer brengt kort gezegd met zich dat het bij de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen in discrepantiegevallen (gevallen waarin wil en verklaring niet met elkaar in overeenstemming zijn) niet slechts neerkomt op de wilsverklaring van de ene partij, maar ook op het gerechtvaardigd vertrouwen van de andere partij in de uitleg die hij aan andermans verklaring geeft.²⁴

“Doorwerking” van de wilsvertrouwensleer in het buitencontractuele verbintenissenrecht is op zichzelf niets nieuws. In het Meetinstructie-arrest oordeelde de Hoge Raad al dat het gerechtvaardigd vertrouwen van de gelaedeerde in belangrijke mate werd bepaald door het bestaan van maatschappelijke normvorming (in kwestie de NVM Meetinstructie).²⁵ Een vertaling van de wilsvertrouwensleer naar de doorwerking van maatschappelijke normvorming in het aansprakelijkheidsrecht luidt: “welke zin de belanghebbende bij de regelgeving in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan de gedragingen van de normadressaat mocht ontlelen”. Een uitputtende benoeming van factoren die maken of iemand gerechtvaardigd mocht vertrouwen op naleving van de maatschappelijke norm in kwestie valt buiten de reikwijdte van dit artikel. Wel kan aansluiting gezocht worden bij jurisprudentie en literatuur over de wilsvertrouwensleer in het contractenrecht.

De derde grondslag voor toekenning van juridische betekenis aan een maatschappelijke norm is “maatschappelijke aanvaarding”. Maatschappelijke aanvaarding openbaart zich veelal door naleving van de norm in het sociaal domein dat de normopstellers poogden te reguleren.

24 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*. (Recht en Praktijk nr. CA5), Deventer: Kluwer 2012, nr. 3.2.1.

25 Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen.

c. Of en in hoeverre de norm wordt nageleefd in het maatschappelijk veld waarvoor de norm bedoeld is of in hoeverre in het maatschappelijk veld een (rechts)overtuiging bestaat dat de norm nageleefd moet worden

In de literatuur is het verband tussen maatschappelijke normvorming en het gewoonterecht meermaals gelegd.²⁶ Wanneer een norm krachtens gewoonte tot rechtsnorm verworpen is, speelt de vraag naar de mogelijke toepassing ervan niet, die staat in beginsel buiten kijf.²⁷ Niet elke breed gedragen of nageleefde niet-wettelijke norm valt echter onder de noemer “gewoonterecht”.²⁸ Een algemene gang van zaken die zich kenmerkt door naleving van een maatschappelijke norm of een algemene opvatting die eruit bestaat dat een maatschappelijke norm nageleefd zou moeten worden komt ondanks het feit dat niet zonder meer sprake is van gewoonterecht wel degelijk bijzondere betekenis toe bij de beoordeling van die norm. Wanneer actoren uit het sociaal-maatschappelijk veld vinden dat een norm nageleefd moet worden of wanneer zij een norm naleven, legt dat gewicht in de schaal bij de bepaling of die regel de maatschappelijke zorgvuldigheid weergeeft.²⁹

Naleving van maatschappelijke normvorming of de overtuiging dat naleving dient plaats te vinden kan heel goed een gevolg zijn van de omstandigheid dat de norm is opgesteld door bepaalde autoriteiten uit het maatschappelijk veld. In die zin zou maatschappelijke aanvaarding dan slechts het bijproduct zijn van een andere rechtvaardiging voor doorwerking. Toch meen ik dat dit fundament zelfstandige betekenis toekomt vanwege de autonome rol die het in de feitenrechtspraak speelt en de ontegenzeggelijke link die het met het gewoonterecht heeft.

In de feitenrechtspraak wordt aanwezigheid van dit gezichtspunt veelal aangeduid met de bewoording dat de norm “breed gedragen wordt”.³⁰ Een voorbeeld daarvan is een uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden. Daarin

26 Bentvelzen 2016, p. 233; R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven*, diss. KUB, BJu: Den Haag: 2000, p. 112; Giesen 2007, p. 70 e.v.

27 Zie voor nadere informatie over het gewoonterecht: Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 920; Asser/Sieburgh 6-III 2018/382-383; E. Korthals Altes & H.A. Groen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 121; De Klerk-Leenen, in: *Contractenrecht IV*, aant. 137-138; P. Scholten, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Deventer: Kluwer 1974, nr. 23; J.J. Valk, ‘Het gewoonterecht anno 2021’, *MVV* 2021/3, p. 91 e.v.

28 Wel kan sprake zijn van gewoonterecht in wording. Zie: Giesen 2007, p. 71.

29 U. Mörtz, *Introduction in: Soft Law in Governance and Regulation. An interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar Publishing 2004, p. 6.

30 Hoekstra 2021, p. 3096

werd de “Gedragcode Geneesmiddelenreclame” toegepast om te bepalen of bepaalde medicijn-vergelijkende reclame-uitingen onrechtmatig waren. Het hof oordeelde dat: *“De Gedragcode Geneesmiddelenreclame wordt breed gedragen en kan daarom worden gebruikt ter invulling van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.”*³¹

Eenzelfde redenering is ook te vinden met betrekking tot het gebruik van de *“United Nations Guiding Principles for Businesses and Human Rights”*³² (“UNGP”) van de Verenigde Naties in de *Royal Dutch Shell* (“RDS”) Klimaatzaak. Daarin heeft de rechtbank Den Haag onder andere overwogen: *“Bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm zoekt de rechtbank aansluiting bij de UN Guiding Principles (UNGP). De UNGP vormen een gezaghebbend en internationaal breed gedragen ‘soft law’ instrument, waarin de verantwoordelijkheid van staten en bedrijven ten aanzien van mensenrechten is neergelegd.”*³³

4. Adressering van prohibitieve en affirmatieve omstandigheden

Wanneer de aanwezigheid van een constitutieve factor is vastgesteld, kan gekeken worden naar de overige factoren die spelen bij de vraag of een maatschappelijke norm doorwerkt. Dat kunnen enerzijds omstandigheden zijn die bijdragen aan de opvatting dat een norm zou moeten doorwerken (affirmatieve omstandigheden) en anderzijds omstandigheden zijn die bijdragen aan de opvatting dat de norm niet zou moeten doorwerken (prohibitieve omstandigheden).

Ik onderscheid de volgende gezichtspunten: de verhouding tussen (formele) wet- en regelgeving en de in het geding zijnde norm (gezichtspunt d), de verhouding tussen de normopsteller van de in het geding zijnde norm en de formele wetgever (gezichtspunt e), de mate van concreetheid van de norm (gezichtspunt f) het doel van de norm (gezichtspunt g), of en in hoeverre de norm een technisch of meer normatief karakter heeft (gezichtspunt h), de mate van zorgvuldigheid en transparantie van het totstandkomingsproces (gezichtspunt i) en de mate waarin de norm in het voordeel of nadeel van de

31 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9929, r.o. 3.11.

32 United Nations Human Rights Council, *United Nations Guiding Principles for Businesses and Human Rights*, 16 juni 2011, Principle 11.

33 Rechtbank Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.11.

normopsteller of belanghebbenden en in hoeverre daarvoor een rechtvaardiging bestaat (gezichtspunt j).

d. Verhouding tussen (formele) wet- en regelgeving en de in het geding zijnde norm

De vraag in hoeverre een maatschappelijke norm in overeenstemming is met (formele) wet- en regelgeving is altijd relevant voor de vraag naar de bruikbaarheid van die norm.³⁴ Doorwerking van een aan bestaande wet- en regelgeving tegenstrijdige norm gaat in tegen het monopolie van de wetgever om algemeen verbindende voorschriften te verschaffen. Dat strijdigheid met wet- of regelgeving noopt tot verwerping van de maatschappelijke norm behoeft weinig nadere uiteenzetting. Het gezichtspunt heeft dus mogelijk prohibatieve werking. Een andere, hieraan gespiegelde mogelijkheid is dat de norm aansluit bij bestaande wetgeving of dat bestaande wetgeving de mogelijkheid voor maatschappelijke normvorming expliciet benoemt. Dergelijke omstandigheden wijzen natuurlijk in de richting van een bruikbare maatschappelijke norm en zijn daarmee affirmatief. Daarnaast is het mogelijk dat de wetgever een mandaat aan de normopstellers heeft gegeven om normen te creëren. In dat geval zal binding aan de norm – afhankelijk van het precieze mandaat van de wetgever aan de normsteller – gegeven zijn en zal de norm eerder als verlengstuk van de wet te zien zijn dan als doorwerking van maatschappelijke normvorming.³⁵

Een voorbeeld van de prohibatieve werking van dit gezichtspunt is te vinden in een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland waarin de Gedragscode Ballonvaart terzijde werd geschoven. De opstellers van de Gedragscode Ballonvaart maakten een regel die behelsde dat het voor een ballonvaarder mogelijk is om zonder toestemming op andermans grond te landen. De rechtbank schoof de Gedragscode Ballonvaart terzijde omdat deze in strijd is met: “het wettelijk geregelde eigendomsrecht” zonder dat de rechthebbende van het stuk grond daarmee had ingestemd.³⁶

Een voorbeeld van de affirmatieve werking van het gezichtspunt is het arrest Achmea/R. van de Hoge Raad. In Achmea/R. bepaalde de Hoge Raad dat de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (“GPO”), opgesteld door het Verbond van Verzekeraars van toepassing is om te bepalen of een ingesteld

34 Bentvelzen 2016, p. 233; Giesen 2007, p. 70 e.v.

35 Giesen 2007, p. 95.

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

onderzoek naar een mogelijk frauderende verzekeringnemer zorgvuldig is. De Hoge Raad benoemt in zijn arrest dat de GPO volgens de inleiding daarvan “in lijn met bestaande wet- en regelgeving is”.³⁷ In de doctrine is wel aangevoerd dat dit één van de redenen is dat de Hoge Raad de GPO als toetsingskader voorschrijft.³⁸

e. De verhouding tussen de normopstellers en de formele wetgever

Bij de vraag naar de verhouding tussen normsteller en wetgever valt te denken aan het geval waarin normopstellers een zwaar gepolitiseerd thema reguleren, klassieke grondrechten reguleren of de regulering van een kwestie van algemeen (inter)nationaal belang.³⁹ Een norm die zich op voornoemde terreinen begeeft komt naar haar aard minder snel of zelfs niet voor gebruik in aanmerking daar de wetgever op dit terrein een monopolie heeft. In die zin kan het gezichtspunt dus prohibitief werken. Andersom geldt dat de wetgever zich kan bemoeien met de totstandkoming van een maatschappelijke norm. Dit vormt dan weer een indicatie voor juridische bruikbaarheid van de maatschappelijke norm.

Een voorbeeld van de affirmatieve werking van het gezichtspunt is te vinden in een uitspraak van de rechtbank Breda waarin de Verklaring van Noordwijk⁴⁰ wordt toegepast. De Verklaring van Noordwijk is een document waarin afspraken zijn neergelegd over het (on)verdoofd castreren van varkens tussen de vleesindustrie en dierenbelangenorganisaties.⁴¹ Uit de motivering van de rechtbank Breda blijkt dat het feit dat de minister van Landbouw, Cultuur en Waterstaat bij de totstandkoming van de maatschappelijke normvorming betrokken was, relevant: *“In de Verklaring van Noordwijk (...) gesteund door de politiek (...) zijn afspraken neergelegd die ertoe strekken om ter bevordering van het welzijn van de varkens over te gaan tot het verdoofd castreren*

37 Hoge Raad 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, r.o. 5.2.1.

38 M. Menting, ‘(R)Evolutie in het privaatrecht? Enkele beschouwingen over de rol van private regelgeving en de invloed van het EVRM naar aanleiding van HR Achmea/R./, NTBR 2015/16, afl. 4, p. 108.

39 Bentvelzen 2016, p. 232; Castermans 2020, p. 57; Jansen 2020, p. 36 en 39. Zie voor wat betreft de verhouding tussen wetgevende macht en rechtsprekende macht: H. Drion, ‘Negen stellingen over rechtsvorming door rechter en wetgever’, in: A.R. Bloembergen, *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 377; J.B.M. Vranken, *Mr. Asser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1995, nr. 184 en 223.

40 Verklaring van Noordwijk 2007, in: W.H.M. Baltussen, M.A. de Winter & M. Kluivers-Poodt, ‘Verdoofd castreren – Evaluatie van de Verklaring van Noordwijk’, Wageningen, 2009, p. 39-40. Online raadpleegbaar via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-55582>.

41 Deze zaak wordt uitgebreider besproken onder gezichtspunt h.

en om op termijn te stoppen met castreren. Daarmee is een standpunt en streven vastgelegd dat zowel maatschappelijk als politiek gezien in breed verband wordt gedragen.”⁴²

f. De mate van concreetheid van de norm

De vraag naar de mate van concreetheid van de norm is relevant voor de beoordeling van de maatschappelijke norm. In de regel zal gelden dat een vage norm naar haar aard minder geschikt is om invulling te geven aan de maatschappelijke betamelijkheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW omdat gebruik van de ene vage norm voor invulling van de andere vage norm, leidt tot een weinig concrete weergave van de feiten die relevant zijn bij de beoordeling van het concrete geschil. Gebrek aan verdere invulling van open normen uit maatschappelijke normvorming leidt tot een situatie waarin “het recht boven de feiten blijft zweven” en daarmee tot een situatie van rechtsonzekerheid en mogelijk zelfs tot rechtsongelijkheid.⁴³ Ook geldt dat rechters bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm, dat daar waar mogelijk dienen te doen aan de hand van “objectieve aanknopingspunten”.⁴⁴ Vage maatschappelijke normvorming kan daarom niet zomaar fungeren als sluitstuk van de rechterlijke motivering zonder nadere, rechterlijke invulling daarvan aan de hand van het feitencomplex. In die zin werkt het gezichtspunt dus “prohibitief”.

Betoogd is wel dat concretere normen naar hun aard eerder voor doorwerking in aanmerking komen dan abstracte normen omdat een abstracte of algemene norm een normatieve keuze bevat die precedentwerking zou kunnen hebben in andersoortige gevallen.⁴⁵ Hiermee zou het gezichtspunt dus ook affirmatieve werking toekomen wanneer de norm een zeer “concrete of technische norm op uitvoeringsniveau is”.⁴⁶ Hoewel ik de concluderende gedachte deel dat met de doorwerking van normatieve normen terughoudender omgesprongen zou moeten worden dan met minder normatieve, meen ik wel dat die terughoudendheid niet noodzakelijk teruggrijpt op de mate van concreetheid van de norm.⁴⁷ Een concrete norm kan mijns inziens namelijk

42 Rechtbank Breda 15 augustus 2012, ECLI:RBBRE:2012:BX5098, r.o. 3.11.

43 C.E. Drion, ‘Open normen en het belang van de waarom-vraag’, *NJBlog*, 23 oktober 2017.

44 Asser/Sieburgh 2019, nr. 76; K.J.O. Jansen, commentaar op art. 6:162 BW, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 6.1.9-6.1.10.

45 Van Dam 2020, p. 110; Jansen 2020, p. 35.

46 Jansen 2020, p. 35.

47 Zie paragraaf 5.

probleemloos een hoog normatief gehalte hebben ("Gij zult onder geen enkele omstandigheid euthanasie verrichten") net zoals dat een abstracte norm best een laag normatief gehalte kan hebben. Deze gedachtegang is vertaald naar de formulering van een apart gezichtspunt dat deze aspecten tot uitdrukking brengt (gezichtspunt h). Mijns inziens adresseert dit gezichtspunt (gezichtspunt f) daarom geen affirmatieve omstandigheden, maar slechts prohibitieve.

Betekent het voorgaande met betrekking tot de prohibitieve werking van het gezichtspunt dat maatschappelijke normvorming die bestaat uit vage normen niet voor gebruik in aanmerking komt? Die vraag moet mijns inziens beslist ontkennend beantwoord worden. Een norm kan immers weliswaar 'open' of 'vaag' zijn, maar tegelijkertijd toch een concretisering van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm in zich bergen. Zo kan een norm bepalen dat invulling van de vage norm afhankelijk is van bepaalde, in de norm genoemde factoren. Op die manier is de norm nog steeds open, maar bevat het wel degelijk een concretisering van de te wegen feiten en kan de norm mijns inziens gewoon bruikbaar zijn. Nog steeds moet dan een normatieve afweging gemaakt worden door de rechter, maar dan wel in beperktere mate. Dit gedachtegoed sluit mijns inziens aan bij de in herhaling waarneembare rechtspraak van de Hoge Raad, waarvan het bekendste voorbeeld waarschijnlijk het Kelderluik-arrest is.⁴⁸ In het Kelderluik-arrest werd immers een concretisering van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm aangenomen (in de vorm van de Kelderluikfactoren) maar die concretisering biedt geenszins een panklare oplossing voor elk denkbaar geval: daarvoor is vaak nog de weging van de verschillende factoren door de rechter vereist, vergezeld door een rechterlijke motivering van die afweging in de uitspraak.

Wanneer een norm echter *geen* concretisering biedt van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is dat volgens mij een omstandigheid die noopt tot verwerping van de norm. Deze prohibitieve factor houdt mijns inziens echter niet zo zeer verband met de legitimiteit van de norm, maar eerder met het ontbreken van enig praktisch nut van een vage norm zonder verdere concretisering van de te wegen feiten. Gebruik van een dergelijke norm door een rechtsprekende instantie als sluitstuk van de rechterlijke motivering voor een bepaald onrechtmatigheidsoordeel is natuurlijk wel degelijk problematisch, maar dat heeft met de norm zelf weinig van doen: die zegt immers toch niets.

48 Hoge Raad 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966, 136, m.nt. G.J. Scholten (Kelderluik).

Een voorbeeld van een norm die weliswaar vaag is, maar wel een concreterisering van de te wegen feiten biedt is de GPO. Deze werd reeds door de Hoge Raad van toepassing verklaard in het arrest Achmea/R. De maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm wordt in voornoemd arrest door de GPO geconcretiseerd met de vraag of een persoonlijk onderzoek naar een mogelijk frauderende verzekeringnemer aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit voldoet.⁴⁹

Een ander voorbeeld van toegepaste, vage maatschappelijke normvorming is te vinden in de RDS Klimaatzaak. Daarin is kort gezegd door de rechtbank Den Haag geoordeeld dat RDS wegens de UNGP een verantwoordelijkheid heeft tot het respecteren van mensenrechten in het kader van haar CO₂ uitstoot en de gevolgen van CO₂ uitstoot voor (gevaarlijke) klimaatverandering.⁵⁰ De mate van verantwoordelijkheid die een bedrijf in acht heeft te nemen wordt door de UNGP geconcretiseerd door het afhankelijk te stellen van omstandigheden als de ernst van de inbreuk op mensenrechten en de mate waarin het bedrijf controle heeft over de mensenrechtenschending.⁵¹ De rechtbank Den Haag gebruikte de UNGP als concretere invulling van de te betrachten zorg door RDS.⁵² Onomstreden is de uitspraak niet, maar mijns inziens heeft dat weinig van doen met de mate van concreetheid van de normen in de UNGP.⁵³

g. Doel van de norm

Het doel van de norm is van belang bij de waardering van maatschappelijke normvorming. Onder dit gezichtspunt valt de vraag of de geschonden maatschappelijke norm strekt tot de bescherming van schade zoals deze in het desbetreffende geval geleden is. De link met het relativiteitsvereiste uit art. 6:163 BW is snel gelegd.⁵⁴

Betoogd kan worden dat het relativiteitscriterium niet-noodzakelijk in de gezichtspuntencatalogus behoeft te worden weergegeven omdat het een

49 Hoge Raad 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, r.o. 5.2.1.

50 Rechtbank Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.11.

51 UNGP, Principle 14.

52 Rechtbank Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.11.

53 Kritisch over met name de algemeenheid van het vonnis is bijvoorbeeld: B.M. Katan, 'Ieder het hare: enkele opmerkingen bij het klimaatvonnis tegen Shell', *Ondernemingsrecht* 2021/106, afl. 15. Een ander perspectief wordt geboden in: J.L. Smeehuijzen, 'De veroordeling van Shell tot 45% CO₂-reductie in 2030: over legitimiteit en effectiviteit', *NJB* 2022/458, afl. 8.

54 Zie ook: Castermans 2020, p. 72.

constitutief vereiste betreft voor aansprakelijkheid wegens een onrechtmatige daad. Mijns inziens behoort de vraag naar relativiteit echter wel degelijk in deze catalogus thuis vanwege de rol die het relativiteitsvereiste bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm doorgaans toegedicht krijgt in de doctrine. Een vaak gehoorde gedachte daarbij is dat de rechter de zorgvuldigheidsnorm “ad hoc construeert”, met het oog op de concrete belangen van partijen met als gevolg dat relativiteit veelal gegeven is.⁵⁵ Wel wordt daarbij in één adem genoemd dat hierop ook uitzonderingen bestaan waarbij verwezen wordt naar het Duwbak-Linda-arrest van de Hoge Raad.⁵⁶

De gedachtegang dat relativiteit veelal gegeven is bij invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm gaat in mijn optiek voorbij aan de bijzondere aard van doorwerking van maatschappelijke normvorming in het aansprakelijkheidsrecht. Bij doorwerking van maatschappelijke normen geldt namelijk dat de “ad hoc constructie van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm” door rechters, verdacht veel wegheeft van de beoordeling of de vermeend laedens een wettelijke plicht heeft geschonden. Het valt af te vragen of dan nog wel sprake is van een “ad hoc constructie” van een concrete zorgvuldigheidsnorm en daarmee dus ook of de relativering nog bij de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm zit “ingebakken”. Om te voorkomen dat de vraag naar relativiteit lichtzinnig wordt overgeslagen, lijkt mij een aparte beoordeling daarvan niet te misstaan.

Een tweede argument voor relativiteit als apart gezichtspunt is dat het doel van de normopstellers niet-noodzakelijk gelijk te stellen is met de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Omdat een maatschappelijke norm geen wet in formele zin is, hoeft het doel of de strekking van de maatschappelijke norm niet doorslaggevend te zijn voor de relativiteit van de zorgvuldigheidsnorm. Het doel van bijvoorbeeld de normopstellers om te beschermen tegen schade zoals die is geleden is dan geen criterium, maar slechts een factor die meegewogen dient te worden: het is een omstandigheid die belicht kan worden aan de hand van een gezichtspunt.

Een voorbeeld van de prohibitieve werking van dit gezichtspunt is te vinden in een uitspraak van het hof Den Bosch tussen nabestaanden van een erflaatster en een priester. De nabestaanden vorderen schadevergoeding uit onrechtmatige daad verricht door een priester omdat hij de erfenis van

55 J.H. Nieuwenhuis, ‘Civielrechtelijke aansprakelijkheid van keuringsinstituten’, *BR* 1979/8, p. 620–622.

56 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, nr. 233-1; C.H. Sieburgh, Mr. C. *Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet.*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 135.

erflaatster heeft aanvaard (in privé). Dat is in strijd met de Gedragscode Pastoraat.⁵⁷ Het hof beslist 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. (...) Daarnaast kan niet worden aangenomen dat de regels van het kerkelijk recht en de gedragscode strekten ter bescherming van de familie bij het maken van het testament door de erflaatster, zo al kan worden aangenomen dat het doel daarvan was om erflaatster te beschermen als burger in het civiele recht. Het hof is dan ook van oordeel dat ook aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW niet is voldaan.”*⁵⁸

Een voorbeeld van de affirmatieve werking van het gezichtspunt is te vinden in het Meetinstructie-arrest. De Hoge Raad overweegt dat: *“Het hof heeft vastgesteld dat de NVM toepassing van de Meetinstructie voor de bij haar aangesloten makelaars verplicht heeft gesteld omdat derden erop moeten kunnen vertrouwen dat het woonoppervlak dat bij verkoop wordt vermeld niet de bruto maar de netto (gebruiks)oppervlakte betreft (...) Mede in het licht van de diverse uitspraken van de Raden van Toezicht en de Centrale Raad van Toezicht van de NVM die [verweerder] c.s. hebben overgelegd en waarop zij zich hebben beroepen, is die vaststelling geenszins onbegrijpelijk.”*⁵⁹

h. Of en in hoeverre de norm een technisch dan wel normatief karakter heeft

De vraag of een maatschappelijke norm een technisch of normatief karakter heeft poogt de gedachte te reflecteren dat de maatschappelijke norm dient aan te sluiten bij het soort gezag van de normstellers. Sluit de norm niet aan bij het soort gezag van de normstellers? Dan reikt het gezag van de normstellers niet tot de norm en kan van doorwerking geen sprake zijn. Het gezichtspunt werkt dan prohibitief. Het gezichtspunt verbindt daarmee de vraag *wie* de norm opstelden aan de vraag *hoe* een bepaald maatschappelijk terrein gereguleerd wordt. Deze twee vragen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.⁶⁰ Toepasselijkheid van dit gezichtspunt zal zich voorna-

57 Gedragscode Pastoraat 2018, p. 8. Te raadplegen via: <https://www.rkkerk.nl/gedragscode-pastoraat-gevalueerd-en-herzien/gedragscode-pastoraat-2018>.

58 Gerechtshof 's Hertogenbosch 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2650, r.o. 6.17.

59 Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen, r.o. 3.4.4.

60 Castermans 2020, p. 72.

melijk voordoen bij de beoordeling van doorwerking van maatschappelijke normvorming die is gefundeerd op de autoriteit van de normsteller.⁶¹

Ik maak een onderscheid tussen technische en normatieve normen. Het verschil tussen enerzijds “normatieve normen” en anderzijds “technische normen” zit in de mate waarin de normatieve afweging aan het oppervlak zichtbaar is en niet zo zeer in de “aard van de norm”: elke norm is immers in de kern normatief.

Een “normatieve norm” onderscheidt zich van een technische of vakspecialistische als de te maken normatieve afweging recht-toe-recht-aan of duidelijk waarneembaar is. Wanneer het zicht op de normatieve afweging die aan de regel ten grondslag ligt vertroebeld is omdat specialistische kennis of expertise noodzakelijk is om een redelijke inschatting van de feitelijke situatie te maken, dan is sprake van een meer technische of vakspecialistische norm.

In het geval van een technische norm kan de specialistische kennis de normatieve keuze die gemaakt wordt door de specialist(en) rechtvaardigen.⁶² Ik meen dat de expert wegens zijn vakspecialistische kennis in staat is zich de normatieve afweging het zuiverst voor te stellen: hij weet wat invoering van een bepaalde norm voor feitelijke implicaties heeft. Deze rechtvaardiging ontbreekt in de situatie waarin zo goed als iedereen in staat is zich de normatieve afweging voor te stellen: bij “normatieve normen” dus. Omgekeerd rechtvaardigt vakspecialistische kennis of expertise mijns inziens niet (zondermeer) tot het uitvaardigen van “normatieve normen”.

Het voorgaande betekent niet dat normatieve maatschappelijke normvorming nooit voor gebruik in aanmerking kan komen. Mijn hypothese is dat omstandigheden bestaan die de meer normatieve aard van de norm kunnen compenseren. Daarbij valt te denken aan democratische factoren als: de representativiteit van de normopstellers (constitutief gezichtspunt a), de mogelijkheid dat de norm een breed maatschappelijk draagvlak geniet (constitutief gezichtspunt c), de mate waarin de norm aansluit bij bestaande wetgeving (gezichtspunt d) en de mogelijke invloed van de wetgever op de totstandkoming van de norm (gezichtspunt e). Anderzijds geldt mijns inziens

61 Dit gezichtspunt vertoont gelijkenissen met het constitutieve gezichtspunt a: het gezichtspunt waarin de autoriteit of het gezag van de normstellers binnen het maatschappelijk veld waarop de norm ziet relevant wordt geacht voor doorwerking van de maatschappelijke norm. Het verschil tussen beide gezichtspunten is echter dat het bij gezichtspunt a gaat om de vraag of de norm zich op het terrein van de normsteller bevindt terwijl het bij gezichtspunt h gaat om de vraag wat voor type norm de maatschappelijke norm behelst.

62 Smeehuijzen 2017, p. 354.

dat wanneer de totstandkoming van de norm niet-transparant of onzorgvuldig is, dit sterk prohibatieve factoren zijn (het nog te bespreken gezichtspunt i).

Een voorbeeld van een uitspraak waarin een naar haar aard normatievere norm wordt gebruikt en waarbij sprake is van aanvullende democratische factoren is de in paragraaf 4 benoemde uitspraak van de rechtbank Breda. De rechtbank oordeelde in 2012 dat de moedermaatschappij van onder andere snackfabrikant Mora NV *niet* in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid handelt door varkensvlees van gecasteerde varkens in te kopen. De rechtbank Breda kent daartoe doorslaggevende betekenis aan de Verklaring van Noordwijk. In de Verklaring van Noordwijk is in 2007 door de deelnemende partijen bepaald dat in uiterlijk 2015 gestopt moet worden met de inkoop van vlees van gecasteerde varkens. Tot die tijd zal bovendien slechts vlees ingekocht worden van *verdoofd* gecasteerde varkens. Partijen spreken dus af dat zij tot 2015 geen varkensvlees van niet-verdoofd gecasteerde varkens in zullen kopen. Deze afspraak is het resultaat van een afweging die wordt gemaakt tussen enerzijds de extra kosten die gemoeid gaan met het (verdoofd) castreren van varkens en het slachten van niet-gecasteerde varkens⁶³ en anderzijds het leed dat de dieren wordt aangedaan door ze (verdoofd) te castreren. De norm is daarmee mijns inziens hoog normatief: men hoeft geen dierenarts of econoom te zijn om zich de normatieve afweging voor te stellen. De rechtbank oordeelt dat de moedermaatschappij niet-onzorgvuldig handelt door inkoop van vlees van onder verdoving gecasteerde varkens omdat dit in lijn is met de afspraak uit de Verklaring van Noordwijk: *“In de Verklaring van Noordwijk, getekend door partijen uit de betrokken landbouw-, vlees- en varkenssector, en gesteund door de politiek en de Dierenbescherming, zijn afspraken neergelegd die er toe strekken om ter bevordering van het welzijn van de varkens over te gaan tot het verdoofd castreren en om op termijn (voor 2015) te stoppen met castreren. Daarmee is een standpunt en een streven vastgelegd dat zowel maatschappelijk als politiek kennelijk in breed verband wordt gedragen.”*⁶⁴

Voorbeelden van rechtspraak waarin technische normen worden gebruikt als invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm zijn er legio. Zo bepaalde de Hoge Raad dat bij de vaststelling of onzorgvuldig is gehandeld bij graafwerkzaamheden waarbij leidingen beschadigd zijn geraakt, in

63 Door varkens niet te castreren ontstaat bij 1% van hen ‘berenlucht’. Berenlucht is een onaangename geur die ontstaat bij verhitting van het vlees. Vlees dat berenlucht heeft is vanzelfsprekend minder waard.

64 Rechtbank Breda 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX5098, r.o. 3.11.

beginsel groot gewicht toekomt aan de Richtlijn Zorgvuldig Graafproces, opgesteld door CROW (voorheen: “Centrum voor Regelgeving en Onderzoek in de Grond-, Water- en Wegenbouw en de Verkeerstechniek”).⁶⁵ In de feiten-rechtspraak vindt deze instructie navolging.⁶⁶

i. De mate van zorgvuldigheid en transparantie van het totstandkomingsproces

De vraag naar het totstandkomingsproces van een norm is relevant omdat het totstandkomingsproces ontegenzeggelijk invloed kan hebben op de kwaliteit van de norm.⁶⁷ De vraag naar de zorgvuldigheid van het totstandkomingsproces speelt in bijzondere mate bij zaken waarin mogelijke doorwerking wordt gebaseerd op het gezag van de normopstellers, of zoals eerder geformuleerd, het algemene vertrouwen dat men mag hebben in hun capaciteiten om tot een passende norm te komen. Een onzorgvuldig of niet-transparant totstandkomingsproces kan in belangrijke mate afbreuk doen aan dat algemene vertrouwen en daarmee prohibitief werken. Anderzijds geldt dat een norm die ‘zorgvuldig’ tot stand is gekomen, bijdraagt aan het vertrouwen dat in de kwaliteit van de norm gesteld kan worden. Daarmee komt het gezichtspunt ook affirmatieve werking toe.

Om bepalen of de totstandkoming van een norm haken en ogen bevat kan gekeken worden naar de vraag welke belanghebbenden bij de uit te vaardigen norm gehoord zijn, welke belangen zijn meegewogen bij de normvorming en welke belangen daarbij doorslaggevend waren. Wanneer de norm een meer vakspecialistisch karakter heeft en eventueel wetenschappelijk onderzoek aan de norm ten grondslag ligt zijn vragen naar de validiteit, betrouwbaarheid en zorgvuldigheid van dat onderzoek eveneens relevant.

Ondanks de vanzelfsprekendheid van de relevantie van dit gezichtspunt is de werking ervan niet in de rechtspraak terug te vinden. Dat is dan ook de reden dat ik de werking van dit gezichtspunt niet met een voorbeeld uit de rechtspraak kan illustreren. De reden hiervoor zou kunnen zijn dat het voor procespartijen bijzonder lastig kan zijn de totstandkomingsgeschiedenis van de norm te achterhalen: zij zullen daarbij immers veelal niet betrokken zijn geweest.

65 Hoge Raad 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772.

66 Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Den Haag, 10 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4062, r.o. 4.9-4.11; Gerechtshof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:GHAMS:2020:245, r.o. 3.2.

67 Asser/Vranken 2005, nr. 83; Castermans 2020, p. 72; Kristic, Van Tilburg & Verbruggen 2009, p. 206.

j. De mate waarin de norm in het voordeel of nadeel van de normopsteller of belanghebbenden en in hoeverre daarvoor een rechtvaardiging bestaat

Een van de gevaren van de toekenning van juridische betekenis aan maatschappelijke normen die in de literatuur geïdentificeerd is, is de werking van de “marktmacht”. Een maatschappelijke actor met een dominante marktpositie zou kort gezegd ook dominant kunnen zijn bij de totstandkoming van een maatschappelijke norm, met als gevolg een voor die actor voordelige norm ten koste van de andere betrokkenen. Het gevaar schuilt dat een onevenwichtige norm ontstaat.⁶⁸

Of een norm onevenwichtig is, hangt af van de verschillende voor- en nadelen die aan de norm kleven voor betrokkenen. Of een voor- of nadeel groot of klein is heeft te maken met het gewicht van het belang dat hiermee gemoeid is. Een norm kan in het voordeel van een belanghebbende zijn wanneer de norm in het geding is opgesteld door (onder andere) de (rechts) persoon die zich erop beroept, zonder dat degene tegen wie de norm wordt ingeroepen daarbij betrokken was of daadwerkelijk invloed had op de totstandkoming van de norm.⁶⁹

Mijns inziens maatschappelijke normvorming als in de vorige alinea omschreven de opsteller best *tegengeworpen* worden wanneer deze de norm overtreedt en er schade ontstaat als gevolg van die overtreding.⁷⁰ Anders ligt het echter wanneer de opsteller van de norm zich op de desbetreffende norm *beroept*. Een beroep op de norm geschiedt doordat de opsteller van de norm aanvoert dat hij niet-onzorgvuldig heeft gehandeld omdat hij conform de eigen norm handelde. De norm krijgt op deze manier het karakter van een exoneratiebeding, zij het eenzijdig bedongen. In dergelijke gevallen lijkt een stevigere rechtvaardiging voor het gebruik van de norm in de overige gezichtspunten gezocht te moeten worden zoals bijvoorbeeld de zorgvuldigheid van het totstandkomingsproces (wiens belangen zijn gehoord? Welke

68 H. Schepel, *The Constitution of Private Governance, Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon 2005, p. 356; H.P. Schroeder, *Die lex mercatoria – Rechtsordnungsqualität und demokratische Legitimation*, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2002, Richar Boorberg Verlag: Stuttgart 2003, p. 276-277.

69 J.N. Stamhuis, *Conflicting interests in corporate regulation: an exploration of the limits of the interactionist approach to legislation in employee participation and corporate governance* (diss.), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2006, p. 38.

70 Het constitutieve gezichtspunt waar de doorwerking op gebaseerd wordt is dan gezichtspunt c: er is sprake van vermeende consensus over de naleving en/of doorwerking van de norm.

normatieve opvatting ligt aan de regel ten grondslag? Etc.). Is die er niet? Dan zal terughoudend met het gebruik van de norm moet worden omgegaan.

5. Werking en nut van de catalogus

Tot zover de individuele gezichtspunten. In deze paragraaf zal ik het praktisch gebruik van de catalogus nader toelichten. Bij gebruik van de catalogus moet begonnen worden met de identificatie van een “grondrechtvaardiging voor doorwerking van de maatschappelijke norm” in de vorm van identificatie van een constitutieve omstandigheid (gezichtspunt a tot en met c). Wanneer zich geen constitutieve omstandigheid voordoet zal van doorwerking geen sprake kunnen zijn.⁷¹ Wanneer een constitutieve omstandigheid wel aanwezig is zal de norm veelal doorwerken, maar zullen de gezichtspunten uit de tweede categorie wel nog nagelopen moeten worden. Dat zal in eerste instantie zijn om voor doorwerking prohibitieve omstandigheden te detecteren. Wanneer die zich niet voordoet zal de norm doorwerken. Wanneer zich een prohibitieve omstandigheid voordoet, kan nog gezocht worden naar affirmatieve omstandigheden die wellicht tegengewicht in de schaal leggen. Ook kan het identificeren van affirmatieve omstandigheden van nut zijn om gebruik van de maatschappelijke norm extra kracht bij te zetten. Daar zal het rechterlijk oordeel uiteindelijk ook bij gebaat zijn. Uiteindelijk zal een rechter de balans moeten opmaken en moeten beslissen welke omstandigheid doorslaggevend is voor doorwerking van de norm. Daar valt in algemene zin verder weinig over te zeggen.

Het kan ook voorkomen dat het (op het eerste gezicht) onduidelijk is of sprake is van een constitutieve factor. Het is in dat geval echter niet nodig dat men zich blind staart op de vraag of nu wel of niet voldaan is aan een constitutieve voorwaarde. Beter kan dan gekeken worden naar de tweede categorie gezichtspunten en in het bijzonder naar de prohibitieve factoren. Zo zal bijvoorbeeld in het geval dat onzekerheid bestaat over de vraag of een groep normstellers wel als experts van het desbetreffende maatschappelijk veld hebben te gelden (constitutief gezichtspunt a) de vraag in hoeverre de norm die zij opstelden technisch of normatief is (gezichtspunt h) en de vraag naar transparantie en de zorgvuldigheid van het totstandkomingsproces

71 Bij elke zaak die is onderzocht in het jurisprudentieonderzoek uit 2020 waarin de rechterlijke uitspraak in overeenstemming was met de aangedragen maatschappelijke norm viel een constitutieve omstandigheid aan te wijzen. Zie: Hoekstra 2021, p. 3093-3096.

(gezichtspunt i) beslissend kunnen zijn als bij de twee laatstgenoemde gezichtspunten vraagtekens gezet kunnen worden. In dat geval is de vraag naar aanwezigheid van een constitutieve factor niet meer relevant: in het hypothetische geval dat deze aanwezig is, zou de norm immers toch niet doorwerken.

Tot slot nog een algemene opmerking over het gebruik van de catalogus. Bij gebruik van de gezichtspuntencatalogus hoeven niet steeds *alle* gezichtspunten benoemd te worden. Dat heeft te maken met de variëteit aan gevaltypen: voor het ene gevaltype is een bepaald gezichtspunt nu eenmaal relevanter dan voor het andere.⁷² Dat brengt twee voordelen met zich. Het eerste voordeel is dat een gekunstelde uitspraak waarin een rechter zich in bochten moet wringen om de irrelevantie van bepaalde gezichtspunten te benoemen wordt vermeden. Het tweede voordeel is dat de rechter duidelijk moet maken waar de zwaartepunten in de hem voorliggende casus liggen door te vermelden welke factoren nu de doorslag gaven om een maatschappelijk norm al dan niet te gebruiken.⁷³ Dat biedt voordelen in termen van rechtsontwikkeling en -zekerheid en zou een eerste stap kunnen zijn naar dichting van de in de Nederlandse rechtspraktijk waargenomen motiveringslacune.⁷⁴

6. Beschouwing

De gezichtspuntencatalogus die in deze bijdrage is ontwikkeld, is een synthese van enerzijds de meer abstracte beschouwingen over doorwerking van maatschappelijke normvorming in de literatuur en anderzijds de empirische studies naar de rechterlijke praktijk van doorwerking. De gezichtspuntencatalogus beoogt een hoogwaardiger debat tussen partijen te faciliteren en beoogt rechters te helpen in hun oordeelsvorming.

De verschillende categorieën gezichtspunten die ik onderscheidde zijn: constitutieve gezichtspunten en gezichtspunten met prohibitieve en/of affirmatieve werking. Constitutieve gezichtspunten vormen de grondrechtvaardiging voor het toekennen van juridische betekenis aan maatschappelijke normvorming en vinden hun oorsprong in: de gezaghebbendheid van de

72 Gezichtspunt i is bijvoorbeeld slechts relevant wanneer doorwerking constitutief gestoeld is op het gezag van de normsteller.

73 Ontleend aan: J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', *AV&S* 2005, 10, afl. 2, p. 12.

74 Hoekstra 2020, p. 228.

normopstellers, (partij)autonomie en maatschappelijke aanvaarding van de norm. De aanwezigheid van constitutieve factoren leidt tot meer dan alleen een opening voor doorwerking van de maatschappelijke norm. In de regel geldt namelijk dat wanneer een dergelijke factor zich voordoet, de norm gebruikt wordt bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm.

Gezichtspunten met prohibitieve en/of affirmatieve werking spelen in elke denkbare casus en adresseren omstandigheden die, wanneer deze zich voordoen, nopen tot verwerping of juist doorwerking van de maatschappelijke norm.

DEEL II

Gezondheidsrechtelijk domein

5. Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard: een systematisch jurisprudentieonderzoek¹

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd als: C.O. Hoekstra, 'Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard', *TvGR* 2024, 48, afl. 1, p. 53-66.

Bij de opmaak van de bijlagen van dit proefschrift bleek dat het in de oorspronkelijke publicatie vermelde aantal van 191 uitspraken niet volledig aansluit op de bewaarde dataset. De dataset bevat 190 regels, waaronder één dubbele vermelding, en daarmee 189 unieke uitspraken. Mogelijk houdt het verschil verband met de wijze waarop de oorspronkelijke zoekresultaten zijn geteld en ontdebeld. De oorspronkelijke telling kon niet meer volledig worden gereconstrueerd. De geconstateerde dubbele vermelding behoort niet tot de inhoudelijk geanalyseerde uitspraken en heeft geen gevolgen voor de gerapporteerde deelpopulaties van 50 en 34 uitspraken of voor de conclusies.

1. Inleiding

Deze bijdrage beoogt bij te dragen aan de gedachtevorming rond de rol van medische richtlijnen bij de invulling van de medisch professionele standaard. De medisch professionele standaard is “het zorgvuldig volgens de inzichten van medische wetenschap en ervaring handelen als redelijk bekwaam arts van gelijke medische categorie in gelijke omstandigheden met middelen die in redelijke verhouding staan tot het behandelingsdoel”.¹ In de regel zullen vormen van medische maatschappelijke regulering zoals richtlijnen, protocollen, leidraden gedragscodes en handreikingen² een uitdrukking van de medisch professionele standaard vormen. Dat is echter niet altijd zo geweest.

De eerste medische richtlijn in Nederland stamt uit 1982.³ In die tijd was nog geen sprake van de tegenwoordig min of meer vanzelfsprekende juridische betekenis van richtlijnen. Medisch maatschappelijke normvorming stond nog in de kinderschoenen. Richtlijnen waren vooral *consensus-based*; persoonlijke opvattingen konden daarbij een belangrijke rol spelen. Dit resulteerde in (grote) verschillen (onder andere in kwaliteit) tussen de verschillende richtlijnen. Dit is geleidelijk aan veranderd. In de hedendaagse praktijk vormt *evidence-based* regelvorming vaak de norm.⁴ Dat houdt kortgezegd in dat de aanbevelingen en standaarden wetenschappelijk onderbouwd dienen te zijn.

Vanwege de ontwikkelingen die richtlijnen op inhoudelijk vlak ondergingen, veranderde geleidelijk ook het gezag daarvan. Naleving van richtlijnen werd eerder regel dan uitzondering.⁵ In 2005 bevestigde de Hoge Raad in het *Trombose*-arrest de toen reeds in de praktijk levende opvatting⁶ dat artsen in beginsel een medisch richtlijn moeten naleven maar daarvan

1 H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 71.

2 Ik zal het in het vervolg over overwegend over “richtlijnen” hebben. Wanneer ik het fenomeen maatschappelijke regulering in bredere zin bedoel, zal ik echter die term gebruiken.

3 J.J.E. van Everdingen, *Consensusontwikkeling in de geneeskunde* (diss.), Utrecht: Bohn, Scheltema & Holkema, 1988.

4 D.H.H. Dreesens, J.J.E. van Everdingen & S.M.C. Kersten, ‘Historisch perspectief van richtlijnontwikkeling in Nederland’, in: J.J.E. van Everdingen e.a., *Handboek evidence based richtlijnontwikkeling. Een Leidraad voor de praktijk*, Houten: Baan Stafleu Van Loghum 2014, p. 13.

5 P.P.M. van Reijssen & J.H. Huben, Jurisprudentieonderzoek protocollen in de gezondheidszorg, Nijmegen: Katholieke Universiteit Nijmegen 1987; H.D.C. Roscam-Abbing, ‘Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief’, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 1998, 142(45), p. 2480-2484;

6 Van Reijssen & Huben 1987.

moeten afwijken als dat “in het belang is van de goede patiëntenzorg”.⁷ Vereist is dan wel dat de van de richtlijn afwijkende arts kan motiveren waarom hij daarvan norm afweek. Het vergeten van het bestaan van een dergelijke norm of achteraf de niet-naleving van de norm rechtvaardigen door op inhoudelijke gebreken te wijzen, volstaat niet.⁸ In het *Protocol-II*-arrest vulde de Hoge Raad in een gespiegelde situatie de regel uit het *Trombose*-arrest aan. Hij besliste dat het (slaafs) naleven van een richtlijn niet automatisch leidt tot handelen in overeenstemming met de professionele standaard. Daarvoor blijft de zorg aan een patiënt vereist die het handelen als redelijk bekwaam arts verlangt.⁹

De Hoge Raad zegt het niet met zoveel woorden, maar zijn oordeel zal in de kern zijn ingegeven door de gedachte dat wanneer een groep deskundigen een norm tot stand brengt, de individuele beroepsbeoefenaar met die geconcentreerde kennis zijn of haar voordeel behoort te doen. Het kan zijn dat in die norm bepaalde, in het gegeven geval relevante omstandigheden niet of gebrekkig zijn verdisconteerd. Dan kan of moet de beroepsbeoefenaar afwijken. Maar dat vergt dan motivering.

Zo zijn medische richtlijnen een bijzonder gezaghebbende bron geworden bij invulling van de medisch professionele standaard. Zij doen enigszins denken aan wetten. Maar het zijn geen wetten. Het zijn vormen van maatschappelijke regulering. Wil door de professie tot stand gebrachte (zelf) regulering gezag toekomen, dan moet zij aan bepaalde eisen voldoen. Over de ‘doorwerking’ van die regulering in het algemeen is veel nagedacht. In het bijzonder valt uit literatuur en rechtspraak te leren dat bij de beoordeling van de vraag of medische richtlijnen in een rechterlijke beslissing tot uitgangspunt behoren te worden genomen er factoren relevant zijn als de vraag of de norm¹⁰: (i) *evidence-based* is (ii) een beperkte ethische dimensie heeft (iii)

7 Hoge Raad 2 maart 2001, TvGR 2001/16, r.o. 3.3.3.

8 Hoge Raad 2 maart 2001, TvGR 2001/16, r.o. 3.3.3.

9 Hoge Raad 1 april 2005, NJ 2006/377, m.nt. H.J. Snijders & F.C.B. van Wijmen, r.o. 3.4.

10 Zie bijvoorbeeld J.J.E. Everdingen e.a. *Handboek evidence based richtlijnontwikkeling*. Een Leidraad voor de praktijk, Houten: Baan Stafleu Van Loghum 2014, par. 2.3 en 4.5.3.; de richtlijnen zijn voor de rechter van betekenis als ze “zorgvuldig tot stand zijn gekomen” en de richtlijn “wetenschappelijk is onderbouwd”. Meer expliciet over het onderscheid tussen medisch-wetenschappelijke kwesties (die zich lenen voor protocollering door de beroepsgroep) en medisch-ethische kwesties (die zich niet lenen voor protocollering door de beroepsgroep) is H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Boom Juridisch 2020, Den Haag, p. 65: “Bij dergelijke aangelegenheden gaat het om recht en ethiek en is het uiteindelijk de samenleving die beslist”. Zie in het algemeen voor de vereisten aan juridische doorwerking van maatschappelijke regulering: C.O. Hoekstra, “Maatschappelijke normvorming en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: een gezichtspunten catalogus”, WPNR 2023/7419, waarin wordt opgemerkt dat, wil maatschappelijke regulering ‘doorwerken’ in open privaatrechtelijke normen, de normatieve lading beperkt moet zijn.

in een behoorlijk vormgegeven proces tot stand is gebracht en (iv) niet strijdt met een regel van een hogere orde, zoals de wet.

Het afgelopen jaar hebben zich twee gevallen gemanifesteerd waarin de status van medische richtlijnen onderwerp van debat is. Die gevallen, die in par. 3 worden geschetst, maken nieuwsgierig naar de mate waarin in de rechtspraak in het algemeen de status van medische richtlijnen onderwerp van debat is. Ter beantwoording van die vraag heb ik een rechtspraakonderzoek gedaan. Dat staat centraal in paragraaf 4. In paragraaf 5 reflecteer ik op de resultaten. Eerst bevat paragraaf 2 bij wijze van inleiding een nadere bespreking van de hiervoor genoemde factoren voor doorwerking van richtlijnen.

2. Relevante factoren bij de beoordeling van 'doorwerking' van medische richtlijnen

Hierna volgt een puntsgewijze bespreking van factoren die relevant kunnen zijn bij de beoordeling van juridische doorwerking van medische richtlijnen in de medisch professionele standaard.¹¹ Let wel: het gaat hier om gezichtspunten, niet om een checklist van cumulatieve vereisten waar steeds aan voldaan moet zijn voordat een richtlijn juridische betekenis kan toekomen.

Een belangrijke factor voor de toekenning van gezag aan een medische richtlijn is als deze *evidence-based* is. Deze factor is met name relevant

11 Zie voor een overzicht van relevante literatuur: Leenen e.a. 2020, p.72, voetnoot 100: "M.A.J.M. Buijsen, Richtsnoeren voor artsen; hun toepassing in de rechtspraak", *TvGR* 2000, p. 19-33; M.A.J.M. Buijsen, 'Schade door gebrekkige medische protocollen', *NTBR* 2000, p. 57-62; J.K.M. Gevers, 'Legal issues in the development and use of clinical practice guidelines', *Medicine & Law* 2001, p. 183-192; T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid voor schending van een medisch protocol', *NTBR* 2001, p. 376-379; E.H. Hulst, 'Een medisch protocol is geen veiligheidsnorm', *NTBR* 2002, p. 438-448; T. Jansen e.a., 'Richtlijnen onder vuur: toename van protocollen leidt tot kookboekgeneeskunde', *MC* 2003, p. 253-255; W.R. Kastelein, 'Protocollen en richtlijnen: de juridische opmars van het recht van 'binnen' in het medische aansprakelijkheidsrecht', in: W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Koninklijke Vermande, 2003, p. 83-101; J. Legemaate, 'Kwaliteitsnormering door het Nederlands Zorginstituut', in: J.G. Sijmons e.a. (red.), *Recht en zorg van kwaliteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 35-46; J. Legemaate, 'Posities van richtlijnen onder de nieuwe wet, *NTvG* 2014, p. 585-587; E.W.M. Meulemans, 'Protocol als veiligheidsnorm?' *TvGR* 2001, p. 137; P.P.M. van Reijssen, *Medisch professionele autonomie en gezondheidsrecht*, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1999; H.D.C. Roscam Abbing, 'Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief', *NTvG* 1998, p. 2480-2484; J.A. Swinkels e.a., 'Juridische aspecten van richtlijnen', in: J.J.E. Everdingen e.a., *Handboek evidence based richtlijnontwikkeling. Een Leidraad voor de praktijk*, Houten: Baan Stafleu Van Loghum 2014, F.C.B. van Wijmen, *Richtlijnen voor verantwoorde zorg*, Preadvies VGR, 2000."

wanneer de inhoud van de richtlijn een medisch-technische is.¹² Naarmate een richtlijn handelen reguleert dat meer raakt aan andere aspecten van de gezondheidszorg zoals bijvoorbeeld de administratie van zorg, communicatie met derden over de verleende zorg aan een patiënt, komt deze factor minder gewicht toe.¹³ Daarnaast geldt dat de *evidence-base* van een richtlijn belangrijker wordt wanneer het medisch handelen dat men poogt te reguleren meer of zwaardere bedoelde of onbedoelde gevolgen kan hebben voor de patiënt.

Een reden voor het belang van *evidence-based* richtlijnontwikkeling bij technische normen is dat de beroepsgroep die eis zelf stelt (het volgt zelfs uit de omschrijving van de medisch professionele standaard (“(...) volgens inzichten van de wetenschap”). Als gezegd is vanaf de jaren 80 behoefte ontstaan aan een meer gevalideerde onderbouwing van aanbevelingen. Inmiddels bestaat er een uitgebreide internationale systematiek voor de beoordeling van wetenschappelijk bewijs ten behoeve van protocollering. Binnen die systematiek spelen systematische reviews een centrale rol.

Hiermee wil overigens niet gezegd zijn dat over de vereiste *evidence-base* geen discussie kan bestaan. Zo is opgemerkt dat wanneer een dergelijke kwaliteitsnorm te rigide wordt toegepast, dat leidt tot de ontwikkeling van de geneeskunde als standaardproduct en defensief handelen van artsen.¹⁴ Daarnaast geldt dat in de geneeskunde vaak meerdere wegen naar Rome kunnen leiden. Er is anders gezegd geen absolute zekerheid dat één bepaalde behandeling volstaat bij de diagnose van een bepaalde aandoening. Dat komt onder andere omdat ten aanzien van (nog) niet-uitgekristalliseerde medisch-wetenschappelijke onderzoeksterreinen soms meerdere erkende wetenschappelijke scholen of leren bestaan, die allemaal *evidence-based* kunnen zijn.¹⁵ Ook in die zin is het vereiste dus geen absoluut en daarmee andere mogelijkheden eliminerend, definitief criterium.

Ten tweede moet de richtlijn een beperkt ethisch karakter hebben. De reden hiervoor is dat medische richtlijnen hun gezag ontleen aan de

12 Denk hierbij bijvoorbeeld aan de wijze waarop een bepaalde diagnose wordt gesteld, welk medicijn wanneer toegediend dient te worden of hoe een bepaalde medische behandeling zorgvuldig uitgevoerd moet worden. In het meer algemene aansprakelijkheidsrecht is dit eveneens betoogd. Zie daartoe: Hoekstra 2023, p. 549; K.J.O. Jansen, ‘Verkeersopvattingen en private regelgeving’, *NTBR* 2020/5, afl. 2, p. 26-41.

13 Richtlijnen die deze aspecten van zorg reguleren zijn bijvoorbeeld: de KNMG-richtlijn omgaan met medische gegevens en de KNMG-richtlijn Niet aangaan of beëindiging van geneeskundige behandelingsovereenkomst.

14 Leenen e.a. 2020, p. 459.

15 Leenen e.a. 2020, p. 66.

bijzondere kennis van de opstellers. Op het domein van de ethische dimensies van enige richtlijn hebben de opstellers echter naar de aard geen bijzondere wetenschap. Uit het Handboek Gezondheidsrecht: “In de beroepsgroep wordt over ethische zaken als abortus provocatus zonder medische indicatie, handelingen met geslachtscellen en embryo’s, enzovoort even verschillend gedacht als daarbuiten. (...) Bij dergelijke onderwerpen gaat het om recht en ethiek en is het uiteindelijk de samenleving die beslist.”¹⁶ Net als geldt voor de term *evidence-based*, is het ook hier een kwestie van gradaties.

Dat, ten derde, de norm binnen een behoorlijk vormgegeven proces tot stand moet zijn gebracht, is een evidente kwaliteitseis. Specifiek voor de ontwikkeling van klinische richtlijnen kent Nederland de zogeheten *Richtlijn voor Richtlijnen*.¹⁷ *De ontwikkeling van richtlijnen geschiedt in ‘het veld’ door met name medisch-wetenschappelijk verenigingen, en ook door of onder de regie van het Zorginstituut Nederland (ZiN). Het ZiN heeft een toetsingskader vastgesteld dat eisen bevat waaraan de te ontwikkelen standaarden moeten voldoen.*

*De vereiste, tot slot, dat het medisch richtlijn niet strijdt met enige regel van een hogere orde, is op zichzelf vanzelfsprekend. Voor zover dit aspect een probleem is, zal het met name gaan om de vraag of sprake is van strijd met een regel van een hogere orde.*¹⁸

3. Twee recente voorbeelden van richtlijnen over de status waarvan debat bestaat

Het afgelopen jaar hebben zich twee gevallen gemanifesteerd waarin de status van medische richtlijnen ter discussie is gesteld. Het gaat om de domeinen euthanasie en transgenderzorg aan kinderen, te beginnen met euthanasie.

In de Nederlands euthanasiepraktijk spelen Regionale toetsingscommissies Euthanasie (de Rte’s) een centrale rol. Zij publiceren de zogenaamde Euthanasiecode. Dat is een samenvatting van hun werkwijze en van de wijze waarop zij de zorgvuldigheidseisen uit de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding interpreteren. Naast die Euthanasiecode

16 Leenen e.a 2020, p. 65.

17 Regieraad voor kwaliteit van de zorg, *Richtlijn voor richtlijnen. 20 criteria voor het ontwikkelen van een klinische richtlijn*, Den Haag: 2012. Online raad te plegen via: <https://www.zorginzicht.nl/ontwikkeltools/ontwikkelen/richtlijn-voor-richtlijnen>.

18 Zie in gelijke zin: J. Legemaate, ‘Het gebruik van richtlijnen in de tuchtrechtspraak’, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2022, 166:D6792.

bestaat er op het terrein van euthanasie een reeks relevante medische richtlijnen van de beroepsgroep. In de Vierde evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding uit mei dit jaar, wordt op een aantal punten strijdigheid geconstateerd tussen de Euthanasiecode en die richtlijnen. De KNMG adviseert de artsen de richtlijnen te volgen. In de Vierde evaluatie wordt opgemerkt: “Uit de wijze waarop in de Wtl de taken en verantwoordelijkheden van de Rte’s zijn geregeld, vloeit voort dat de Rte’s mogen besluiten dat medisch-professionele richtlijnen niet altijd behoeven te worden gevolgd om te voldoen aan de wettelijke zorgvuldigheidseisen”. Moeten de artsen nu de Euthanasiecode of de richtlijnen van de beroepsvereniging volgen?

Strijd met de Euthanasiecode is niet het enige probleem met medisch richtlijnen op het terrein van Euthanasie. Er is Art. 2 lid 1 sub c Wtl dat eist van een arts dat hij een patiënt voorlicht over diens huidige situatie en medische vooruitzichten. De medische richtlijn van de KNMG op dit punt (‘KNMG-Standpunt Beslissingen rond het levenseinde’) luidt: “Ook al is een patiënt door vergevorderde dementie wilsonbekwaam geworden, het uitgangspunt blijft dat de arts zich inspant om met de patiënt te communiceren.” Alleen als communicatie “zeer nadelig is voor de patiënt” omdat communicatie bijvoorbeeld zeer heftige negatieve emoties bij de patiënt oproept, vervalt de plicht tot communicatie.¹⁹

Deze norm in het Standpunt staat mogelijk op gespannen voet met de uitleg die de Hoge Raad geeft aan art. 2 lid 1 sub c Wtl. De Hoge Raad overwoog in het Koffie-euthanasie-arrest: “Daarnaast brengt [de eis neergelegd in art. 2 lid 1 sub c Wtl over de voorlichting van de arts aan de patiënt over diens vooruitzichten] mee dat de arts, binnen de beperkingen die het onvermijdelijke gevolg zijn van de toestand van de patiënt en tenzij duidelijk is dat die beperkingen meebrengen dat dit onmogelijk is, zich inspant om betekenisvol te communiceren met de patiënt over zijn situatie en vooruitzichten, in het bijzonder ook in verband met de hiervoor besproken eisen onder a en b.”²⁰ Aldus is naar het oordeel van de Hoge Raad ‘onmogelijkheid’ bepalend voor de verplichting van de arts, niet de vraag of communicatie ‘zeer nadelig is voor de patiënt’, zoals het Standpunt voorschrijft.

19 KNMG, *KNMG-standpunt: Beslissingen rond het levenseinde*, 18 november 2021, p. 42-43. Raad te plegen via: <https://knmg-standpunt.maglr.com/knmg-standpunt-levenseinde/standpunt-levenseinde>.

20 Hoge Raad 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, NJ 2020, 428, m.nt. P. Mevis, r.o. 4.7.2.

Dan het tweede voorbeeld, eveneens gelegen op een beladen maatschappelijk domein. In Nederland worden kinderen met genderdysforie behandeld volgens een medische richtlijn, te weten het zogenaamde Dutch Protocol. Een centraal element in daarin is toediening van zogenaamde puberteitsremmers. Hiermee wordt de lichamelijke ontwikkeling van het kind enkele jaren stopgezet. In toenemende mate is onderwerp van debat of de voordelen van die interventie opwegen tegen de nadelen. Het idee is dat het kind hierdoor meer tijd krijgt om na te denken over het uiteindelijk gewenste geslacht; dat het een neutrale ‘pauzeknop’ is. De twijfel richt zich op de bijwerkingen van de puberteitsremmers op zichzelf, maar met name ook op de vraag of zij een ‘lock-in effect’ hebben; een soort trechter richting transitie zijn. In de praktijk blijken vrijwel alle kinderen die puberteitsremmers krijgen, ook in transitie te gaan. Dat is statisch gezien een onlogische uitkomst voor wat een open keuzemoment zou moeten zijn. Gaat het kind inderdaad in transitie, dan volgen zeer ingrijpende, onomkeerbare lichamelijke ingrepen, zoals verwijdering van geslachtsorganen.

Tegen de achtergrond van die groeiende twijfel verscheen in het Nederlands Juristenblad een stuk waarin het gezag van het Dutch Protocol wordt betwist. De auteurs bepleitten dat het Dutch Protocol een *evidence-base* ontbeert, in welk verband zij wijzen op een reeks systematische reviews waar het bewijs is gewogen en te licht bevonden. Voorts menen zij dat het Dutch Protocol bol staat van de zware ethische keuzes waarover medisch beroepsbeoefenaren geen oordelingsbevoegdheid hebben, zoals de vraag welk risico van onterechte transitie aanvaardbaar is en in hoeverre kinderen ten aanzien van dit soort ingrepen wilsbekwaam zijn. De procedurele bezwaren zien onder andere op de samenstelling van de groep die de richtlijn opstelde en de invloed van patiëntenverenigingen op wat strikt wetenschappelijke overwegingen zouden moeten zijn.²¹

Aldus de twee voorbeelden. Dit is niet de plek om de discussie over die specifieke gevallen verder te brengen. Wel vormen zij de aanleiding voor het rechtspraakonderzoek waarvan hierna verslag wordt gedaan.

21 J.L. Smeehuijzen, J. Smids & C.O. Hoekstra, ‘Transgenderzorg aan kinderen – Juridische bedenkingen bij het Dutch Protocol (2018), *NJB* 2023, 1772, afl. 25, p. 2058-2069.

4. Jurisprudentieonderzoek

Dat het afgelopen jaar op twee belangrijke maatschappelijke terreinen de status van medische richtlijnen ter discussie is gesteld, kan doen denken dat debatten over de status van allerhande medische richtlijnen aan de orde van de dag zijn. Ik heb mij de vraag gesteld of dat inderdaad zo is. Een interessante bron is civiel- en tuchtrechtelijke rechtspraak. Die bron zegt niet alles, omdat die debatten niet per se in rechte hoeven plaats te vinden. Zie de voorgaande voorbeelden: die hebben zich immers nog niet in procedures gemanifesteerd. Maar van oudere gevallen zou men verwachten dat zij zich op enig moment in rechte laten zien. Als de vraag naar het gezag van medische richtlijnen in rechtspraak regelmatig speelt, moeten daarvan in de rechtspraak sporen te zien zijn.

Ter identificatie van die sporen deed ik een systematisch jurisprudentieonderzoek naar gepubliceerde civiele rechtspraak en tuchtrechtspraak.²² Ik onderzocht ten eerste hoe vaak een medische richtlijn *in principe* tot uitgangspunt werd genomen bij bepaling van de medisch professionele standaard (de hoofdregel uit het *Trombose*-arrest²³) en hoe vaak daarvan werd afgeweken omdat de richtlijn daarvoor in het kader van de goede patiëntzorg van concrete geval niet in aanmerking komt. Ten tweede onderzocht ik hoe vaak een norm uit een medische richtlijn *in algemene zin* niet van toepassing werd geacht, vanwege bijvoorbeeld inhoudelijke mankementen van die norm.

De hiervoor genoemde vragen gaan louter over de uitkomsten van procedures. Wie nieuwsgierig is naar de mate waarin in Nederland medisch richtlijnen onderwerp van debat zijn, wil ook weten in hoeverre zich dat debat in rechte inderdaad afgespeeld. Om daar een beeld van te krijgen, noteerde ik welke argumenten werden aangevoerd, welke bronnen werden gebruikt ter staving van die argumenten en natuurlijk hoe rechters hun beslissing hieromtrent motiveerden.

4.1 Opzet

In mijn onderzoek naar de civiele rechtspraak betrok ik alle gepubliceerde uitspraken waarin “art. 7:453 BW” wordt benoemd. De reden daarvoor is evident: de medisch professionele standaard waaraan het handelen van een behandelend arts getoetst wordt, is daar immers in neergelegd en rechters

22 De dataset is op te vragen bij de auteur van deze bijdrage.

23 Zie paragraaf 1.

zullen het wetsartikel waar zij hun uitspraak op baseren vaak noemen in hun motivering.²⁴

In totaal vond ik 191 uitspraken in feitelijke instanties. In 50 uitspraken daarvan (ongeveer 26%) werd door partijen of rechtbanken respectievelijk gerechtshoven een vorm van medische maatschappelijke regulering *genoemd*. In 34 van de 50 uitspraken werd bepaald of die norm onderdeel uitmaakt van de medisch professionele standaard of niet.²⁵ Dat lijkt op het eerste gezicht een gering aantal. Ik heb daar een tweetal mogelijke verklaringen voor. De eerste is dat lang niet alle uitspraken van de rechtbanken en gerechtshoven gepubliceerd worden.²⁶ De tweede is dat artsen en ziekenhuizen in de regel verzekerd zijn voor schade die ontstaat door onzorgvuldig handelen en dat sinds het *Trombose*-arrest duidelijk is dat niet-naleving van een richtlijn in de regel tot aansprakelijkheid van de behandelend arts zal leiden. De verzekeraars van artsen en ziekenhuizen zijn als *repeat players* natuurlijk op de hoogte van de rechtsontwikkelingen op het gebied van de medische aansprakelijkheid en zullen daarom minder procederen over de vraag of overtreding van medische richtlijnen leidt tot aansprakelijkheid. Aan de vraag of de inhoud van een richtlijn wel juist is, komt men dan logischerwijs ook niet toe.

Mijn onderzoek dat betrekking heeft op de tuchtrechtspraak steekt wat ingewikkelder in elkaar. Omwille van de beschikbare tijd was ik niet in staat om alle gepubliceerde tuchtrechtspraak te beoordelen (grofweg 12.000 uitspraken). Ik heb daarom de keuze gemaakt om een steekproef te trekken uit de tuchtrechtspraak van de afgelopen tien jaar waarin in ieder geval één van de volgende zoektermen voorkwam: “richtlijn” en “protocol”. Dat leverde na verwijdering van dubbelingen 1770 unieke uitspraken op.²⁷ Ik onderzocht daar 10% van.²⁸ De zaken die ik onderzocht selecteerde ik willekeurig. Uiteindelijk bevatte mijn tuchtrechtelijke dataset 140 uitspraken waarin door

24 Overigens zullen ook uitspraken bestaan waarin het wetsartikel niet wordt genoemd maar toch invulling wordt gegeven aan de medische professionele standaard aan de hand van medische richtlijnen. Deze uitspraken vallen buiten de *scope* van dit onderzoek.

25 In de andere uitspraken hadden het gewraakte handelen van een arts en de aangehaalde medische maatschappelijke norm niets met elkaar te maken, bleek buitenlands recht van toepassing te zijn, was eiser niet-ontvankelijk in zijn verzoek tot deelgeschil of werd in een tussenvonnis een deskundige aangewezen.

26 Raad voor de Rechtspraak, ‘Jaarverslag 2022’, 2023, p. 68-69.

27 Sommige uitspraken bevatten immers meerdere zoektermen.

28 Bij het kiezen van de steekproefgrootte is (ruim) gehouden aan de statistische voorschriften beschreven door C. Andrade, ‘Sample size and its importance in research’, *Indian Journal of Psychological Medicine*, 2020, 42(1), p. 102-103.

het desbetreffende tuchtcollege werd bepaald of een aangevoerde norm afkomstig uit een medische richtlijn van toepassing was of niet.

Hoewel tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid gebaseerd zijn op verschillende wetten geldt wel dat dezelfde open norm wordt ingevuld: de medisch professionele standaard. Wel geldt dat voor aansprakelijkheid een verschil kan bestaan in de toerekening van de gedraging aan de dader.²⁹ Hoe die verschillen zich concreet uiten, is niet echt duidelijk. Om recht te doen aan deze situatie heb ik tucht- en civiele rechtspraak aan dezelfde scoringscriteria onderworpen, maar wel van elkaar gescheiden gehouden.

4.2 Resultaten

Is de norm in beginsel bepalend voor de medisch professionele standaard?

i) In 31 van de 34 civiele uitspraken (ongeveer 91%) die ik onderzocht vormde een aangehaalde norm uit een medische richtlijn in beginsel de medisch professionele standaard. Dit gold in 106 van de 114 tuchtrechtelijke uitspraken (ongeveer 94%). Complementair daaraan is ii) een drietal civiele zaken waarin de aangehaalde medische richtlijn in zijn algemeenheid niet geldt (ongeveer 9%) en een vijftal tuchtrechtelijke (ongeveer 4%). iii) In één civiele zaak en in drie tuchtzaken gebeurde dat doordat het de richtlijn van toepassing werd verklaard ten koste van een andere richtlijn. iv) In twee van de 34 civielrechtelijke uitspraken (ongeveer 6%) eiste de goede patiëntzorg in het concrete geval van de arts dat deze afweek van de aangehaalde richtlijn, ook al gold deze in beginsel wel (de uitzondering *binnen* de regel uit het *Trombose*-arrest). Dit gebeurde in één van de 114 tuchtrechtelijke uitspraken (iets minder dan 1%). In geen enkele zaak werd geoordeeld dat een bewuste afwijking van de richtlijn ongerechtvaardigd was.

Ad i) Een voorbeeld (een van de vele) van een zaak waarin een richtlijn norm in algemene zin de medisch professionele standaard weergeeft, is te vinden in uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle. In casu meldde een patiënte zich bij haar huisarts vanwege aanhoudende urineweginfecties. De huisarts van de patiënte behandelt haar daar meermaals voor, gedurende een periode van enkele jaren. De klachten verdwijnen echter niet. De patiënte wil doorgestuurd worden naar een

29 H.J.J. Leenen, 'Het schuldbegrip in civiel recht, tuchtrecht en strafrecht', *NTvG* 1986/130, nr. 18, p. 840-841.

uroloog, haar huisarts doet dit niet.³⁰ Het is het uitblijven van een doorverwijzing naar de uroloog wat de patiënte haar huisarts in tuchtrechtelijke zin verwijt.³¹ De beklaagde huisarts stelt dat hij voor wat betreft die doorverwijzing heeft gehandeld conform de NHG-standaard urineweginfectie. Het tuchtcollege oordeelt: *“Klaagster heeft zich in de jaren 2007 tot en met 2012 herhaaldelijk tot verweerder gewend in verband met het vermoeden van een urineweginfectie. Verweerder heeft daarvoor terecht de NHG-standaard urineweginfectie gehanteerd.”*³²

Ad ii) Een voorbeeld van een civielrechtelijke uitspraak waarin in algemene zin werd geoordeeld dat een norm uit een medische richtlijn niet geldt is te vinden in een beslissing van de rechtbank Rotterdam.³³ De rechtbank Rotterdam oordeelt: *“(…) Die directieven zijn immers, zoals Rivas onbestreden heeft aangevoerd, niet gebaseerd op consensus tussen een zorginstelling en aldaar werkzame zorgverleners over medisch verantwoord handelen en zijn evenmin gelijk te stellen met codes of kwaliteitsnormen binnen een bepaalde beroepsgroep. Rivas stelt, en [eiser] heeft niet betwist, dat vrijwel geen enkel ziekenhuis in Nederland die directieven navolgt als het gaat om het tevoren maken van een audiogram en periodieke controles van de gehoors- en evenwichtsfuncties.”*³⁴

Ad iii) Een voorbeeld van een zaak waarin één maatschappelijk reguleringsinstrument in algemene zin van toepassing wordt verklaard ten koste van een ander instrument is te vinden in een uitspraak van het Centraal Tuchtcollege Den Haag. Klager heeft een klacht over een deskundigenrapport opgesteld door een psychiater (de beklaagde arts). Klager stelt dat de rapportage niet voldoet aan een reguleringsinstrument uit Amerika. De beklaagde psychiater stelt dat getoetst moet worden aan de (Nederlandse) Richtlijn voor psychiatrische rapportage. Het Centraal Tuchtcollege oordeelt: *“De van klaagster afkomstige informatie, getoetst aan voormelde Amerikaanse richtlijnen, maken dat deze deskundige tot andere bevindingen komt. Echter, daarmee is nog niet gegeven dat verweester jegens klaagster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Het college stelt vast dat het deskundigenrapport van verweester*

30 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle, 10 maart 2014, ECLI:NL:TGZRZWO:2014:27, r.o. 2.

31 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle, 10 maart 2014, ECLI:NL:TGZRZWO:2014:27, r.o. 3.

32 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle, 10 maart 2014, ECLI:NL:TGZRZWO:2014:27, r.o. 5.3.

33 Daarbij kan overigens wel de vraag worden gesteld in hoeverre het in deze zaak daadwerkelijk om een vorm van medische maatschappelijke regulering gaat: de norm in kwestie is namelijk afkomstig van de directieven van een medicijn.

34 Rechtbank Rotterdam, 1 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:793.

blijkt geeft van een geschikte en algemeen aanvaarde methode van onderzoek om de voorgelegde vragen te beantwoorden, terwijl niet is gebleken dat zij daarbij buiten de grenzen van haar deskundigheid is getreden. Ook heeft verweerder op inzichtelijke en consistente wijze uiteengezet op welke gronden haar conclusies steunen.”³⁵ Daarmee wordt in algemene zin toepassing van de Amerikaanse medische richtlijn verworpen.

Ad iv) Een voorbeeld van een uitspraak waarin een aangehaalde richtlijn in beginsel tot de professionele standaard behoort maar waarin de goede patiëntzorg in het concrete geval ander handelen vereist, is te vinden in een uitspraak van de rechtbank Rotterdam. In casu ging het om een vrouw die op haar verzoek is gesteriliseerd maar die na de sterilisatie toch nog zwanger werd. In de procedure komt vast te staan dat de behandelend arts heeft afgeweken van enkele bepalingen uit “geldende NVOG-richtlijnen”.³⁶ Het is echter nog de vraag of die afwijking in het belang van de goede patiëntzorg is geweest en daarmee gerechtvaardigd. De rechtbank Rotterdam oordeelde dat dat het geval was. Daarbij baseert de rechtbank zich op een deskundigenbericht: *“De rechtbank wijst erop dat richtlijnen van beroepsgroepen niet steeds normen zijn waar nimmer van mag worden afgeweken. Indien een medisch specialist is afgeweken van richtlijnen van zijn beroepsgroep dan ligt het in de rede dat ook dat aspect van het geschil zal worden betrokken bij de beoordeling van het medisch handelen door de daartoe door partijen (dan wel door de rechtbank) aangewezen onafhankelijk deskundige op het betreffende vakgebied. Dat is ook in deze zaak gebeurd. [Deskundige] heeft in zijn rapport uiteengezet dat en waarom de wijze waarop [gedaagde] van de richtlijnen is afgeweken geen tekortkoming oplevert.”*³⁷ De precieze rechtvaardiging voor afwijking van de NVOG-richtlijn is een medisch-technische waarvoor ik graag naar de aangehaalde passages uit het deskundigenrapport verwijs.³⁸

Een ander voorbeeld betreft een uitspraak van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag. In casu had een behandelend arts geen 14 dagen durende longtest uitgevoerd, terwijl dat in de aangevoerde richtlijn wel stond voorgeschreven. De tuchtrechter beslist dat: *“Werken in de lakhal met blootstelling aan de toxische stoffen was bij klager niet aan de orde. Verweerder mocht daarom, mede omdat klager voor het uitvoeren van piekstroommetingen weer gedurende twee weken moest worden blootgesteld aan voor zijn gezondheid waarschi-*

35 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag, 24 maart 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:137, r.o. 4.4 jo. 5.4.

36 Rechtbank Rotterdam, 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP5714, r.o. 2.10.

37 Rechtbank Rotterdam, 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP5714, r.o. 4.13.

38 Rechtbank Rotterdam, 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP5714, r.o. 2.14 e.v.

*jnlijk schadelijke stoffen en omdat er al door de longarts in EE. nader onderzoek werd verricht naar (de werkgerelateerdheid van) de longklachten, in deze concrete situatie in afwijking van artikel 1.1.2 van de NVAB-richtlijn "Astma en COPD" het verrichten van piekstroommetingen als stap in het diagnostisch proces overslaan Dit oordeel van het college strookt met dat van S. (de deskundige), die door het college als opsteller (eerste auteur) van voornoemde richtlijn en oud-medewerker op het terrein van longaandoeningen van het NCvB als (zeer) deskundig en onafhankelijk wordt beschouwd. Het college gaat hiermee dus voorbij aan het oordeel van R., waarvan niet is gebleken dat hij vergelijkbare specifieke expertise op dit gebied heeft opgebouwd en die bovendien als behandelaar van klager niet als onafhankelijk is te beschouwen."*³⁹

Partijdebat over de toepasselijke norm

In totaal was in de civiele rechtspraak in zes van de 34 uitspraken discussie tussen partijen over de toepasselijkheid van de richtlijn (ongeveer 18%) in de tuchtrechtspraak was dit in 16 van de 114 uitspraken (ongeveer 14%). Ook hier valt onderscheid te maken tussen de situatie waarin een partij betoogt dat van de richtlijn afgeweken moet worden omdat de goede patiëntzorg dat in het concrete geval eist (in de civiele rechtspraak vond ik twee uitspraken, in de tuchtrechtspraak waren dat er vier) en de situatie waarin een partij betoogt dat een aangehaalde richtlijn in het geheel niet geldt (in de civiele rechtspraak vond ik er vier en in de tuchtrechtspraak 12). Omdat deze tweede situatie de uitzondering op de regel van de Hoge Raad vormt, licht ik deze hieronder nader toe.

Soms werd de algemene toepassing van een richtlijn betwist omdat *een andere* richtlijn zou moeten gelden (twee civielrechtelijke en vier tuchtrechtelijke uitspraken). Een voorbeeld van een dergelijke uitspraak betreft de in de hiervoor aangehaalde uitspraak van het Centraal Tuchtcollege Den Haag waarin de klaagster zich beriep op een Amerikaanse richtlijn.

Wat ook gebeurde is dat de inhoud van een richtlijn werd aangevochten wegens strijd met de stand van de huidige wetenschap. In geen enkele uitspraak werd uitgeweid over de vraag waarom de aangehaalde wetenschappelijke literatuur wel of niet tot een ander oordeel zou leiden. In een uitspraak van het Centrale Tuchtcollege Den Haag oordeelt de tuchtrechter over een klacht die kortgezegd inhoudt dat een huisarts geen Ziekte van

³⁹ Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag, 16 mei 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:144, r.o. 4.4 jo. 2.5.4.

Lyme heeft gediagnostiseerd bij zijn patiënte. De klacht is gebaseerd op aangedragen wetenschappelijke literatuur én een medische richtlijn.⁴⁰

Tot slot werden richtlijnen ook in algemene zin verworpen omdat de norm daaruit ten tijde van het litigieuze handelen van de beklaagde arts nog niet bestond (in de civiele rechtspraak eenmaal en in de tuchtrechtspraak tweemaal).⁴¹ Eenmaal besloot de tuchtrechter een klacht gegrond ondanks het feit dat het handelen van de beklaagde arts dateerde van voor het ontstaan van de richtlijn. De tuchtrechter lijkt de beklaagde arts tegemoet te komen door geen maatregel op te leggen.⁴²

5. Beschouwing

In de eerste helft van dit stuk werden twee gevallen genoemd uit het afgelopen jaar waarin het gezag van medische richtlijnen ter discussie staat. Extrapolerend zou men verwachten dat zich in de loop der jaren een reeks van gevallen heeft voorgedaan waarin zich een vergelijkbaar debat in rechte heeft gemanifesteerd.

Zo blijkt het niet te zijn. Mijn jurisprudentieonderzoek laat zien dat in juridische procedures aangehaalde medische richtlijnen in het overgrote deel van de gevallen de professionele standaard bepalen. Er wordt weinig debat gevoerd door partijen en waar dat anders is, motiveert de rechter zijn oordeel beperkt. Daar waar wel gediscussieerd werd, had dat met name van doen met de *evidence-base* van de regel. Andere factoren die in de doctrine genoemd worden, krijgen nauwelijks of geen aandacht. Wat is hierover in reflectieve zin te zeggen? Vier opmerkingen.

(i) Dat uit de rechtspraak niet blijkt dat debat bestaat over het gezag van medische richtlijnen, wil niet zeggen dat hierover geen twijfel heeft bestaan. Bij medisch tuchtcolleges wordt een van de leden beroepsgenoten wel de taak gegeven te bepalen welke medische richtlijn van toepassing is.⁴³ In hoeverre zij hun keuzes en overwegingen delen met de overige leden van het college

40 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag, 17 november 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:303, r.o. 4.5.

41 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven, 1 juni 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:47.

42 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag, 15 mei 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:138, r.o. 4.5 jo. 2.6.1 en 2.6.2.

43 B.J.M. Frederiks, W. de Ruijter, M.W. Zandbergen & R. Zuijderhoudt, 'Overleg achter gesloten deuren. Hoe artsen en juristen samenwerken', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 2021, 165:D6430; Legemaate 2022.

en in hoeverre zij (dus) hun weg vinden in de motivering, is onbekend. Het zou interessant zijn te onderzoeken hoe dit in de praktijk precies gaat.

(ii) Een dempend effect op het partijdebat zal hebben het gegeven dat het voor partijen in praktische zin veelal vrijwel onmogelijk is het gezag van een medische richtlijn te betwisten. Zie de vier in de inleiding genoemde factoren die relevant kunnen zijn voor de toekenning van gezag: (a) Het aanvechten van de *evidence-base* is alleen voorstelbaar als zich binnen de medische wetenschap al een discussie aftekent; uit het niets, door procespartijen is dat binnen een procedure nauwelijks te doen. Daarnaast geldt dat de toepasselijke richtlijn wel medisch technisch handelen dient te reguleren: anders is de *evidence-base* immers niet bepalend; (b) dat een medische richtlijn een te hoog ethisch gehalte heeft om gezag te hebben valt gemakkelijker te bepleiten maar doet zich waarschijnlijk zelden voor; (c) het totstandkomingsproces is als betwistingsgrond problematisch omdat partijen dat proces over het algemeen niet kennen. Dat is onder andere omdat deze vaak weinig transparant is. (d) Strijd met een hogere regeling is eigenlijk de enige grond die partijen (althans hun advocaat) zelf kunnen adstrueren.

(iii) Dat medische richtlijnen in rechte zo weinig bediscussieerd worden, zou er ook mee kunnen samenhangen dat de eventuele gebrekkigheid van een richtlijn de individuele beroepsbeoefenaar zeer zelden kan worden tegengeworpen. Met name in het tuchtrecht staat de zorgvuldigheid van het handelen van de individuele beroepsbeoefenaar centraal. Van hem of haar kan normaal gesproken in redelijkheid geen onderzoek verwacht worden naar de deugdelijkheid van de richtlijn. Dat zo zijnde heeft het ook geen zin voor de klager die richtlijn ter discussie te stellen. Voor het civiele recht is dat wellicht iets anders, omdat het doel daarvan niet is het handelen van de individuele beroepsbeoefenaar te beoordelen, maar om tot een redelijke verdeling van de schade te komen. Dat is deels een kwestie van toedeling van risico's, in welk kader voorstelbaar is dat een beroepsbeoefenaar of een ziekenhuis (beide verzekerd normaal gesproken) het risico van een gebrekkige richtlijn dragen.⁴⁴

(iv) Denkbaar is ook dat men over het gezag van medische richtlijnen in procedures weinig hoort, eenvoudig doordat op belangrijke punten de richtlijnenpraktijk goed functioneert. Problemen worden dan opgelost voordat zij zich in rechte manifesteren. Drie voorbeelden. a) Wat de *evidence-base* betreft valt te noemen de herziening van het Standpunt van de gynaecologen inzake de problematiek van de bekkenbodematjes; voortschrijdend inzicht bracht

44 Hoge Raad, 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006, 377 met annotatie van H.J. Snijders, F.C.B. van Wijmen, r.o. 3.4 (*Protocol-II-arrest*).

hen tot aanpassing van de richtlijn⁴⁵; b) als voorbeeld van het mogelijk te hoge ethisch gehalte van een richtlijn werd in dit stuk het Dutch Protocol over transgenderzorg aan kinderen genoemd; denkbaar is dat die signalering in de literatuur ervoor zorgt dat dit punt geremedieerd wordt; c) in de Vierde evaluatie, zoals wij eerder zagen, zorg uitgesproken over de verhouding tussen de KNMG-richtlijnen enerzijds en de euthanasiecode en rechtspraak van de Hoge Raad anderzijds. Ook op dit punt laat zich een reactie denken, van de KNMG, de Rte's of eventueel zelfs de wetgever, die voorkomt dat zich dit conflict zich in rechte manifesteert.

Een suggestie, tot slot, voor nader onderzoek. Als gezegd is denkbaar dat niet alle overwegingen van (tucht)rechters over medische richtlijnen in hun uitspraken tot uiting komen. Het zou interessant naar die 'stille overwegingen' een studie te doen, bijvoorbeeld door een reeks interviews met (tucht)rechters. Nadere kennis over de omgang met een zo belangrijke bron als medische richtlijnen voor invulling van de professionele standaard komt de rechtspraak ten goede.

45 <https://www.igj.nl/onderwerpen/bekkenbodematjes/standpunt-gynaecologen>

6. Transgenderzorg aan kinderen; juridische bedenkingen bij het *Dutch Protocol* (2018)¹

¹ Dit hoofdstuk is gepubliceerd als: J.L. Smeehuijzen, J. Smids & C.O. Hoekstra, 'Transgenderzorg aan kinderen: Juridische bedenkingen bij het Dutch Protocol (2018)', *NJB* 2023, 1772, afl. 25, p. 2058-2069.

1. Inleiding

Internationaal is het aantal kinderen, met name geboren meisjes, met genderdysforie sterk gegroeid. Zo ook in Nederland. Tussen 2000 en 2012 groeide het aantal aanmeldingen geleidelijk van zo'n 10 naar 50 per jaar. In 2013 verdubbelde dat aantal plotseling en vanaf dat moment ging de lijn steil omhoog.¹ Nu staan er zo'n 2050 jongeren op de wachtlijst². De populatie is in de loop der tijd sterk veranderd. In de begintijd werd transgenderzorg aan minderjarigen met name verleend aan geboren jongens die vanaf de vroege kindertijd genderdysforie hadden. Inmiddels zijn geboren meisjes, vaak met bijkomende psychische problemen, trauma of autisme, die pas vanaf het begin van of zelfs veel later in de puberteit onvrede met het geboortegeslacht voelen, sterk oververtegenwoordigd.³

In Nederland wordt deze groep behandeld volgens het zogenoemde *Dutch Protocol*.⁴ Het *Dutch Protocol* kent drie fasen: (i) toediening van puberteitsremmers, meestal vanaf het begin van de puberteit, (ii) toediening van cross-sekse-hormonen, gevolgd door (iii) operatieve ingrepen, waaronder verwijdering van borsten (vanaf 16 jaar) en omvorming van geslachtsdelen (vanaf 18 jaar).

Met die stijging van de aantallen patiënten en de verandering van de populatie is ook de zorg over de wetenschappelijke fundering van het *Dutch Protocol* gegroeid. In verschillende, recente, internationale medisch-wetenschappelijke publicaties wordt bepleit dat behandeling volgens het *Dutch Protocol* niet *evidence-based* is. In een reeks Europese landen, waar aanvankelijk het *Dutch Protocol* navolging vond in de transgenderzorg aan kinderen⁵, maakt men nu terugtrekkende bewegingen: Groot-Brittannië, Finland en Zweden hervormen hun transgenderzorg voor wat betreft de farmacologische en operatieve ingrepen. In andere landen zoals Frankrijk, Noorwegen

-
- 1 M. Arnoldussen e.a., "Re-evaluation of the Dutch approach: are recently referred transgender youth different compared to earlier referrals?" *Eur Child Adolesc Psychiatry*. 2020 Jun;29(6), p. 806.
 - 2 E. Das e.a., *Mijn gender, wiens zorg?* Onderzoek naar de toename in en veranderingen van de vraag naar transgenderzorg, Radboud Universiteit, 2023, p. 8.
 - 3 Zie: M. Sedee, 'Transgenderzorg is een taak voor de hele maatschappij, niet alleen voor de genderpoli', NRC 23 juni 2022; en K. Bouma & E. de Visser, 'De behandeling van transgender jongeren in Nederland werd geprezen. Nu groeit de kritiek op de 'Dutch approach'', *Volkskrant* 25 februari 2023.
 - 4 De meest recente versie van het Dutch Protocol is de Kwaliteitsstandaard Transgenderzorg – Somatisch (2018). Het Dutch Protocol heeft in de loop der jaren een ontwikkeling doorgemaakt. Zie hierover nader par. 2.3.
 - 5 A. Bakker, *Een halve eeuw transgenderzorg aan de VU*, Den Haag: Boom, 2020, p. 193.

Australië en Nieuw-Zeeland⁶ komen beroepsorganisaties en gezondheidsinstituten met waarschuwingen en aanbevelingen.

Ook de pers roert zich, nationaal en internationaal. De Volkskrant in februari dit jaar: “De behandeling van transgender jongeren in Nederland werd geprezen. Nu groeit de kritiek op de ‘Dutch approach’”⁷. *The Economist* kopte in april: “The evidence to support medicalised gender transitions in adolescents is worryingly weak.”⁸ Het medische tijdschrift *The British Medical Journal* in februari: “Gender dysphoria in young people is rising – and so is professional disagreement”⁹. Intussen melden zich zogeheten ‘detransitioners’; jonge mensen die spijt hebben van hun medische transitie en die hun behandelaars scherpe verwijten maken.

Deze thematiek heeft in Nederland nog maar nauwelijks de aandacht van juristen getrokken.¹⁰ Wie echter het dilemma onder ogen ziet, kunnen de zware juridische implicaties niet ontgaan. Door adequate zorg worden jongeren behoed voor een leven in wat zij als het verkeerde lichaam ervaren, een toestand die niet of nauwelijks te verdragen kan zijn. Waar de medische wetenschap in staat is lijden te voorkomen of verlichten, bestaat de dure plicht dat ook te doen. Maar een transitie laat zich niet of nauwelijks terugdraaien. Cross-sekse-hormonen hebben blijvende effecten. Borsten vallen cosmetisch (niet qua functie) tot op zekere hoogte te reconstrueren, maar dat geldt niet voor verwijderde geslachtsdelen. Als blijkt dat die ingrepen ten onrechte zijn verricht, is een jong mensenleven als gevolg van niet-medisch geïndiceerd handelen diepgaand gedetailleerd.

Het lijkt een kwestie van tijd voordat zich deze problematiek in rechte manifesteert. *The Times* schreef op 11 augustus 2022 over de Britse, op last van de overheid gesloten genderkliniek *Tavistock* (waarover straks nader): “The Tavistock gender clinic is facing mass legal action from youngsters who claim they were rushed into taking life-altering puberty blockers.” Of het echt *mass legal action* zal zijn, moet nog blijken, maar dat het niet bij een enkele schadevergoedingsvordering tegen *Tavistock* blijft, ligt voor de hand.

6 <https://www.ranzcp.org/clinical-guidelines-publications/clinical-guidelines-publications-library/recognising-and-addressing-the-mental-health-needs-of-people-experiencing-gender-dysphoria> (geraadpleegd 3 juli 2023) voor zowel Nieuw-Zeeland als Australië. Voor Frankrijk en Noorwegen, zie de referenties in par. 3.2.

7 Bouma & de Visser 2023. Eerder was er: P. Vasterman, ‘Berichtgeving over gender-ingrepen bij tieners is te weinig kritisch’, *NRC* 17 mei 2021.

8 *The Economist*, 5 april 2023.

9 *BMJ* 2023;380:p382.

10 Zie evenwel kritisch verkennend E. Pans, ‘De medisch-profesionele standaard voor de transgenderjongere’, *ToGR* 2022, afl. 4, p. 273.

Dat geldt ook voor Nederland. De eerste zaken schijnen in voorbereiding te zijn. Maarten, die op zijn zestiende in transitie ging om vrouw te worden, zegt in *HP/De Tijd*: “De transitie heeft mijn leven verwoest” en “Ik heb nu een advocaat in de arm genomen”¹¹ – kennelijk ter verkenning van mogelijkheden tot schadevergoeding.

Bij de beoordeling van een vordering tot schadevergoeding zal het onder andere gaan om invulling van de medisch-professionele standaard. Dat is een open norm. Bij de invulling hiervan spreken medische protocollen als regel een belangrijke rol. Maar hun betekenis kan in civiele procedures ter discussie staan. Literatuur en rechtspraak leren dat de rechter medische protocollen in zijn oordeelsvorming tot uitgangspunt neemt indien de norm *evidence-based* is, een beperkte ethische dimensie heeft en in een behoorlijk proces tot stand is gebracht. In dit stuk staat centraal de vraag of aan deze vereisten is voldaan. De conclusie zal zijn dat er sterke aanwijzingen zijn dat dit niet zo is.

Als het *Dutch Protocol* niet aan de genoemde eisen voldoet, kan de rechter oordelen dat ook handelen conform het *Dutch Protocol* strijdt met de medisch-professionele standaard. In de slotbeschouwing wordt kort ingegaan op drie vervolgvragen, te weten: wie is aansprakelijk voor de uit de normschending voortvloeiende schade – de individuele beroepsbeoefenaar; de instelling; de opstellers van het *Dutch Protocol*? Is er een pragmatisch alternatief voor het buiten toepassing laten van het protocol? Wat zijn, kijkend naar de toekomst, mogelijkheden om te komen tot een protocol dat wél invulling kan geven aan de medisch-professionele standaard?

De invalshoek van deze publicatie is aansprakelijkheidsrechtelijk. Daarvoor zijn naar de kern genomen twee redenen. Als inderdaad door een medische fout een adolescent ten onrechte in transitie is gegaan, kan de schade zeer aanzienlijk zijn, zowel op het materiële als het immateriële vlak. Compensatie van schade is de kernopdracht van het aansprakelijkheidsrecht. Ten tweede heeft het aansprakelijkheidsrecht ook meer op het algemeen belang gerichte doelen, zoals gedragsbeïnvloeding, normering en eventueel het remediëren van tekortschietende regulering.¹² Binnen die bredere doelstelling past toetsing door de civiele rechter van het *Dutch Protocol* als bron voor invulling van de medisch-professionele standaard. Met de focus

11 J. Kuitenbrouwer & R. van der Zee, ‘De transitie heeft mijn leven verwoest’, *HP/De Tijd* 31 oktober 2022.

12 Zie bijvoorbeeld par. 2.2. van I. Giesen e.a., *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridisch, 2014.

op het aansprakelijkheidsrecht wil niet gezegd zijn dat andere rechtsgebieden geen rol zouden spelen. Het is mogelijk dat over deze thematiek medische tuchtklachten volgen, de toezichthouder zou zichtbaarder kunnen worden en in extreme gevallen kan ook het strafrecht relevant zijn. Het zou interessant zijn ook de rol van die domeinen te bezien. Dat gebeurt niet in dit stuk, maar wellicht heeft wat hier gezegd wordt over het *Dutch Protocol* ook daar relevantie.

De toets aan de genoemde criteria voor ‘doorwerking’ van protocollen in de medisch-professionele standaard vindt plaats in paragraaf 3. Eerst schetst paragraaf 2 de feitelijke context door in te gaan op de sluiting van de Britse genderkliniek Tavistock, het dilemma van kinderen en puberteitsremmers en de inhoud en geschiedenis van het *Dutch Protocol*. Paragraaf 4 bevat de conclusie en de slotbeschouwing.

2. Nadere context van transgenderzorg aan kinderen

2.1 De sluiting van de Britse genderkliniek Tavistock

Het Britse meisje Keira Bell worstelde in haar jeugd met genderdysforie. Zij kwam onder behandeling bij de Britse Tavistock-kliniek, de grootste genderkliniek ter wereld, gespecialiseerd in transgenderzorg aan kinderen. Tavistock, dat haar werkwijze in belangrijke mate baseerde op het *Dutch Protocol*, diende Keira op haar 16de jaar zogenoemde puberteitsremmers toe. Daarna volgde een dubbele borstamputatie. Zes jaar later kreeg zij spijt. Geslachtsaanpassende operaties bleken niet de oplossing voor haar problemen. De gevolgen van de behandeling waren inmiddels grotendeels onomkeerbaar; een verminkt lichaam en blijvend mannelijke kenmerken.

Keira Bell begon een procedure tegen Tavistock. Zij stelde dat Tavistock onvoldoende onderzoek had gedaan naar de onderliggende oorzaken van haar psychische problemen en dat zij te gemakkelijk puberteitsremmers voorgeschreven had gekregen. Bell won in eerste aanleg op de grond dat kinderen onder de 16 jaar per definitie voor dit type ingrepen geen *informed consent* kunnen geven.¹³ In appel werd geoordeeld dat niet een rechter maar

13 Bell & Anor v The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust [2020] EWHC 3274 (Admin) (01 December 2020).

de behandelend arts hierover van geval tot geval moet oordelen.¹⁴ Een categorisch verbod op puberteitsremmers werd zo in hoger beroep afgewend.

Maar het bleef onrustig rond Tavistock – klokkenluiders, een kritische evaluatie van de Engelse inspectie voor de gezondheidszorg. Uiteindelijk gelastte de Britse gezondheidsautoriteit, de *National Health Service*, een onafhankelijk onderzoek onder leiding van Hilary Cass, de voormalig voorzitter van de Koninklijke vereniging voor Kindergeneeskunde en de Gezondheid van kinderen in het Verenigd Koninkrijk. Dat resulteerde in het zogenoemde *Cass-report* uit februari 2022¹⁵, dat zware, structurele problemen vaststelt: geen medische consensus over aard en behandeling van genderdysforie, geen open debat/discussie onder de behandelaren, onvoldoende tijd voor gedegen toetsing van behandelmethoden door de snel gestegen vraag, onvoldoende kennis van de veranderende patiëntenpopulatie en onvoldoende dataverzameling met als gevolg onvoldoende zicht op de gevolgen van de behandeling.

Het Cass-report is een interim report, maar gegeven de ernst van deze bevindingen kon directe actie niet uitblijven. De NHS heeft Tavistock in juli 2022 geboden haar activiteiten te staken. In de toekomst moet volgens het Cass-report behandeling ondersteund worden door “better data and better evidence”. De zorgverlening wordt gereorganiseerd en zal in de toekomst vanuit lokale centra gaan plaatsvinden, waarbij psychosociale ondersteuning de eerstelijns-interventie moet worden¹⁶. Op 9 juni 2023 liet de NHS weten dat buiten een research-setting, toediening van puberteitsonderdrukkende hormonen niet langer als gebruikelijk mag worden beschouwd. De NHS gaat in overleg met de praktijk om het nieuwe beleid te implementeren.¹⁷

De geschiedenis van Tavistock laat zien dat het in een land dat sterke culturele en sociaal-economische overeenkomsten met Nederland heeft

14 Bell & Anor v The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust [2021] EWCA Civ 1363 (17 September 2021).

15 <https://cass.independent-review.uk/publications/interim-report/> (geraadpleegd 3 juli 2023).

16 “The primary intervention for children and young people who are assessed as suitable for The Service is psychosocial (including psychoeducation) and psychological support and intervention; the main objective is to alleviate distress associated with gender dysphoria and promote the individual’s global functioning and wellbeing.” <https://www.engage.england.nhs.uk/specialised-commissioning/gender-dysphoria-services>, p. 2, geraadpleegd 3 juli 2023.

17 <https://www.england.nhs.uk/commissioning/spec-services/npc-crg/gender-dysphoria-clinical-programme/implementing-advice-from-the-cass-review/> (geraadpleegd 3 juli 2023).

en dat bovendien werkte op basis van het *Dutch Protocol*, met de zorg aan minderjarigen met genderdysforie kennelijk dramatisch mis kan gaan.¹⁸

2.2 Het dilemma van kinderen en puberteitsremmers

Wat maakt de thematiek zo ingewikkeld? Genderdysforie wordt veelal ervaren als een vrijwel onverdraaglijke staat van zijn. De behoefte uit die toestand verlost te worden, kan zo sterk zijn dat al dan niet van geslacht te willen veranderen niet of nauwelijks voelt als een keuze. Het lichaam *moet* in overeenstemming worden gebracht met het door de betrokkene ervaren gender. Als dat niet gebeurt, heeft de kwaliteit van leven zeer ernstig te lijden.

Dat het hierbij gaat om ingrijpende stappen, is intussen niet te veel gezegd. Het is voor de juridische oordeelsvorming belangrijk hier een concreet beeld bij te hebben. Bij de transitie van vrouw naar man, is veelal het in het gewone sociale leven waarneembare resultaat overtuigend. Onder invloed van testosteron vindt stemverlaging plaats en ontwikkelt zich mannelijke haargroei. Veelal worden de borsten verwijderd. Er wordt weleens gesproken over transgender-personen alsof zij altijd herkenbaar zijn. Dat is niet zo; na de transitie ziet een transman er over het algemeen uit als een man. Dat kan ook zo zijn bij transvrouwen. Wel hebben zij er vaak last van dat bepaalde mannelijke uiterlijke kenmerken zichtbaar blijven. Niet iedereen kiest voor een geslachtsveranderende operatie (*bottom surgery*). De operatie kan ook beperkt worden tot het bovenlichaam (*top surgery*). Transmannen kunnen de ingreep beperken tot verwijdering van de borsten; bij een transvrouw kunnen eventueel de borsten worden vergroot.

In geval van verandering van het geslachtsdeel van vrouwelijk naar mannelijk zijn er grofweg twee opties: een kleine penis door middel van wat heet metaidoioplastiek en een grotere penis door middel van falloplastiek. Bij metaidoioplastiek is de penis te klein voor penetratie maar kan men in de regel wel tot een orgasme komen. Bij falloplastiek creëert men uit de huid van bijvoorbeeld de onderarm of het bovenbeen, of een combinatie daarvan, een penis. Die is groter, maar in hoeverre een orgasme door penetratie mogelijk is, is onzeker. Bij transvrouwen kan een zogenaamde vaginaplastiek worden gecreëerd. De testes en zwellichamen worden verwijderd. De eikel en zenuwen worden omgevormd tot clitoris. Tussen de anus en de urinebuis

18 Zie uitvoerig over de ondergang van Tavistock het recente boek: H. Barnes, *Time to think, The Inside Story of the Collapse of the Tavistock's Gender Service for Children*, Londen: Swift Press, 2023. Een informatieve bron is ook de podcast "The Tavistock: Inside the Gender Clinic".

wordt een holte gemaakt. In principe is geslachtsverkeer mogelijk, en door behoud van de zenuwen meestal ook een orgasme.¹⁹

Er zitten serieuze schaduwkanten aan het resultaat: (a) het vermogen langs natuurlijke weg kinderen te krijgen wordt in veel gevallen aangetast. Zogenaamde fertiliteitspreservatie middels het invriezen van eicellen of zaadcellen is een route met diverse mogelijke complicaties en heeft daarom geen garantie op succes²⁰; (b) het seksuele functioneren kan, gegeven de imperfecties van het nieuwe geslachtsorgaan, problematisch zijn²¹; (c) er is, vanwege de complexiteit van de toegepaste technieken, de mogelijkheid van ernstige medische complicaties en de levenslange afhankelijkheid van medische zorg²²; (d) dat mensen bij lichamelijke intimiteit herkenbaar zijn als trans-persoon, kan als problematisch worden ervaren, niet in de laatste plaats bij het vinden van een partner.²³ Beperkt men zich tot *top surgery*, dan doet een deel van deze problemen zich niet voor, maar houdt men dus wel de geslachtsdelen van het ongewenste geslacht.

Ondanks die tamelijk existentiële nadelen moet de betrokkene door de transitie een gelukkiger mens zijn dan hij of zij was geweest zonder. Er zijn inderdaad vele getuigenissen van als welzijnsbevorderende en levensreddend ervaren effecten. Voor het bereiken van deze positieve uitkomst, is een voorwaarde de blijvende overtuiging dat een leven met het andere lichaam niet passend was geweest. Het moet bovendien hét probleem zijn dat aan het welzijn in de weg staat. Het vaststellen van de persistentie van genderdysforie is bij jeugdigen echter veel moeilijker dan bij volwassenen. Kinderen

19 Bijvoorbeeld op de website van Amsterdam UMC staan patiëntenfolders waarop de verschillende technieken in meer detail beschreven worden.

20 Zie bijvoorbeeld T. Stolk e.a., 'Desire for children and fertility preservation in transgender and gender-diverse people: A systematic review', *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 87, March 2023, 102312.

21 Zie bijvoorbeeld E. Fraiman e.a., 'Phalloplasty and Metoidioplasty: a Systematic Review of Sensation, Orgasm, and Penetrative Intercourse.' *Curr Sex Health Rep* 2023/15, 58–76; en S.E.R. Horbach e.a., 'Outcome of Vaginoplasty in Male-to-Female Transgenders: A Systematic Review of Surgical', *The Journal of Sexual Medicine*, 2015/12, afl. 6, p. 1499-1512. Techniques." *The Journal of Sexual Medicine*, 12(6), 1499-1512.

22 Zie voor voorbeelden de voornoemde patiëntenfolders over de verschillende technieken.

23 Dat transpersonen hier zwaar onder gebukt gaan, is breed geboekstaafd. Een enkel voorbeeld is Brandpunt+: "We worden gefetisjeerd, maar niet gezien als volwaardig mens" <https://www.npo3.nl/brandpuntplus/transfobie-bij-daten>. Voorts, uit een grote studie (N=958): "Across a sample of heterosexual, lesbian, gay, bisexual, queer, and trans individuals, 87.5% indicated that they would not consider dating a trans person" (K.L. Blair, & R.A. Hoskin, 'Transgender exclusion from the world of dating: Patterns of acceptance and rejection of hypothetical trans dating partners as a function of sexual and gender identity.' *Journal of Social and Personal Relationships*, 2019/36(7), p. 2074–2095).

zijn voortdurend in ontwikkeling, hun zelfbeeld is aan verandering onderhevig en zij hebben beperkte levenservaring.

Dat doet er niet aan af dat kinderen evenzeer als volwassenen kunnen lijden onder genderdysforie. Juist de puberteit is moeilijk, omdat zich dan het ongewenste geslacht steeds verder opdringt en openbaart. Het is dan niet onlogisch die puberteit te willen stopzetten, bijvoorbeeld via puberteitsremmers. Het idee daarachter is: men koopt tijd om tot een voldragen beslissing te komen, de door de betrokkene bij uitstek als ongewenst ervaren lichamelijke ontwikkelingen blijven uit en hoeven dus later, eventueel, ook niet meer ongedaan gemaakt te worden. Mocht de betrokkene van gedachten veranderen, dan staakt men de behandeling en voltrekt zich de ontwikkeling van het lichaam alsnog.

Nu zou er geen probleem zijn als zeker was dat die puberteitsremmers inderdaad een neutrale pauzestand zijn die een levenslang welzijnsbevorderende keuze faciliteren en bovendien geen onevenredige gezondheidsrisico's veroorzaken. Er is echter in toenemende mate discussie over de vraag of dat zo is. Alvorens op die discussie in te gaan (in par. 3.2 onder I), is het nodig een nadere beschrijving te geven van wat in het *Dutch Protocol* over die puberteitsremmers staat.

2.3 Wat is precies het *Dutch Protocol* en welke veranderingen heeft het in de loop der tijd ondergaan?

De term *Dutch Protocol* wordt op verschillende manieren gebruikt. In brede zin wordt er meestal mee bedoeld het toedienen van puberteitsremmers aan jongeren met genderdysforie. Voor de vaktechnische omschrijving wordt in de regel gerefereerd aan een invloedrijk artikel uit 2006.²⁴ De auteurs beschrijven in dat artikel de behandeling die zij zelf en anderen in de loop der jaren hebben ontwikkeld, met name binnen de VU genderpoli²⁵. Deze behandeling vond aanvankelijk ook internationaal navolging.²⁶ Als vereiste voor toediening van puberteitsremmers gold onder andere dat de kandidaat een leven lang geleden heeft onder ernstige genderdysforie.

In de loop der tijd is de transgenderzorg aan minderjarigen veranderd. De eerste formele versie van het Dutch Protocol kwam in 2018 met de Kwaliteitsstandaard Transgenderzorg -Somatisch (hierna: *Dutch Protocol*

24 H.A. Delemarre-Van de Waal & P.T. Cohen-Kettenis, 'Clinical management of gender identity disorder in adolescents: A protocol on psychological and paediatric endocrinology aspects.', *European Journal of Endocrinology, Supplement*, 2006/155(1).

25 Zie over die ontwikkeling uitvoerig: Bakker 2020.

26 Bakker 2020, p. 193.

2018). Deze standaard eist niet langer dat het gaat om genderdysforie die al voor de puberteit begon (*childhood onset*), maar nog slechts dat de gender-incongruentie toenam of ontstond bij het begin van de puberteit (*adolescent onset*). Ook kinderen bij wie zich de genderdysforie pas aan het begin van de pubertijd heeft gemanifesteerd, kunnen dus, nog aan het begin van de puberteit, hormoonremmers krijgen. Juist in die laatste categorie zit de grote toename van in het aantal aanmeldingen in de afgelopen 10 jaar.²⁷ Dat is een wezenlijk punt. De klinische ervaring dat *childhood onset* genderdysforie die aanhoudt tot na de eerste fase van de puberteit in de regel blijvend was, vormde een centrale rationale voor puberteitsremmers.²⁸ Van het natuurlijke beloop bij pubers met *adolescent onset* genderdysforie daarentegen, is heel weinig bekend. Er is ook weinig inzicht in hoe hun genderdysforie zich zou ontwikkelen met eventueel psychologische ondersteuning en behandeling van bijkomende problemen.²⁹

Welk protocol door de beroepsbeoefenaar is toegepast en waarvan dus de betekenis in rechte ter discussie staat, hangt er uiteraard vanaf wanneer de behandeling heeft plaatsgevonden. In het navolgende zal centraal staan het Dutch protocol (2018) – de meest recente invulling immers van het *Dutch Protocol*. Een punt van taalgebruik: het *Dutch Protocol* (2018) spreekt waar het om puberteitsremmers gaat over ‘de adolescent’. De connotatie van bijna-volwassenheid die dat woord heeft, is minder passend. Het *Dutch Protocol* (2018) adviseert puberteitsremmers bij “Tannerstadium M2 of G2” van de puberteit³⁰. Dat stadium wordt door bereikt tussen de 9 en 14 jaar – meisjes zijn over het algemeen eerder dan jongens³¹. Hierna wordt daarom het woord ‘kind’ gebruikt. Dat sluit beter aan bij het gewone spraakgebruik en is in overeenstemming met het Verdrag inzake de rechten van het kind, dat van toepassing is op mensen jonger dan 18 jaar (artikel 1).

27 M. Arnoldussen e.a., ‘Re-evaluation of the Dutch approach: are recently referred transgender youth different compared to earlier referrals?’, *European Child Adolescent Psychiatry* 2020, 29(6), p. 806.

28 H.A. Delemarre-Van de Waal & P.T. Cohen-Kettenis, ‘Clinical management of gender identity disorder in adolescents: A protocol on psychological and paediatric endocrinology aspects.’, *European Journal of Endocrinology, Supplement*, 2006/155(1).

29 R. Kaltiala-Heino e.a., ‘Gender dysphoria in adolescence: current perspectives.’ *Adolescent Health Med Ther.* 2018 Mar 2;9:31-41 en K.J. Zucker, ‘Adolescents with Gender Dysphoria: Reflections on Some Contemporary Clinical and Research Issues.’ *Arch Sex Behav.* 2019 Oct;48(7):1983-1992.

30 Dutch Protocol (2018), p. 23 onder b), derde opsomming: “Tannerstadium M2 of G2”.

31 Vergelijk bijvoorbeeld: R. Borkus e.a., ‘Wanneer zijn vroege puberteitskenmerken afwijkend?’, *Huisarts Wet* 2023/66, 46–49.

3. Moet het Dutch Protocol (2018) leidend zijn bij invulling van de medisch-professionele standaard?

3.1 Inleiding; het gebruik van protocollen bij invulling van de medisch-professionele standaard

Bij beoordeling van de (on-)rechtmatigheid van de behandeling van een genderdysfoor kind gaat het erom of is gehandeld in strijd met de medisch-professionele standaard. Die luidt: ‘zorgvuldig volgens de inzichten van de medische wetenschap en ervaring handelen als een redelijk bekwaam arts van gelijke medische categorie in gelijke omstandigheden met middelen die in redelijke verhouding staan tot het concrete behandelingsdoel.’³² Bij de invulling van deze nog erg open norm spelen in de praktijk medische protocollen een belangrijke rol.³³ De ontwikkeling van protocollen geschiedt in ‘het veld’ door met name medisch-wetenschappelijk verenigingen, en in toeneemende mate ook door of onder de regie van het Zorginstituut Nederland (ZiN). Het ZiN heeft een toetsingskader vastgesteld dat de eisen bevat waaraan de te ontwikkelen standaarden moeten voldoen.³⁴

In civiele procedures staat het gezag van medische protocollen, net als overigens andere vormen van maatschappelijke regulering, zelden ter discussie. Als een beroepsvereniging of een vergelijkbaar gezelschap van deskundigen in een fatsoenlijk vormgegeven proces tot een weloverwogen oordeel komt over wat in een gegeven context technisch adequaat medisch handelen is, dan is de civiele rechter zelden in de positie om het ‘beter te weten’. Het komt bovendien niet of nauwelijks voor dat eisende partijen de status van een medisch protocol ter discussie stellen; zij hebben daarvoor eenvoudig de informatiepositie niet.³⁵

Dat een individuele procespartij zelden in staat is om een medisch protocol ter discussie te stellen, doet er niet aan af dat de civiele rechter gehouden is zich een oordeel te vormen over het protocol als het gezag

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

33 Zie uitvoerig: J. Legemaate, ‘Posities van richtlijnen onder de nieuwe wet’, *NTvG* 2014;158:A7380, p. 585 – 587.

34 H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Boom Juridisch 2020, Den Haag, p. 74.

35 Een van de weinige voorbeelden uit de rechtspraak waarin wél een debat plaatsvond, is HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006, 377 met annotatie van H.J. Snijders, F.C.B. van Wijmen (*Protocol II*). Het hof had geoordeeld dat een protocol niet voldeed aan de daaraan in redelijkheid te stellen eisen, omdat enkel sprake was van “vermelding van de merknaam Augmentin, zonder aanduiding van de werkzame stof, en het ontbreken van een specifieke waarschuwing voor gebruik daarvan in geval van overgevoeligheid voor penicilline”. De Hoge Raad achtte dat oordeel zonder andere motivering onbegrijpelijk.

daarvan wél wordt betwist. Protocollen zijn immers geen wetten; het zijn vormen van maatschappelijke regulering. Literatuur en rechtspraak leren dat de rechter medische protocollen in zijn oordeelsvorming alleen dan tot uitgangspunt behoort te nemen als³⁶: (i) de norm *evidence-based* is (ii) een beperkte ethische dimensie heeft en (iii) in een behoorlijk vormgegeven proces tot stand is gebracht.

Als aan een van deze vereisten niet is voldaan, is het gegeven protocol niet, of sterk verminderd, leidend bij invulling van de medisch-professionele standaard en dus bij beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag. Een simpel, paradigmatisch voorbeeld: de *Gedragscode Ballonvaart*, ook een vorm van maatschappelijke regulering, bepaalt dat een ballonvaarder op andermans grond mag landen. Die bepaling uit de Gedragscode is evenwel in strijd met het eigendomsrecht, zodat de ballonvaarder die op andermans grond landt toch onrechtmatig handelt.³⁷ Het gezag van een protocol is dus geen gegeven.

Aldus wordt in het navolgende gezien in hoeverre het *Dutch Protocol* voldoet aan de drie genoemde vereisten.

3.2 (i) De norm moet evidence-based zijn

De rechter zal alleen gezag toekennen aan een medisch protocol als dat *evidence-based* is. De reden hiervoor is dat de beroepsgroep die eis zelf stelt (de samenleving trouwens ook). Tot in de jaren '80 waren richtlijnen vooral '*consensus-based*'. Daardoor hadden soms persoonlijke, impliciete interpretaties de overhand. Er ontstond behoefte aan een meer gevalideerde onder-

36 Zie bijvoorbeeld J.J.E. Everdingen e.a. *Handboek evidence based richtlijnontwikkeling. Een Leidraad voor de praktijk*, Houten: Baan Stafleu Van Loghum 2014, par. 2.3 en 4.5.3; de richtlijnen zijn voor de rechter van betekenis als ze "zorgvuldig tot stand zijn gekomen" en de richtlijn "wetenschappelijk is onderbouwd". Meer expliciet over het onderscheid tussen medisch-wetenschappelijke kwesties (die zich lenen voor protocollering door de beroepsgroep) en medisch-ethische kwesties (die zich niet lenen voor protocollering door de beroepsgroep) is H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Boom Juridisch 2020, Den Haag, p. 65: "Bij dergelijke aangelegenheden gaat het om recht en ethiek en is het uiteindelijk de samenleving die beslist". Zie in het algemeen voor de vereisten aan maatschappelijke doorwerking van maatschappelijke regulering: C.O. Hoekstra, "Maatschappelijke normvorming en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: een gezichtspunten catalogus", *WPNR* 2023/7419, waarin wordt opgemerkt dat, wil maatschappelijke regulering 'doorwerken' in open privaatrechtelijke normen, de normatieve lading beperkt moet zijn.

37 Rechtbank Midden-Nederland, 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:514, r.o. 2.6. Nadere voorbeelden zijn Rechtbank Amsterdam 17 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP8088 (*GVB Protocol*), waar het protocol dat beperkte ter beschikking stelling van camerabeelden stipuleerde opzij werd gezet ten behoeve van de waarheidsvinding door een slachtoffer van geweld en Rechtbank Amsterdam, 7 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9330 (*Leidraad voor de Journalistiek*), waar het journalistieke protocol dat de weergave van de naam van een verdachte verbood, opzij werd gezet ten behoeve van de vrijheid van meningsuiting.

bouwing van aanbevelingen.³⁸ Inmiddels bestaat er een uitgebreide internationale systematiek voor de beoordeling van wetenschappelijk bewijs ten behoeve van protocollering. Binnen die systematiek spelen systematische reviews een centrale rol. Onder invloed van de sterk toenemende hulpvraag heeft in de afgelopen jaren in verschillende landen een systematische review plaatsgevonden van het wetenschappelijke bewijs over puberteitsremmers en cross-sekse hormonen. Hierna volgt een overzicht.

Het gezaghebbende Britse *National Institute for Health and Care Excellence* (NICE) deed in oktober 2020 ten behoeve van (het in de inleiding genoemde) onderzoek van Hilary Cass een studie naar de effecten van puberteitsremmers en cross-sekse hormonen. Het NICE gaf aan het wetenschappelijke bewijs ten aanzien van de veiligheid en effectiviteit van zowel puberteitsremmers als cross-sekse hormonen de kwalificatie ‘very low certainty’.³⁹ Dat is de laagst mogelijke zogenaamde GRADE-kwalificatie (high, moderate, low, very low).⁴⁰ GRADE is een internationaal erkend systeem voor de waardering van de uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek. ‘Very low certainty’ betekent volgens het Zorginstituut Nederland dat er “zeer beperkt vertrouwen”⁴¹ is dat de interventie leidt tot klinisch relevante effecten op deze uitkomst.”

De Zweedse gezondheids- en welzijnsautoriteit concludeerde in 2022 op basis van een systematische review dat: “(...) de risico’s van puberteitsonderdrukkende behandeling met GnRH-analogen en geslachtsbevestigende hormonale behandeling momenteel niet opwegen tegen de mogelijke voordelen, en dat de behandelingen alleen in uitzonderlijke gevallen moeten worden aangeboden. Dit oordeel is voornamelijk gebaseerd op drie factoren: het aanhoudende gebrek aan betrouwbaar wetenschappelijk bewijs over de werkzaamheid en veiligheid van beide behandelingen, de nieuwe kennis dat detransitie voorkomt bij jongvolwassenen, en de onzekerheid die voortvloeit uit de nog onverklaarbare toename van het aantal zorgvragers, een toename

38 Zie, met nadere bronnen, J.J.E. Everdingen e.a. *Handboek evidence based richtlijnontwikkeling. Een Leidraad voor de praktijk*, Houten: Baan Stafleu Van Loghum 2014, par. 2.3.

39 Zie voor de puberteitsremmers NICE, October 2020, *Evidence review: Gonadotrophin releasing hormone analogues for children and adolescents with gender dysphoria* p. 13; zie voor cross-sekse hormonen NICE, October 2020, *Evidence review: Gender-affirming hormones for children and adolescents with gender dysphoria*, p. 13.

40 <https://bestpractice.bmj.com/info/us/toolkit/learn-ebm/what-is-grade/> (geraadpleegd 3 juli 2023).

41 Zorginstituut Nederland, 2023, p. 23 (<https://www.zorginstituutnederland.nl/publicaties/publicatie/2023/04/11/beoordeling-swp-2023>).

die vooral groot is onder adolescenten die bij de geboorte als vrouw zijn geregistreerd.”⁴²

In de nieuwe Finse richtlijnen voor de behandeling van minderjarigen met genderdysforie, opgesteld op basis van hun eerder uitgevoerde systematische review, lezen we: “In het licht van het bestaande bewijs, is genderaanpassing van minderjarigen een experimentele behandeling.”⁴³

Andere landen verrichtten nog geen review, maar zien in de combinatie van de sterk toenemende vraag en het gebrek aan wetenschappelijk bewijs wel aanleiding in actie te komen. Het Noorse UKOM (in hun eigen Engelse vertaling: *The Norwegian Healthcare Investigation Board*)⁴⁴ beval in maart 2023 de Minister aan de bestaande richtlijn te herzien op basis van een uit te voeren *evidence review* en beveelt voorts aan dat “puberteitsvertragende behandeling (puberteitsremmers) en hormonale en chirurgische geslachtsbevestigende behandeling voor kinderen en jongeren worden gedefinieerd als experimentele behandeling.”⁴⁵

In Frankrijk heeft in februari 2022 de *Académie nationale de Médecine* een persbericht uitgebracht waarin ten aanzien van dit “epidemie-achtige fenomeen”⁴⁶ wordt opgeroepen tot “grote voorzichtigheid bij het gebruik van hormoonblokkers of cross-sekse hormonen, gegeven de bijwerkingen op het terrein van groei, botdichtheid, het risico op onvruchtbaarheid, emotionele en intellectuele gevolgen en, voor meisjes, symptomen die normaal bij de overgang optreden. (...) Daarom wordt aanbevolen zo lang als mogelijk met psychologische ondersteuning te volstaan”.⁴⁷

Tot zover de systematische reviews. In alle landen waar de gezondheidssautoriteiten die reviews uitvoeren zijn de bevindingen dezelfde: het bewijs schiet ernstig tekort. Systematische reviews die het *Dutch Protocol* (2018) van

42 <https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/kunskapsstod/2022-3-7799.pdf>. Voor een uitvoeriger bespreking van deze overwegingen van Zweden, toegepast op de Nederlandse context, zie: Smids, J. 2023 https://www.tijdschriftvoororthopedagogiek.nl/110-2722_h1-Orthopedagogen-kunnen-veel-betekenen-voor-genderdiverse-jongeren-h1 Te lezen via: <https://erasmusmc.academia.edu/JillesSmids>

43 https://segm.org/Finland_deviates_from_WPATH_prioritizing_psychotherapy_no_surgery_for_minors (geraadpleegd 3 juli 2023).

44 <https://ukom.no/english>

45 <https://ukom.no/rapporter/pasientsikkerhet-for-barn-og-unge-med-kjonnsinkongruens/sammendrag> (geraadpleegd 3 juli 2023); zie ook het verslag van Block over Noorwegen voor de British Medical Journal: <https://www.bmj.com/content/380/bmj.p697> (geraadpleegd 3 juli 2023).

46 <https://www.academie-medecine.fr/la-medecine-face-a-la-transidentite-de-genre-chez-les-enfants-et-les-adolescents/?lang=en>. (geraadpleegd 3 juli 2023)

47 <https://www.academie-medecine.fr/la-medecine-face-a-la-transidentite-de-genre-chez-les-enfants-et-les-adolescents/?lang=en>. (geraadpleegd 3 juli 2023)

een wetenschappelijke basis voorzien, zijn er niet. Na de genoemde nationale reviews is nog een aantal kritische wetenschappelijke artikelen verschenen met daarin nieuwe en indringende methodologische kritiek op de twee Nederlandse studies naar het gebruik van puberteitsremmers en cross-sekse hormonen uit 2011 en 2014⁴⁸, die wereldwijd nog steeds gelden als het beste bewijs voor de effectiviteit van beide behandelingen dat er is^{49,50}.

Het bij de genoemde systematische reviews betrokken onderzoek heeft inmiddels nog aan betekenis verloren doordat: (i) het betrekking heeft op de periode waarin de populatie zowel qua aantallen als qua samenstelling ingrijpend van de huidige verschilt – waarbij met name gedacht moet worden aan de toename van met name geboren meisjes, vaak met bijkomende psychische problematiek – en (ii) nog niet verdisconteerd is de vergaand versoepelde norm uit de nieuwe variant van het *Dutch Protocol* uit 2018, waarin het bestaan van genderdysforie vanaf de vroege jeugd niet langer vereist is. Waar ten aanzien van de oude groep het bewijs dus al werd gekwalificeerd als ‘very low certainty’, is het bewijs voor de nieuwe, gemakkelijker tot de behandeling toegelaten groep, nog dunner.

Deze leemte wordt vanuit de Nederlandse transgenderzorg ook erkend. In een interview in een NRC-artikel⁵¹ merkt Annelou de Vries, kinderpsychiater bij de genderpoli van Amsterdam UMC, op: “Nu is de vraag: is de recente groep aanmeldingen, van wie er veel geboren meisjes zijn en van wie mogelijk een deel in de puberteit erachter komt genderdysforie te hebben, nog wel vergelijkbaar met die eerste groep?” Het NRC-artikel vervolgt: “Daarom gaat ze daar nu onderzoek naar doen. In het Amsterdamse ‘archief’ van inmiddels tweeduizend patiënten, uniek in de wereld, gaat ze na wanneer hun genderdysfore gevoelens zijn begonnen, en hoe ze hun vervolgtraject hebben ervaren. Daarmee hoopt De Vries de vraag te beantwoorden „of medische behandeling ook voor deze groep zinvol is of dat dit te veel

48 A.L. de Vries e.a., ‘Puberty suppression in adolescents with gender identity disorder: a prospective follow-up study’ *The Journal of Sexual Medicine* 2011 Aug(8):2276-83 en de A.L. de Vries e.a., ‘Young adult psychological outcome after puberty suppression and gender reassignment.’ *Pediatrics*. 2014 Oct;134(4):696-704.

49 In alle richtlijnen en besprekingen nemen zij dan ook een prominente plaats in (bijv. E. Coleman e.a., ‘Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People’, *International Journal of Transgender Health*, 2022, 23(sup1), S1-S259, p. 65).

50 Zie: E. Abbruzzese e.a., ‘The Myth of Reliable Research in Pediatric Gender Medicine: A critical evaluation of the Dutch Studies—and research that has followed’, *Journal of Sex and Marital Therapy*, Published online: 02 Jan 2023, en M. Biggs, ‘The Dutch Protocol for Juvenile Transsexuals: Origins and Evidence’, *Journal of Sex and Marital Therapy*, Published online: 19 Sep 2022.

51 M. Sedee, ‘Er zijn twijfels over puberteitsremmers voor transgender jongeren. Is dat terecht?’ NRC, 27 januari 2023.

risico's met zich meebrengt, zoals spijt achteraf'". Dat ook de behandelaars zelf kennelijk menen dat nog moet blijken of er een *evidence-base* bestaat, is een constatering om even bij stil te staan.

Het rechterlijk oordeel laat zich niet met zekerheid voorspellen. Maar de contouren van het debat aanschouwend, is wel te zeggen dat de voldoende *evidence-base* van het *Dutch Protocol* (2018) voor de civiele rechter bepaald geen gegeven zal zijn.

3.3 (ii) De norm moet een beperkte ethische dimensie hebben

Het gezag van maatschappelijke regulering in civiele procedures neemt af naarmate die regulering een sterker ethisch karakter heeft. Dat is omdat maatschappelijke regulering zijn gezag ontleent aan de bijzondere kennis van de opstellers. Van ethische dimensies hebben de opstellers echter naar de aard der zaak geen bijzondere kennis. Uit het Handboek Gezondheidsrecht: "In de beroepsgroep wordt over ethische zaken als abortus provocatus zonder medische indicatie, handelingen met geslachtscellen en embryo's, enzovoort even verschillend gedacht als daarbuiten. (...) Bij dergelijke onderwerpen gaat het om recht en ethiek en is het uiteindelijk de samenleving die beslist."⁵² Anders gezegd: op ethisch gevoelige onderwerpen hebben beroepsbeoefenaren geen beslissingsbevoegdheid.

De vraag voor de civiele rechter zal derhalve ook zijn of het *Dutch Protocol* (2018) zijn ethische gewicht kan dragen. De grondleggers van de transgenderzorg zagen voor een breed maatschappelijk debat destijds geen reden. Uit *Een halve eeuw transgenderzorg aan de VU*: "In ieder geval is duidelijk dat het VU-ziekenhuis geen openbaar debat zocht over dit thema. Liever verleende men de zorg in stilte; aan een bredere maatschappelijke discussie zoals die rondom abortus en euthanasie werd gevoerd, was geen behoefte."⁵³

Het is in zekere zin begrijpelijk dat binnen de context van die tijd, waarin wat toen transseksualiteit werd genoemd een marginaal maatschappelijk fenomeen was, de noodzaak tot een ethische discussie minder werd gevoeld. Inmiddels is echter het feitelijke beeld drastisch veranderd; van kleine aantallen meestal volwassen mannen toen, naar veel grotere aantallen (veelal minderjarige) patiënten, overwegend geboren meisjes, vaak met autisme of trauma, nu. Binnen het *Dutch Protocol* (2018) laten zich verschillende kwesties aanwijzen die men moeilijk anders dan als sterk ethisch beladen kan kwalificeren. Hierna volgen de drie meest fundamentele.

52 Leenen 2020, p. 65.

53 Bakker 2020, p. 56.

De eerste is omgang met wetenschappelijke onzekerheid. Eerst is er de wetenschappelijk onzekerheid als zodanig. Neem de vraag of puberteitsremmers een neutrale pauzeknop zijn of een trechter naar transitie. Vrijwel alle kinderen aan wie puberteitsblokkers worden gegeven, gaan vervolgens in transitie. Voor een groep Engelse behandelaars die met die gegeven geconfronteerd werden, was dit besef een “holy f****” moment: “het legde een bom onder de gedachte dat we ze met puberteitsblokkers meer tijd gaven”.⁵⁴ Ook Hilary Cass vindt dat gegeven in haar rapport over de Britse transgenderzorg aan kinderen verontrustend: “De moeilijkste vraag is of puberteitsblokkers kinderen en jongeren inderdaad waardevolle tijd geven om hun opties te overwegen, of dat ze kinderen en jongeren effectief ‘opsluiten’ in een behandelingstraject dat culmineert in progressie naar feminiserende/mannelijkmakende hormonen door het remmen van het gebruikelijke proces van seksuele geaardheid en ontwikkeling van genderidentiteit. Uit gegevens uit zowel Nederland als uit het onderzoek van de Engelse Tavistock kliniek blijkt dat bijna alle kinderen en jongeren die puberteitsremmers krijgen, vervolgens een geslachtshormoonbehandeling ondergaan (respectievelijk 96,5% en 98%). De redenen hiervoor moeten beter worden begrepen.” Anders dan Cass vindt De Vries dat hoge percentage in het hiervoor genoemde NRC-artikel juist geruststellend: „Je kan het ook omdraaien, (...) We kijken heel zorgvuldig naar wie we puberteitsremmers geven, en dat zijn inderdaad de jongeren met een heel grote kans dat het geen tijdelijke beving is. Kennelijk kunnen we die selectie goed maken.”

Los van de vraag wie er gelijk heeft (en dus los ook van de vraag of de omdraaiing van De Vries een *non-sequitur* is): onzekerheid bestaat er. Om zeker te weten dat puberteitsblokkers geen kinderen naar de transitie leiden die vanzelf, of eventueel met behulp van psychotherapie, over hun genderdysforie zouden zijn heen gegroeid, hebben we ten eerste veel meer tijd nodig – met name de versoepelde toegang tot die puberteitsremmers staat pas sinds 2018 in het *Dutch Protocol* –, en ten tweede een controlegroep van vergelijkbare kinderen die geen puberteitsremmers hebben gekregen. Aan beide voorwaarden is niet voldaan.

Die onzekerheid vormt het ethische probleem. Welk risico is aanvaardbaar? Hoe erg vinden wij het als kinderen door medisch handelen levenslang lichamelijk gederailleerd raken terwijl zij anders, eventueel met hulp van anderen, over hun genderdysforie zouden zijn heen gegroeid?

54 Barnes 2023, p. 118.

Vinden we dat een horrorscenario? De zwaarst denkbare medisch fout? Of aanvaardbare bijkomende schade? Bij hoeveel kinderen mag zich dat scenario voltrekken? 50%? Of minder? De opstellers van het *Dutch Protocol* (2018) vinden het risico kennelijk aanvaardbaar. Maar bijvoorbeeld de Vlaamse arts en directeur van het CEBAM⁵⁵ Patrik Vankrunkelsven zegt: “Jullie doen een experiment op kinderen”. Wie heeft gelijk? De beroepsbeoefenaren hebben geen bijzondere titel om hier iets van te vinden. Het is ethiek.

Het tweede ethisch beladen punt is de appreciatie van de ‘eindtoestand’ van de transitie. De afgelopen jaren is er afscheid genomen van de opvatting dat transgender zijn een pathologie is.⁵⁶ Uit een oogpunt van bijvoorbeeld dreigende stigmatisering is dat een vooruitgang. Maar afstand doen van die kwalificatie kan de werkelijkheid van een transitie niet veranderen. Die werkelijkheid is dat ingrijpende medische zorg vereist is die bovendien een resultaat oplevert met ernstige schaduwkanten op het terrein van vruchtbaarheid, seksualiteit, de mogelijkheid van medische complicaties, relativorming en maatschappelijke acceptatie.

Benadrukt men dat transgender zijn niet pathologisch is en niet negatief gewaardeerd moet worden, dan wordt het moeilijk vervolgens te zeggen dat kinderen beter af zouden zijn als zij over hun genderdysfore gevoelens heen groeien. Iemand *is* dan transgender persoon. Elke bejegening van de betrokkene die dat niet tot uitgangspunt neemt, is een miskennis van zijn of haar diepste wezen. Neemt men anderzijds in ogenschouw de moeilijkheden en medische beperkingen in de mogelijkheid van een vrouwenlichaam werkelijk een mannenlichaam te maken en andersom, dan groeit de intuïtie dat het voor het kind toch beter zou zijn als het er op de een of andere manier in slaagt vrede te vinden met het lichaam waarmee het geboren is.

In de eerste benadering moet de zorg moet erop gericht zijn kinderen in hun genderidentiteit te bevestigen. In de tweede benadering ziet men de transitie als een *ultimum remedium* en gaat men eerst op zoek naar mogelijkheden om met behoud van het geestelijk welzijn lichamelijke ingrepen af te wenden. Het *Dutch Protocol* (2018) is eerder een exponent van de eerste opvatting dan van de tweede: als sprake is van genderdysforie, dan is toediening van puberteitsremmers – met het in de praktijk vrijwel altijd doorschakelen naar cross-sekse-hormonen – het uitgangspunt⁵⁷. De tweede

55 Het Belgisch Centrum voor Evidence-Based Medicine.

56 In 2006 was nog vereist dat werd voldaan aan de “Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders-IV-RT criteria for gender disorder” (Deleamarre-Van De Waal& Cohen-Kettenis 2006.).

57 Zie het Dutch Protocol (2018), p. 22 onderaan.

opvatting had een heel ander protocol opgeleverd, waarin, in het bijzonder voor de groep die de afgelopen 10 jaar is opgekomen, exploratieve psychotherapie voorop had gestaan.

Een manifestatie van deze gedachte dat medicalisering waar nodig voorkomen dient te worden, ziet men bijvoorbeeld in de Volkskrant van 10 mei 2023, in een interview met twee leden van de commissie die onderzoek deed⁵⁸ naar de snelle stijging van de vraag naar transgenderzorg: “Transgender personen worden een ‘medisch-specialistische fuik’ in geduwd, waarschuwen onderzoekers. (...) Mensen die worstelen met hun genderidentiteit komen meestal terecht bij genderpoli’s in ziekenhuizen. Die zijn vooral gericht op een medische behandeling, met hormonen en operaties, terwijl daar niet altijd behoefte aan is.” De kern van de oproep van de onderzoekers is een uitbreiding van de psychologische zorg.

Het derde ethische punt is de mate waarin men een kind wilsbekwaamheid toedicht ten aanzien van beslissingen die ingrijpende gevolgen hebben voor zijn of haar toekomst. Die vraag is bij transgenderzorg aan kinderen op verschillende manieren aan de orde. Om er hier een te noemen: het *Dutch Protocol* (2018) vergt van de behandelaars dat zij het kind informeren over de bijwerking van behandeling met puberteitsremmers, “inclusief mogelijk verlies van vruchtbaarheid als de adolescent vervolgens hormonale behandeling en/of chirurgie ondergaat.”⁵⁹ Zoals eerder gezegd, is “de adolescent” een kind tussen de 9 en 14 jaar. Die informatie wordt het kind niet voor niets verschaft; deze zou het voor het kind mogelijk moeten maken tot *informed consent* te komen. Maar wat kan een kind dat per definitie in diepe geestelijke nood verkeert met die informatie? Informatie die bovendien over onderwerpen gaat die gezien zijn leeftijd en ontwikkelingsfase nog ver voorbij zijn horizon liggen? Welke loyaliteit voelt het überhaupt ten aanzien van zijn of haar toekomstige zelf? Welke rol speelt het recht op een open toekomst?

Het *Dutch Protocol* (2018) staat, concluderend, bol van de medisch-ethische keuzes. Dat kan voor de rechter reden zijn om aan dat protocol geen of geringe betekenis toe te kennen.

58 Interview door Ellen de Visser en Kaya Bouma met Enny das en Chris Verhaak “Transgender personen worden een ‘medisch-specialistische fuik’ in geduwd, waarschuwen onderzoekers”.

59 Pagina 23, 2^{de} opsomming onder a.

3.4 (iii) De norm is in een behoorlijk vormgegeven proces tot stand gebracht

Dat de norm binnen een behoorlijk vormgegeven proces tot stand moet zijn gebracht, is een evidente kwaliteitseis. Specifiek voor de ontwikkeling van klinische richtlijnen kent Nederland de zogeheten *Richtlijn voor Richtlijnen*⁶⁰. Die bepaalt onder punt 10 dat er een systematische review van de wetenschappelijke literatuur aan de richtlijn ten grondslag moet liggen en onder punt 11 dat het verband tussen de aanbevelingen en het onderliggende wetenschappelijke bewijsmateriaal moet worden beschreven. Dit zijn geen perifere eisen uit de Richtlijn voor Richtlijnen; zij vormen daarvan de kern.

Aan het *Dutch Protocol* (2018) ligt geen systematische review ten grondslag. Dat is een serieuze tekortkoming, niet alleen op zichzelf, maar ook in het licht van de constatering dat de drie landen die wél een systematische review hebben verricht, alle met hoogstaande medisch-wetenschappelijke onderzoekstradities, het bewijs te licht hebben bevonden (zie par. 3.2 onder 1). Aan de tweede eis, het leggen van verband tussen de aanbevelingen en het onderliggende wetenschappelijke bewijsmateriaal, is evenmin voldaan.

Onder punt 11 van de Richtlijn voor Richtlijnen staat wel dat aanbevelingen die uitsluitend betrekking hebben op de “organisatie van zorg” niet per se uit literatuuronderzoek hoeven te volgen. In de inleiding van het *Dutch Protocol* (2018) is het volgende zinnetje opgenomen: “Deze standaard beperkt zich vooral tot de organisatie van de zorg.” Wellicht hebben de opstellers van het *Dutch Protocol* (2018) zich hierdoor ontslagen geacht van vervulling van de kernverplichtingen uit de Richtlijn voor Richtlijnen. Daar zal een civiele rechter anders over oordelen. Het *Dutch Protocol* (2018) grossiert immers in behandelingsaanbevelingen en is bepaald niet beperkt tot “de organisatie van de zorg”. Neem alleen al: “Het advies is om adolescenten die aan de diagnostische criteria voor genderincongruentie voldoen, in de puberteit zijn, en om behandeling vragen, in eerste instantie een behandeling te geven om de puberteit/eigen hormonen te onderdrukken”.⁶¹ Bovendien is de module “Behandelingen” (23 pagina’s) meer dan drie keer zo lang als de module “Organisatie van zorg” (7 pagina’s).

Er zijn nog andere bedenkingen bij de totstandkoming. Het *Dutch Protocol* (2018) is uitgebracht door het Kennisinstituut van de Federatie Medisch Specialisten.

60 Richtlijn voor Richtlijnen; 20 criteria voor het ontwikkelen en implementeren van een klinische richtlijn, Regieraad Kwaliteit van Zorg, Herziene versie, Den Haag, maart 2012. De Richtlijn voor Richtlijnen kan worden gebruikt als checklist om na te gaan of aan de eisen van zorgvuldige richtlijnontwikkeling is voldaan (Dreesens, Van Everdingen & Kersten 2014, par. 3.2.3).

61 Kwaliteitsstandaard Transgenderzorg – Somatisch (2018), p. 22.

Over het algemeen pleegt dit soort protocollen materieel te worden vastgesteld binnen een met die taak belaste werkgroep. Zo is dat ook hier gegaan. De inhoudelijke toets van de ondertekenende algemene beroepsorganisaties is vervolgens beperkt. De werkgroep die het stuk tot stand heeft gebracht bestaat uit twaalf personen, met verschillende achtergronden.⁶² Twee deelnemers zijn van *Transvisie* (de belangenvereniging van transgender-personen). Vijf van de twaalf deelnemers zijn (inmiddels) aan de genderpoli van het VUMC verbonden. De voorzitter is van ZonMw. Bij de overige vier leden staat als affiliatie: NIP, Universitair Medisch Centrum Groningen NVPC, NVvP en NHG.

Hoe de besluitvorming binnen deze groep is verlopen, weten we niet precies. Iets valt wel af te leiden uit wat *Transvisie* hierover op haar website heeft gepubliceerd. *Transvisie* heeft mede tot doel te bereiken dat de psycholoog “niet werkt als gatekeeper, maar als ondersteuner tijdens het traject”. Die wens is nog niet geheel gerealiseerd, aldus de website, maar: “Gelukkig heeft *Transvisie* in de onderhandelingen ook veel verbeteringen bereikt. Zo zijn veel voorwaarden voor behandelingen nu geformuleerd als advies in plaats van als eis, is mastectomie [dat is een dubbele borstamputatie – de auteurs] voor jongeren onder 18 jaar nu onomwonden mogelijk (...). De ruimte van de psycholoog tijdens de intake wordt op een aantal punten afgebakend. Zo zal deze vanaf nu eerdere conclusies van andere behandelaars als uitgangspunt overnemen”.⁶³

Het opstellen van het *Dutch Protocol* (2018) was, zoals met alle regels, een kwestie van zoeken naar het juiste evenwicht. Door transgender-personen worden waarschijnlijk drempels snel, en ook begrijpelijkerwijs, ervaren als misplaatst paternalisme. Uitgangspunt van *Transvisie* in haar overleg met allerhande partijen in het veld is: “De keuze van de transgender-mens staat centraal”. Dat is echter (uitsluitend) het perspectief van wie in de zekerheid verkeert transgender mens te zijn. Als die zekerheid eenmaal een gegeven is, is het hele ‘selectieproces’ veelal overbodig, frustrerend en nodeloos verdragend. Pas na door een reeks hoepels te zijn gesprongen, mag men gevolg geven aan dat wat men zelf altijd al geweten heeft. Zo is het belang van *Transvisie* bij verlaging van de drempels, en de tevredenheid met het onderhandelingsresultaat op dit punt (en het streven de regels nog verder te versoepelen⁶⁴), goed te begrijpen.

62 Kwaliteitsstandaard Transgenderzorg – Somatisch (2018), p. 4.

63 <https://transvisie.nl/er-is-een-nederlandse-standaard-voor-somatische-transgenderzorg/>, geraadpleegd op 3 juli 2023.

64 “*Transvisie* is intensief betrokken geweest bij het maken van deze standaard en is blij dat hij er nu eindelijk is. (...) Maar er is meer nodig. *Transvisie* zou met name graag zien dat de rol van de psycholoog verder afgebakend wordt (...).” (<https://transvisie.nl/er-is-een-nederlandse-standaard-voor-somatische-transgenderzorg/>), geraadpleegd op 3 juli 2023.

Het probleem is dat op voorhand niet voor iedereen die zekerheid een gegeven is. Er zijn kinderen met genderdysforie die niet wegebt, maar er zijn ook grote aantallen kinderen bij wie dat wel gebeurt.⁶⁵ Deze laatste groep heeft belang bij een zeer serieuze toets; bij de hoogst mogelijk vorm van bescherming. Het selectieproces dat voor de één een sta-in-de-weg is, behoedt de ander voor levenslange, ernstige medische schade.

Tussen beide – legitieme – belangen bestaat een natuurlijke tegenstelling. Dat zo zijnde, is het ongelukkig dat de ene groep met twee leden binnen de werkgroep vertegenwoordigd is en daar kennelijk een stevig woordje heeft meegesproken, en de andere groep geheel zonder stem is gebleven. Het zou overigens ook niet gemakkelijk zijn die tweede groep aan tafel te krijgen⁶⁶. Het gaat om mensen die een ongetwijfeld donkere periode achter zich hebben gelaten en aan wie het daardoor aan een motief ontbreekt zich nog indringend met de problematiek bezig te houden; het ontbreekt hen aan ‘activistische energie’. Bovendien is het nog te vroeg voor hun bestaan; wij spreken over het *Dutch Protocol* 2018. Uiteindelijk zal waarschijnlijk het belang van deze groep het meest pregnant verwoord worden, eventueel in rechte, door de *detransitioners*, voor wie het kwaad al is geschied.

Los van deze onevenwichtigheid is een derde punt van twijfel bij de totstandkoming van de norm de beïnvloeding van de norm door een belangenorganisatie. Het is gebruikelijk en ook wenselijk⁶⁷ dat patiëntenverenigingen hun visie geven bij de formulering van onderdelen van medische standaarden. Maar dat deel van de behandeling en diagnostiek dat *evidence-based* zou moeten zijn, behoort door de beroepsbeoefenaren in alle professionele vrijheid en autonomie te worden vastgesteld. Dat, bijvoorbeeld, Transvisie in de onderhandelingen kennelijk heeft bewerkstelligd dat een dubbele borstamputatie voor jongeren onder 18 jaar nu mogelijk is, is in dat verband niet onproblematisch. Staat men op wezenlijke punten beïnvloeding door belangenorganisaties toe, dan kan het ook geen verbazing wekken als vervolgens blijkt dat die standaard niet *evidence-based* is; een deel

65 Zie bijvoorbeeld W.C. Hembree e.a., ‘Endocrine Treatment of Gender-Dysphoric/Gender-Incongruent Persons: An Endocrine Society Clinical Practice Guideline’, *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, Volume 102, Issue 11, 1 November 2017, Pages 3869–3903. En nogmaals, bij de groep met *adolescent onset* is zelfs niet eens bekend wat het natuurlijk beloop van hun genderdysforie zou zijn zonder medisch ingrijpen.

66 Punt 2 van de Richtlijn Richtlijnen bepaalt dat de initiatiefnemer van de richtlijn de primair betrokken patiënten/cliëntenorganisaties benadert. De kans dat deze groep ooit een patiënten/cliëntenorganisatie opricht, is klein.

67 Punt 6 van de Richtlijn voor Richtlijnen bepaalt: “Het patiënten/cliëntenperspectief maakt onderdeel uit van de richtlijn”.

van de opstellers sprak niet vanuit een wetenschappelijke, maar vanuit een maatschappelijke agenda.

Aldus kent het *Dutch Protocol* (2018) serieuze totstandkomingsproblemen: het voldoet niet aan de meest wezenlijke eisen van de Richtlijn voor Richtlijnen en men kan voorts scherpe bedenkingen hebben bij de samenstelling van de werkgroep en de medisch-professionele autonomie.

4. Conclusie en slotbeschouwing

In Nederland vindt de zorg aan kinderen met genderdysforie plaats op basis van het *Dutch Protocol* (2018). Normaal gesproken zijn medische protocollen leidend bij invulling van de medisch-professionele standaard. Wil een protocol inderdaad leidend zijn, dan moet het (i) *evidence-based* zijn, (ii) een beperkte medisch-ethische lading hebben en (iii) in een adequaat proces tot stand zijn gebracht. In dit artikel werd bepleit dat zeer de vraag is of voldaan is aan de eerste eis en dat niet voldaan is aan de tweede en derde eis. De civiele rechter behoort het *Dutch Protocol* (2018) daarom niet als leidraad te nemen. Drie nadere opmerkingen naar aanleiding van die conclusie.

Ten eerste. De implicatie van het voorgaande is dat ook handelen conform het *Dutch Protocol* (2018) in strijd met de medisch-professionele standaard kan zijn. Een vervolgvraag is wie aansprakelijk is wanneer hierdoor schade ontstaat. Dat is een complexe kwestie die een aparte publicatie rechtvaardigt. In exploratieve zin het volgende. Er is de individuele zorgverlener. Tegen diens aansprakelijkheid pleit dat men van een individuele zorgverlener niet snel kan verlangen dat hij of zij zich een inhoudelijk oordeel aanmeet over een protocol. Bij aanhoudende, gefundeerde kritiek op het protocol kan dat echter op enig moment anders zijn. In dat geval zou ‘schuld’ de toerekeningsgrond zijn. Daarnaast zijn er eventueel de verkeersopvattingen als toerekeningsgrond, waarbij het in wezen zal gaan om de wenselijke risicoverdeling. De aansprakelijkheidsverzekering van de zorgverlener kan in deze afweging een rol spelen. Naast de individuele zorgverlener is er de instelling waar de behandeling heeft plaatsgevonden. De instelling is in de regel niet aansprakelijk voor foutieve protocollen, maar het kan anders zijn.⁶⁸ Relevante omstandigheden zijn de bijzondere betrokkenheid van de instelling bij het protocol en de mate waarin eventueel de instelling op de hoogte was of had

68 HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006, 377 met annotatie van H.J. Snijders, F.C.B. van Wijmen (*Protocol II*).

moeten zijn van groeiende twijfel over de wetenschappelijke fundering. Tot slot is er de opsteller van het *Dutch Protocol* (2018)⁶⁹. Zij moet als “redelijk handelend en redelijk bekwaam” opsteller gehandeld hebben. Daar zitten verschillende feitelijke aspecten aan. Onder andere zou men willen weten wat haar tot het besluit heeft gebracht de door de Richtlijn voor Richtlijnen voorgeschreven systematische review van de wetenschappelijke literatuur achterwege te laten.

Ten tweede. De feitenrechter die een medisch protocol buiten toepassing wil laten, haalt zich een stevige motiveringslast op de hals. Denkbaar is dat hij of zij pragmatischer alternatieven heeft. Doordat het *Dutch Protocol* (2018) niet erg gedetailleerd is, kan het zijn dat de motivering zich ook laat formuleren in termen van een redelijke uitleg van het *Dutch Protocol* (2018). Bijvoorbeeld: een *detransitioner* stelt zich op het standpunt dat primair een jeugdtrauma de oorzaak van zijn genderdysforie was, dat de behandeling van dat trauma centraal had moeten staan en dat de puberteitsremmers niet het werkelijke probleem adresseerden – maar hem wel in de fuik naar de transitie hebben gebracht. Hij vordert schadevergoeding. De zorgverlener/instelling beroept zich op het *Dutch Protocol* (2018). Dat adviseert⁷⁰ “om adolescenten die aan de diagnostische criteria voor genderincongruentie voldoen, in de puberteit zijn, en om behandeling vragen, in eerste instantie een behandeling te geven om de puberteit/eigen hormonen te onderdrukken”. De rechter zou nu kunnen oordelen dat het protocol aldus moet worden uitgelegd dat eerst moet worden onderzocht of behandeling van het trauma de genderdysforie had verholpen. Dat staat welbeschouwd niet in het protocol. Er staat als voorwaarde voor puberteitsremming alleen dat “nevenproblemen op psychologisch (...) vlak die behandeling in de weg zouden kunnen staan onder controle zijn (...)”. Trauma is dus naar de bewoordingen van het protocol louter van belang voor het vermogen de behandeling te verdragen, niet voor de opportuniteit van de behandeling op zichzelf. Maar via een redelijke uitleg, gesteund, bijvoorbeeld, door een in de procedure expertiserende traumakundige, zou de rechter kunnen oordelen dat behandeling van het trauma voorop had moeten staan.

Ten derde. Het is evident dat het ontbreken van een solide en gezaghebbend behandelprotocol een onwenselijke situatie is⁷¹, zowel vanuit het oogpunt

69 Zie bijvoorbeeld: P.W.J. Verbruggen, ‘Civiele aansprakelijkheid voor private normstelling’ *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2020(1), 18-29.

70 Kwaliteitsstandaard Transgenderzorg – Somatisch (2018), p. 22.

71 Zo ook Leenen e.a. 2020, p. 73.

van goede zorg als vanuit rechtszekerheid. Er moet dus een protocol voor transgenderzorg aan kinderen komen dat wél aan de eisen voldoet.⁷² Daartoe is allereerst vereist dat de door de Richtlijn voor Richtlijnen geëiste systematische review van de literatuur plaatsvindt, gevolgd door de vertaling van de uitkomsten van die systematische review naar de aanbevelingen in de richtlijn. Als dat gebeurt, is een belangrijk probleem in het totstandkomingsproces opgelost en wordt bovendien ook het punt dat een protocol *evidence-based* moet zijn, geadresseerd. Een evenwichtige vertegenwoordiging van de relevante patiëntenpopulatie is met enige vindingrijkheid mogelijk. Mochten er, zoals te verwachten valt, zware medisch-ethische vragen overblijven, dan zal de wetgever zich ermee moeten bemoeien, eventueel na te zijn geadviseerd door de Gezondheidsraad. De Minister zou er verstandig aan doen het Zorginstituut Nederland, dat immers tot taak heeft met inachtneming van de geldende eisen de totstandkoming van kwaliteitsstandaarden te bevorderen⁷³, zo snel mogelijk opdracht te geven met een nieuw protocol te komen.

In de tussentijd moet goede transgenderzorg aan kinderen verzekerd zijn. Ter inspiratie zou men kunnen kijken naar Zweden en Finland en binnenkort Engeland⁷⁴. Daar wordt toediening van puberteitsremmers beperkt tot de oorspronkelijke doelgroep van het Dutch Protocol, te weten kinderen met *childhood onset* genderdysforie die persisteert tot in de puberteit. Die toediening vindt in beginsel alleen nog plaats binnen studieverband. Voor tieners vormen behandeling van bijkomende psychische problematiek en exploratieve psychotherapie de eerstelijnsinterventies.

Niet uit te sluiten valt dat een minder voorzichtige benadering in Nederland leidt tot civielrechtelijke aansprakelijkheid zolang er: (i) onvoldoende sterk bewijs is dat de medische transitie van jongeren werkelijk levenslang welzijnsverhogend werkt, (ii) de enorme stijging in de afgelopen 10 jaar van het aantal geboren meisjes met veelal complexe psychologische problemen niet verklaard is, (iii) bepaald niet is uitgesloten dat puberteitsremmers jongeren ‘opsluiten’ in een behandeltraject en (iv) over de bijwerkingen van puberteitsremmers nog veel onbekend is.

72 Zie in vergelijkbare zin T. Klijnsmit & P. Vasterman, ‘Overheid moet regels maken voor behandelen genderdysforie’, *Medisch Contact* 25 mei 2023.

73 Leenen e.a. 2020, p. 460.

74 Zie voor bronnen wat betreft Zweden en Finland par. 3.2. en voor Engeland par. 2.1.

7. A Legal Assessment of the *Dutch Protocol* for Transgender Care to Children: Evidence, Ethics and Procedure¹

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd als: J.L. Smeehuijzen, J. Smids & C.O. Hoekstra, 'A Legal Assessment of the Dutch Protocol for Transgender Care to Children: Evidence, Ethics and Procedure', *Family and Law* 2025, DOI: 10.5553/FenR/000069, p. 1-21. De bijdrage is een bijgewerkte en vertaalde versie van onze bijdrage: "Transgenderzorg aan kinderen; juridische bedenkingen bij het Dutch Protocol (2018)", *NJB* 2023/1772, afl. 25.

1. Introduction

The care to minors with gender dysphoria is a highly topical and contentious issue. In recent years, the number of children diagnosed with gender dysphoria has increased significantly on an international scale, a trend that is also evident in the Netherlands. Between 2000 and 2012, the number of annual referrals for gender dysphoria among minors gradually increased from approximately 10 to 50 cases per year. However, in 2013, this number suddenly doubled, after which the growth rate accelerated.¹ By 2023, an estimated 900 minors sought access to puberty suppression. As of July 2022, approximately 2,050 young people were on the waiting list for treatment. The current number is likely even higher.² According to the most recent data from Amsterdam University Medical Center (UMC)³, which extend until 2018, approximately 78% of referred minors go on to start puberty suppression.⁴

Over time, the demographic composition of this patient group has undergone significant changes. Initially, transgender healthcare for minors primarily served natal boys who had exhibited gender dysphoria from early childhood. Currently, the majority of cases consist of natal girls who experience gender distress only after puberty, with a substantial number also presenting with psychological conditions, trauma, or autism.⁵

In the Netherlands, children in this group are treated under the so-called *Dutch Protocol*⁶, which consists of four phases: (i) an extensive diagnostic phase, (ii) the administration of puberty blockers, typically initiated at the onset of puberty, (iii) the administration of cross-sex hormones, and (iv) surgical procedures, including breast removal (from age 16) and genital transformation (from age 18).

-
- 1 M. Arnoldussen e.a., 'Re-evaluation of the Dutch approach: are recently referred transgender youth different compared to earlier referrals?', *European Child Adolescent Psychiatry* 2020, 29(6), p. 6.
 - 2 Recent data are unavailable. See SiRM, *Onzekerheid over vroeg transgenderzorg, inhaalcapaciteit zeker nodig*. SiRM, 2023, p. 10 graph 3 en p. 8, graph 1 (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2023/03/31/vraag-transgenderzorg-rapport>).
 - 3 Amsterdam UMC is the leading Dutch gender clinic.
 - 4 M. Arnoldussen e.a., 'Demographics and gender-related measures in younger and older adolescents presenting to a gender service.' *European Child & Adolescent Psychiatry*, 2023 Dec;32(12):2537-2546, table 1.
 - 5 F.B.B. de Rooy e.a., 'Mental Health Evaluation of Younger and Older Adolescents Referred to the Center of Expertise on Gender Dysphoria in Amsterdam, The Netherlands.' *Archives of Sexual Behavior* 2024 Aug;53(8):2883-2896.
 - 6 The most recent version of the Dutch Protocol is the "Kwaliteitsstandaard Transgenderzorg – Somatisch (2018)" (*Quality Standard for Transgender Care – Somatic (2018)*). Over the years, the Dutch Protocol has undergone a series of changes; see Section 2.3. (when speaking of the *Dutch Protocol*, we refer to this Quality Standard).

Initially, the *Dutch Protocol* gained international traction, but in recent years doubts about the balance between its benefits and risks have been growing.⁷ In April 2024, the highly anticipated Cass Review was published⁸, concluding that the risks of puberty blockers outweigh their benefits. This was reason for the NHS to ban puberty blockers outside clinical trials, a decision fruitlessly challenged in court.⁹ Around the same time, the European Society for Child and Adolescent Psychiatry (ESCAP) issued a scientific commentary, the *ESCAP-Statement*¹⁰, expressing serious concerns about puberty blockers. The statement referred to “an urgent need for safeguarding clinical, scientific, and ethical standards.” Meanwhile, other countries are rolling back their approach to puberty blockers. Finland¹¹, Sweden¹², and Denmark¹³ have imposed limitations on hormone treatments. In other countries, such as France¹⁴, Norway¹⁵, and Australia¹⁶, professional organizations and health institutes have issued warnings and recommendations.

-
- 7 See for an overview: J. Block, ‘Gender dysphoria in young people is rising – and so is professional disagreement’, *The British Medical Journal* 2023;380:p382.
 - 8 “The Cass Review, Independent Review of Gender Identity Services to Children and Young People: Final Report”, April 2024; see chapter 14 in particular.
 - 9 July 29 2024, [2024] EWHC 1936 (Admin), under nr. 210.
 - 10 “ESCAP statement on the care for children and adolescents with gender dysphoria: an urgent need for safeguarding clinical, scientific, and ethical standards”, *European Child & Adolescent Psychiatry* (2024) 33:2011–2016.
 - 11 *Alaikäisten sukupuoli-identiteetin variaatioihin liittyvän dysforian lääketieteelliset hoitomenetelmät* 2020, p. 9 (see <https://palveluvalikoima.fi/sukupuolidysforia-alaikaiset>).
 - 12 Swedish National Board of Health and Welfare, “Care of children and adolescents with gender dysphoria”, December 2022 (<https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/kunskapsstod/2023-1-8330.pdf>)
 - 13 M.V. Hansen e.a., ‘Sundhedsfaglige tilbud til børn og unge med kønsuhbehag’, *Ugeskrift for Læger*, 2023;185:V11220740.
 - 14 On 25 February 2022 (<https://www.academie-medecine.fr/la-medecine-face-a-la-trans-identite-de-genre-chez-les-enfants-et-les-adolescents/?lang=en>).
 - 15 *Pasientsikkerhet for barn og unge med kjønnsinkongruens*, 9 March 2023, (<https://ukom.no/rapporter/pasientsikkerhet-for-barn-og-unge-med-kjønnsinkongruens/sammendrag>).
 - 16 “After considering that advice, I have asked the NHMRC to undertake a comprehensive review of the Australian Standards of Care and Treatment Guidelines for Trans and Gender Diverse Children and Adolescents in Australia, and to develop new national guidelines.” From: <https://www.health.gov.au/ministers/the-hon-mark-butler-mp/media/health-care-for-trans-and-gender-diverse-australian-children-and-adolescents>. Queensland in particular: “Published Tuesday, 28 January, 2025 at 10:53 AM, Minister for Health and Ambulance Services The Honourable Tim Nicholls, Independent Review into puberty blockers; Issues with Cairns Sexual Health Service raise concerns about paediatric gender therapies State-wide; Broader review of the evidence for hormone therapy treatment for paediatric gender services to be undertaken; Immediate pause of hormone therapy for public patients under the age of 18” <https://statements.qld.gov.au/statements/101903>.

Given the societal importance of the topic, relatively little has been published in Dutch legal scholarship¹⁷. Proper medical care can save young individuals from the profound distress of living in a body they perceive as incongruous with their identity. Yet, medical transitions are largely irreversible. Cross-sex hormones have permanent effects. While breast reconstruction is possible to some extent, it is cosmetic rather than functional, and removed genitalia cannot be restored. If such procedures are undertaken without adequate justification, the resulting harm constitutes a profound derailing of a young life due to medically unwarranted interventions.

This issue is now manifesting itself in the legal domain. In The Netherlands, the first cases are underway. Maarten, who transitioned at 16 to become a woman, stated in *HP/De Tijd*: “The transition destroyed my life.”¹⁸ Maarten has engaged legal counsel to hold the hospital accountable for a misdiagnosis. Similarly, a young woman who transitioned to male and later detransitioned has initiated legal proceedings against the same clinic, claiming that transitioning was not a solution to her underlying issues. According to *EenVandaag*, this individual, together with another detransitioner, is holding the hospital liable for its alleged diagnostic failures.¹⁹

A key legal issue will be the interpretation of the standard of care—a concept defined by open-ended norms. In principle, medical protocols play a significant role in shaping this standard, applying across civil, disciplinary, and criminal legal contexts. However, their authority may be contested. Legal scholarship and case law suggest that courts consider medical protocols as a reference point only if they meet certain criteria: they must be evidence-based, have limited ethical implications and be established through a proper procedural process. This paper examines whether the *Dutch Protocol* meets these criteria, ultimately arguing that strong indications suggest it does not.

There is more to say on this topic than can be addressed here. For example, issues such as the compatibility with regulations on medicinal products for

17 It is our impression this is true for Europe more generally (the US may be different), but we have not done systematic comparative research.

18 J. Kuitenbrouwer & R. van der Zee, ‘De transitie heeft mijn leven verwoest’, *HP/De Tijd* 31 October 2022.

19 <https://eenvandaag.avrotros.nl/item/sam-stelt-genderkliniek-aansprakelijk-voor-verkeerde-diagnose-in-transitie-gaan-was-niet-de-oplossing-voor-mijn-problemen/>: “Together with another person in a similar situation—who transitioned from female to male but later detransitioned – he is seeking to hold the hospital liable for an incorrect diagnosis.”

human use^{20, 21} the competence of minors and the fundamental rights of the child²², remain unaddressed.

Due to the sensitivity of the subject, criticisms can easily appear harsh or unpleasant. This is decidedly not the intent of this piece. The authors are fully aware of the immense complexity of providing care to minors with gender dysphoria and by no means question the intentions of those currently delivering this care. The best possible care for minors with gender dysphoria is our shared goal. We invite those who may disagree with us to respond and engage in the scientific dialogue.

Section 2 provides the factual context by discussing the closure of the UK's Tavistock gender clinic, the dilemmas surrounding children and puberty blockers, and the content and historical development of the *Dutch Protocol*. Section 3 is the core of this article; it evaluates whether the *Dutch Protocol* meets the aforementioned criteria for incorporation into the standard of care. Section 4 presents the conclusions and some final thoughts.

2. Further Context of Transgender Care for Children

2.1. The Closure of the UK Gender Clinic Tavistock and the Cass Review

Keira Bell, a British girl, experienced gender dysphoria during her childhood. She sought treatment at the Tavistock Clinic, the then world's largest gender clinic specializing in transgender care for minors. Tavistock, which based its practices on the *Dutch Protocol*, prescribed Keira puberty blockers at the age of 16, followed by a double mastectomy. Six years later, Keira regretted these interventions, realising that gender reassignment surgery had not addressed her underlying issues. By then, the treatment's effects were permanent, leaving her with a disfigured body and permanent male characteristics.

20 See Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use. This Directive and accompanying regulations form the basis for national medicines legislation in all EU member states, including the Dutch Medicines Act.

21 This theme is covered in: J.L. Smeehuijzen en J. Smids, "Toediening van puberteitsremmers aan minderjarigen met genderdysforie en de Geneesmiddelenwet", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2024 (48), p. 6.

22 See in T.C. Klijnsmit-Leertouwer, 'Het belang van het kind bij medische genderbehandeling', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2024, (1), p. 67.

Keira Bell initiated civil proceedings against Tavistock, alleging that the clinic had failed to adequately investigate the root causes of her mental health struggles and had prescribed puberty blockers prematurely. She prevailed at first instance, with the court ruling that minors under the age of 16 cannot, by definition, give informed consent for such significant interventions.²³ On appeal the ruling was overturned, with the appellate court determining that decisions regarding informed consent should rest with the treating physician on a case-by-case basis, thereby averting a categorical ban on puberty blockers.²⁴

The controversies surrounding Tavistock persisted, fueled by whistle-blowers and critical reports from the English Healthcare Inspectorate. In response, the National Health Service (NHS) commissioned an independent investigation led by Dr. Hilary Cass, a former president of the Royal College of Paediatrics and Child Health. The resulting interim Cass Review, published in February 2022²⁵, identified significant systemic issues: a lack of medical consensus on the nature and treatment of gender dysphoria, insufficient open dialogue among practitioners, inadequate time for thorough evaluations due to surging demand, insufficient understanding of the evolving patient population, and poor data collection, leading to a lack of insight into the long-term effects of treatments.

Although the 2022 Cass Review was an interim publication, its findings were sufficiently grave to necessitate immediate action. By July 2022, the NHS ordered the cessation of operations at Tavistock. In April 2024, the final Cass Review was published, incorporating eight systematic reviews conducted by the University of York. Key findings and recommendations included a “disappointing” lack of evidence regarding the long-term impacts of early hormone use²⁶, and a recommendation that medical interventions, such as puberty blockers, be offered exclusively within the framework of a research study with longitudinal follow-up into adulthood²⁷. This recommendation has been implemented. On 11 December 2024, the Department of Health and Social Care stated: “Existing emergency measures banning the sale and

23 Bell & Anor v The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust [2020] EWHC 3274 (Admin) (01 December 2020).

24 Bell & Anor v The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust [2021] EWCA Civ 1363 (17 September 2021).

25 <https://cass.independent-review.uk/publications/interim-report/>.

26 H. Cass, *Independent review of gender identity services for children and young people: Final report*. 2024, p. 14. <https://cass.independent-review.uk/home/publications/final-report/>

27 Cass 2024, p. 196.

supply of puberty-suppressing hormones will be made indefinite, following official advice from medical experts.”²⁸

The history of Tavistock illustrates that, even within a healthcare system based on the *Dutch Protocol* and operating at the standard of a modern Western country, the treatment of minors with gender dysphoria can go profoundly wrong.²⁹ This does not necessarily imply that similar concerns arise in all countries where care follows the *Dutch Protocol*, as its implementation may vary across healthcare systems. Even so, it remains a critical cautionary tale.

2.2. The Dilemma of Children and Puberty Blockers

What makes this issue so complex? Gender dysphoria can be experienced as an almost intolerable state of being. The desire to escape this state can be so overwhelming that the decision to transition may hardly feel like a choice. The imperative becomes to align the body with the gender the individual identifies with, as failure to do so can significantly diminish quality of life.

That these are profound interventions is an understatement. For legal judgment, it is essential to grasp a concrete picture of what the medical transition entails. In the transition from female to male, the observable outcomes in daily life are often convincing. Under the influence of testosterone, the voice deepens, and male-pattern hair growth develops. Breasts are commonly removed. It is a misconception that transgender individuals are always visibly recognisable; after transitioning, trans men generally appear indistinguishable from other men. Similarly, trans women may also present convincingly as women, although certain male characteristics often remain visible, which can be a source of distress. Not all individuals opt for gender-affirming genital surgery (bottom surgery), and some limit interventions to the upper body (top surgery). For instance, trans men may only undergo mastectomy, while trans women may choose breast augmentation.

In terms of genital surgery, trans men have two primary options: metoidioplasty and phalloplasty. Metoidioplasty involves creating a small penis, which may be insufficient for penetration but generally allows for orgasm. Phalloplasty, on the other hand, involves the construction of a larger penis

28 See press release Department of Health and Social Care, 11 December 2024, (<https://www.gov.uk/government/news/ban-on-puberty-blockers-to-be-made-indefinite-on-experts-advice>).

29 On the demise of Tavistock, see at length the book by H. Barnes, *Time to think. The inside story of the collapse of the Tavistock's gender service for children*, London: Swift Press 2023. An informative resource is also the podcast ‘The Tavistock: inside the gender clinic’.

using skin from areas such as the forearm or thigh, or a combination thereof. While phalloplasty produces a larger organ, the extent to which orgasm via penetration is achievable remains uncertain. For trans women, vaginoplasty involves the removal of the testes and erectile tissue, with the glans and associated nerves reshaped into a clitoris. A vaginal cavity is then created between the anus and urethra, enabling intercourse and typically preserving the ability to achieve orgasm due to nerve retention.³⁰

The outcome of this procedure is not without drawbacks, including: (i) Fertility: The ability to conceive naturally is often compromised. Fertility preservation through egg or sperm freezing is an option but carries various complications and no guarantees of success.³¹ (ii) Sexual Functioning: The reconstructed sex organs may have functional limitations, leading to challenges in sexual satisfaction.³² (iii) Medical Complications: Due to the complexity of the surgical techniques, patients may face serious complications and lifelong dependence on medical care.³³ (iv) Social Challenges: The potential to be recognized as a transgender person during physical intimacy can be distressing, particularly when seeking romantic relationships³⁴. Individuals who limit themselves to top surgery may avoid some of these challenges but retain the genitals of the undesired sex, which can bring its own psychological difficulties.

Despite these rather existential challenges, the individual undergoing transition should, in principle, experience greater overall well-being than they would have without it. Indeed, numerous testimonies describe the

30 For example, the Amsterdam UMC website has patient leaflets describing the different techniques in more detail <https://www.amsterdamumc.nl/nl/genderdysforie/patienteninformatie/vagina-en-vulvoplastiek-complicaties.htm> and <https://www.vumc.nl/web/file?uuid=b3cf31c5-6aa7-48f9-bd50-702d6b63f5b6&owner=-5ec2d559-9d3f-4285-8cbd-140abc921b69&contentid=2906&search=phalloplastiek>.

31 See, for example, T. Stolk et al, "Desire for children and fertility preservation in transgender and gender-diverse people: A systematic review", *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 87, March 2023, 102312.

32 See, for example, E. Fraiman et al, "Phalloplasty and metoidioplasty: a systematic review of sensation, orgasm, and penetrative intercourse", *Current Sex Health Reports* 2023, 15, pp. 58-76 and S.E.R. Horbach et al, "Outcome of vaginoplasty in male-to-female transgender persons: a systematic review of surgical techniques", *The Journal of Sexual Medicine*, 2015, 12(6), pp. 1499-1512.

33 For examples, see the aforementioned patient leaflets on the various techniques.

34 That trans people can be severely affected by this is widely bookended. A single example is Brandpunt+: "We are fetishised but not seen as fully human", (np03.nl/brandpunt-plus/transphobia-at-dating). Furthermore, from a large study (N=958): "Across a sample of heterosexual, lesbian, gay, bisexual, queer, and trans individuals, 87.5% indicated that they would not consider dating a trans person", K.L. Blair & R.A. Hoskin, 'Transgender exclusion from the world of dating: Patterns of acceptance and rejection of hypothetical trans dating partners as a function of sexual and gender identity', *Journal of Social and Personal Relationships* 2019, 36(7), pp. 2074-2095.

effects of transition as life-saving and significantly enhancing quality of life. However, such positive outcomes require a sustained conviction that continuing to live in one's assigned body would be intolerable. Moreover, gender dysphoria must be the primary psychological issue impairing the individual's well-being. The difficulty lies in the fact that the long-term persistence of gender dysphoria is far more uncertain in minors than in adults. Children are in a continuous state of development, their self-concept remains fluid, and their life experience is limited. As a result, it is difficult to determine whether gender dysphoria will persist over time and whether it is truly the root cause of their psychological distress.

This does not take away the fact that children can experience gender dysphoria as acutely as adults. Puberty, in particular, is a critical and distressing phase, as the physical traits of the undesired sex become increasingly prominent. It may seem logical, therefore, to halt puberty through puberty blockers. The rationale is that this intervention provides time for the individual to reach a mature decision, while delaying undesired physical changes that would otherwise require reversal. If the patient changes their mind, the treatment can be discontinued, allowing normal pubertal development to resume.

However, this approach assumes that puberty blockers function as a neutral pause mechanism, facilitating a well-considered decision while posing minimal health risks. There is growing debate about whether this assumption holds true. Before delving into this discussion (in Section 3.2.I), it is necessary to provide a more detailed account of what the *Dutch Protocol* entails with regard to puberty blockers.

2.3. What Exactly is the *Dutch Protocol*, and How Has It Changed Over Time?

The term Dutch Protocol is used in different ways. In the media and in everyday language, it typically refers to the administration of puberty blockers to children with gender dysphoria. For a professional definition, the term often references a seminal article published in 2006³⁵, in which the authors describe a treatment approach developed over time, particularly within the gender clinic at the Vrije Universiteit in Amsterdam (this clinic

35 H.A. Delemarre-Van De Waal & P.T. Cohen-Kettenis, "Clinical management of gender identity disorder in adolescents: A protocol on psychological and paediatric endocrinology aspects", *European Journal of Endocrinology*, Supplement, 2006.

is now part of the Amsterdam UMC).³⁶ The first formal version of the *Dutch Protocol* was introduced in 2018 with the publication of the Quality Standard³⁷ for Transgender Care – Somatic³⁸, which currently serves as the official Dutch guideline for this type of care (when speaking of the *Dutch Protocol*, we refer to this Quality Standard).

The approach developed by the Amsterdam clinic initially gained international traction and was widely adopted.³⁹ Over the years, the population treated under the *Dutch Protocol* not only grew and changed in nature, but the *Dutch Protocol* itself also underwent modifications. One of the initial requirements for the administration of puberty blockers was that candidates must have experienced lifelong severe gender dysphoria.⁴⁰ The updated guideline no longer requires gender dysphoria to have emerged before puberty (childhood-onset). Instead, it stipulates that gender incongruence must have increased or emerged at the onset of puberty (adolescent-onset). As a result, even children whose gender dysphoria becomes apparent only at the start of puberty may be eligible for hormonal blockers, often at an early stage of puberty.

This shift as such is significant, but it is all the more relevant because the considerable rise in applications over the past decade primarily stems from this latter group.⁴¹ Historically, clinical experience suggested that childhood-onset gender dysphoria persisting beyond the initial stages of puberty was typically enduring, forming a key rationale for the use of puberty blockers⁴². In contrast, very little is known about the natural trajectory of

36 On that development, see at length: Alex Bakker, *The Dutch Approach: Fifty years of transgender health care at the VU Amsterdam gender clinic*, Boom, 2021.

37 In the Dutch context, “quality standard” is an encompassing term, under which both guidelines (which broadly speaking provide evidence-based treatment recommendations) and care standards (which are more focused on describing and prescribing the process of care provision) fall. The Quality Standard for Transgender Care predominantly has the character of a guideline.

38 https://richtlijnendatabase.nl/gerelateerde_documenten/f/19927/Kwaliteitsstandaard%20Transgenderzorg_Somatisch.pdf

39 A. Bakker, *The Dutch Approach: Fifty years of transgender health care at the VU Amsterdam gender clinic*, Den Haag: Boom, 2021.

40 H.A. Delemarre-Van De Waal & P.T. Cohen-Kettenis, “Clinical management of gender identity disorder in adolescents: A protocol on psychological and paediatric endocrinology aspects”, *European Journal of Endocrinology*, Supplement, 2006.

41 Arnoldussen et al, “Demographics and gender-related measures in younger and older adolescents presenting to a gender service”, *European Child Adolescent Psychiatry*, 2022.

42 H.A. Delemarre-Van De Waal & P.T. Cohen-Kettenis, “Clinical management of gender identity disorder in adolescents: A protocol on psychological and paediatric endocrinology aspects”, *European Journal of Endocrinology*, Supplement, 2006, 155(1). For critical analysis of this assumption, see: A. Byrne, ‘Another Myth of Persistence?’ *Arch Sex Behav* 53, 3705–3709 (2024). <https://doi.org/10.1007/s10508-024-03005-1>.

adolescent-onset gender dysphoria. Furthermore, there is limited understanding of how this form of dysphoria might evolve with psychological support or the treatment of co-occurring mental health challenges.⁴³

Finally, a note on terminology: the *Dutch Protocol* refers to “the adolescent” when discussing the administration of puberty blockers. This term, which suggests a stage close to adulthood, may be misleading. The protocol recommends initiating puberty blockers at Tanner stage M2 or G2⁴⁴, a developmental phase that typically occurs between the ages of 9 and 14, with girls generally reaching it earlier than boys.⁴⁵ As the Convention on the Rights of the Child covers all persons under 18, the term ‘child’ is both legally and conceptually more fitting and will be used hereafter.

3. Should the Dutch Protocol Be Guiding in the Interpretation of the Standard of Care?

3.1. Introduction: The Role of Protocols in Interpreting the Standard of Care

When determining whether the treatment of a gender-dysphoric child was lawful, the central question is whether the standard of care was breached. This standard is defined as: “*acting with due care in accordance with the insights of medical science and the experience of a reasonably competent physician in the same medical category, under similar circumstances, and employing means that are reasonably proportionate to the specific purpose of the treatment.*”⁴⁶ In interpreting this open-ended norm, medical protocols play a crucial role.⁴⁷ Medical protocols are primarily developed by professional medical associations and increasingly under the direction or supervision of the Dutch National Health Care Institute (Zorginstituut Nederland, ZiN). The ZiN has established an assessment framework outlining the requirements for the standards to be developed.⁴⁸

43 R. Kaltiala-Heino et al, “Gender dysphoria in adolescence: current perspectives”, *Adolescent Health Medical Therapy* 2018, March 2, 9(3), p. 1-41; and K.J. Zucker, “Adolescents with Gender Dysphoria: Reflections on Some Contemporary Clinical and Research Issues”, *Archives of Sex Behaviour* 2019 October, 48(7) p. 1983-1992.

44 *Dutch Protocol*, p. 23(b), third bullet point: “Tanner stage M2 or G2”.

45 Compare, for example: R. Borkus et al, “When are early puberty traits abnormal?”, *General Practitioner Law* 2023, 66, 46-49.

46 HR 9 November 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*).

47 See at length: J. Legemaate, “Posities van richtlijnen onder de nieuwe wet”, *NTvG* 2014, p. 585-587.

48 H.J.J. Leenen et al, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 74.

In legal proceedings, the authority of medical protocols like other forms of societal regulation is rarely challenged. When a professional association or a comparable expert body, through a well-structured process, arrives at a reasoned determination of what constitutes technically appropriate medical practice in a given context, courts are generally not in a position to ‘second-guess’ these judgments. Moreover, plaintiffs rarely contest the authority of medical protocols, as they typically lack the necessary informational capacity to do so.

Nevertheless, the fact that an individual litigant rarely challenges a medical protocol, does not relieve a court of its obligation to form an opinion about the protocol if its authority is indeed questioned. Unlike laws, whose authority is inherent, protocols are merely forms of social regulation. Legal scholarship and case law indicate that a court should only treat medical protocols as guiding if they meet three specific criteria⁴⁹: (i) the standard is evidence-based, (ii) it is not of an ethical nature, and (iii) it was established through a properly designed process. If a protocol does not satisfy these criteria, its influence as a guiding framework for interpreting the professional standard of care is greatly reduced or entirely lost.

A straightforward yet illustrative example of this principle is the *Code of Conduct for Ballooning*, a form of societal regulation that permits balloonists to land on private property. However, this provision contravenes property law, meaning that the balloonist still acts unlawfully by landing on private land.⁵⁰ Thus, the authority of a protocol is not automatic or absolute.

The following analysis evaluates whether the *Dutch Protocol* satisfies the aforementioned three criteria.

49 See, for example, J.J.E. Everdingen et al. *Handbook of evidence-based guideline development. A Guide for Practice*, Houten: Baan Stafleu Van Loghum 2014, par. 2.3 and 4.5.3; “guidelines are meaningful to the court if they have been ‘carefully crafted’ and the guideline is ‘scientifically substantiated’”. More explicit on the distinction between medical-scientific issues (which lend themselves to protocols by the profession) and medical-ethical issues (which do not lend themselves to protocols by the profession) is H.J.J. Leenen et al, *Handboek Gezondheidsrecht*, The Hague: Boom juridisch 2020, p. 65: “In such matters, law and ethics are at stake and it is ultimately society that decides”. For a broader discussion, see C.O. Hoekstra, “Maatschappelijke normvorming en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: een gezichtspunten catalogus”, *WPNR* 2023, vol. 7419. Hoekstra observes that for societal regulation to influence the content of open private law norms, its normative weight must remain limited.

50 *Rechtbank Midden-Nederland* 13 February 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:514, para 2.6. Other examples include *Rechtbank Amsterdam* 17 March 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP8088 (*GVB Protocol*), where the protocol that stipulated limited availability of camera footage was set aside for the sake of truth-telling by a victim of violence; and *Rechtbank Amsterdam*, 7 March 2012, ECLI:NL:RB:AMS:2012:BV9330 (*Leidraad voor de Journalistiek*), where the journalistic protocol that prohibited the display of a suspect’s name was set aside for the sake of freedom of expression.

3.2 (i) The Standard Should Be Evidence-Based

Courts will only grant authority to a medical protocol if it is evidence-based. Historically, until the 1980s, guidelines were primarily “consensus-based”, leading to personal and implicit interpretations sometimes prevailing over validated recommendations. Over time, the need for more robust, evidence-backed guidelines became apparent.⁵¹ Today, an extensive international system exists for assessing scientific evidence to establish protocols, with systematic reviews playing a central role.

In response to the growing demand for transgender care, multiple systematic reviews have been conducted to assess the scientific evidence on puberty blockers and cross-sex hormones. Across the board, the evidence base for the *Dutch Protocol* is considered to be insufficient.

The most comprehensive study is the 232-page Cass Review, published in April 2024. The Cass Review is a research report on gender care for young people under the age of 18, commissioned by the English NHS (National Health Service). The Review is based on a series of systematic reviews – 8 in total. As regards puberty blockers, the core of the *Dutch Protocol*, the Review identifies the “Intended benefits” and the “Risks”.

The benefits according to the Review are very limited. About the most important intended benefit, “buying time”, the Review concludes that the “data suggest that puberty blockers are not buying time to think, given that the vast majority of those who start puberty suppression continue to masculinising/feminising hormones.”⁵² The percentage of minors who proceed to irreversible cross-sex hormones after puberty blockers appears to be well over 90%. This finding feeds into the fear that puberty blockers effectively lock children into a trajectory towards transitioning.

There is insufficient evidence for other intended benefits as well. This applies to reducing gender dysphoria/improving body satisfaction⁵³, enhancing psychological and mental health⁵⁴, and increasing the likelihood that individuals assigned female at birth can “pass” as male later in life⁵⁵ (individuals assigned female at birth can still masculinize effectively after puberty under the influence of male hormones). The only context in which puberty suppression is seen to provide a benefit, albeit within a narrow time

51 See, with further sources, J.J.E. Everdingen et al, *Handbook of evidence-based guideline development. A Guide for Practice*, Houten: Baan Stafleu Van Loghum 2014, para 2.3.

52 Par. 14.23 – 14.25.

53 Par. 14.26.

54 Par. 14.27 – 14.29.

55 Par. 14.30 – 14.32.

frame, is for individuals assigned male at birth with gender dysphoria, who find it difficult to be “passing” in adult life after transitioning.⁵⁶

Regarding the risks: the Review notes that it is impossible to determine whether the natural development of sexual and gender identity is permanently altered by puberty suppression.⁵⁷ A key concern arising from this is that puberty suppression significantly reduces the likelihood of outgrowing gender dysphoria. Concerning the impact on the child’s neurocognitive development, the Cass Review observes that brain development may be temporarily or permanently disrupted, which could have a substantial effect on the ability to make high-risk decisions.⁵⁸ Puberty suppression may also have long-term neuropsychological consequences.⁵⁹ Furthermore, multiple studies show that bone density deteriorates.⁶⁰ Since puberty suppression was never intended for long-term use, there remains significant uncertainty about its long-term effects, such as on metabolic health and weight.⁶¹

The Review concludes that indications for puberty blockers remain unproven. Only for birth-registered males, a minority in the current population, there is a very narrow indication at the start of a medical transition pathway in order to stop irreversible pubertal changes.⁶²

Another important source is the *ESCAP-statement*. In their article titled: “On the care for children and adolescents with gender dysphoria: an urgent need for safeguarding clinical, scientific and ethical standards”⁶³, the European Society for Child and Adolescent Psychiatry calls upon healthcare providers not to offer care that is “experimental,” “unnecessarily invasive,” or has “unproven psychosocial effects.” The central message emphasizes upholding the “do no harm’ principle”; medical intervention must prioritize avoiding harm.

As regards national reviews, in 2022, the Swedish Board of Health and Welfare conducted a systematic review and concluded: “*The risks of puberty-suppressing treatment with GnRH analogues and gender-affirming hormonal treatment currently outweigh the possible benefits. This judgment is based mainly on three factors: the continued lack of reliable scientific evidence concerning the efficacy and safety of both treatments, the new knowledge that detransition occurs among*

56 Par. 14.57.

57 Par. 14.36 – 14.37.

58 Par. 14.38 – 14.40.

59 Par. 14.43.

60 Par. 14.38 – 14.40.

61 Par. 14.45.

62 Par. 14.58.

63 *European Child & Adolescent Psychiatry* (2024) 33:2011–2016.

young adults, and the uncertainty surrounding the unexplained increase in the number of care seekers, particularly among adolescents registered as female at birth.”⁶⁴ From Finland’s updated guidelines for treating minors with gender dysphoria, based on a prior systematic review: “In light of existing evidence, gender reassignment of minors is an experimental treatment.”⁶⁵

Although some countries, such as Norway and France, have yet to conduct systematic reviews, they have acted based on the combination of rapidly increasing demand and insufficient scientific evidence. In March 2023, Norway’s Healthcare Investigation Board (UKOM) recommended that the Minister of Health revise existing guidelines based on an evidence review. UKOM further advised defining puberty blockers and hormonal or surgical gender-affirming treatments for minors as experimental.⁶⁶ Similarly, in February 2022, the French Académie Nationale de Médecine called for “the greatest caution” in the use of puberty blockers or cross-sex hormones. The academy cited concerns over side effects, including growth impact, bone fragility, infertility risks, emotional and intellectual consequences, and symptoms resembling menopause in natal females. The academy recommended extending the psychological support phase whenever possible.⁶⁷

Additionally, critical scientific articles⁶⁸ have challenged the methodology of the two key Dutch studies (2011 and 2014) that continue to be cited as the primary evidence for puberty blockers and cross-sex hormones.⁶⁹⁷⁰ Much of

64 socialstyrelsen.se/globalassets/share-point-dokument/article-catalogue/kunskapss-tod/2022-3-7799.pdf. For a detailed review of these considerations from Sweden, applied to the Dutch context, see: J. Smids, ‘Orthopedagogen kunnen veel betekenen voor genderdiverse jongeren’, *Tijdschrift voor Orthopedagogiek*, 2023, 62(1), p. 58-63. Available at: erasmus-mc.academia.edu/JillesSmids.

65 https://segm.org/Finland_deviates_from_WPATH_prioritizing_psychotherapy_no_surgery_for_minors

66 ukom.no/rapporter/pasientsikkerhet-for-barn-og-unge-med-kjonnsinkongruens/sammendrag; see also Block’s report on Norway for the British Medical Journal: [bmj.com/content/380/bmj.p697](https://www.bmj.com/content/380/bmj.p697).

67 academie-medecine.fr/la-medecine-face-a-la-transidentite-de-genre-chez-les-enfants-et-les-adolescents/?lang=en.

68 See E. Abbruzzese et al, “The Myth of ‘Reliable Research’ in Paediatric Gender Medicine: A critical evaluation of the Dutch Studies - and research that has followed”, *Journal of Sex and Marital Therapy*, published online 2 January 2023; and M. Biggs, “The Dutch Protocol for Juvenile Transsexuals: Origins and Evidence”, *Journal of Sex and Marital Therapy*, published online 19 September 2022.

69 A.L. de Vries et al, “Puberty suppression in adolescents with gender identity disorder: a prospective follow-up study”, *The Journal of Sexual Medicine* 2011, August, 8(8), pp. 2276-83; and A.L. de Vries et al, “Young adult psychological outcome after puberty suppression and gender reassignment”, *Pediatrics* 2014, October, 134(4), pp. 696-704.

70 They therefore occupy a prominent place in all guidelines and discussions (e.g. E. Coleman et al, “Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People”, version 8, *International Journal of Transgender Health* 2022, 23(sup1), S1-S259., p. 65).

the earlier research included in systematic reviews has lost further relevance due to two key factors: (i) it pertains to a period when the patient population was smaller and demographically distinct, particularly regarding the increase in natal females often presenting with co-occurring mental health issues; (ii) it does not account for the significant shift in the *Dutch Protocol*, which no longer requires severe gender dysphoria from early childhood. The looser eligibility criteria mean the current population is less comparable to the original groups studied.⁷¹ Consequently, while the evidence was already of low quality when applied to the original patient population, it is even less compelling for this new cohort.

This gap in evidence is recognized even within Dutch transgender care. Annelou de Vries, a child psychiatrist at Amsterdam UMC's gender clinic and a key figure behind the *Dutch Protocol*, acknowledged this uncertainty in an interview with Dutch newspaper *NRC*⁷². She stated: *"The question now is: is the recent group of referrals, many of whom are natal girls, and some of whom may discover gender dysphoria at puberty, still comparable to that first group?"* The *NRC*-article continues: *"That is why she is now going to study this. In the Amsterdam "archive" of now two thousand patients, unique in the world, she will investigate when their gender-dysphoric feelings started, and how they experienced their follow-up process. By doing so, De Vries hopes to answer the question "whether medical treatment is appropriate for this group too, or whether it carries too many risks, such as regret afterwards"."*

The acknowledgment of an uncertain evidence base by practitioners themselves merits attention. While judicial outcomes remain inherently unpredictable, the ongoing debate casts doubts on whether courts will deem the Dutch Protocol sufficiently evidence-based.

3.3 (ii) The Standard Should Have a Limited Ethical Dimension

The authority of societal regulation in civil proceedings diminishes as the regulation becomes more ethically charged. This is because such authority derives from the specialized knowledge of the drafters, and ethical dimensions, by their nature, fall outside the scope of that expertise. As the Dutch

71 See also the Cass Review, Ch. 5, especially 5.69: "Today's population is different from that for which clinical practice was developed with a higher proportion of birth-registered females presenting in adolescence. They are a heterogenous group with wide-ranging cooccurring conditions, often including complex needs. This needs to be reflected in the services offered by the NHS."

72 M. Sedee, 'There are doubts about puberty test blockers for transgender youth. Is that justified?', *NRC* 27 January 2023.

handbook of health law notes: “Within the profession, opinions differ on ethical issues such as abortion without medical indication, the use of reproductive cells and embryos, and similar matters—just as they differ outside the medical profession. (...) These issues involve law and ethics, and it is ultimately society that decides.”⁷³ In other words, on ethically sensitive issues, professionals lack decision-making authority.

For courts, the question thus becomes whether the *Dutch Protocol* can carry its ethical weight. The early pioneers of transgender care saw no need for broad public debate on the matter. As stated in the book “Half a Century of Transgender Care at the VU”: “It is clear, in any case, that the VU hospital did not aim to spark a public debate on this issue. Rather, care was provided discreetly, without the need for a broader societal discussion akin to those on abortion and euthanasia.”⁷⁴

This approach may have been understandable when transsexuality, as it was then called, was a marginal societal phenomenon primarily involving small numbers of adult men. However, given the profound shift in the demographic composition of the patient population, the contemporary landscape is vastly different. Within the Dutch Protocol, several issues emerge that are difficult to classify as anything other than highly ethically charged. Three examples.

The first concerns scientific uncertainty. There remains significant debate about whether puberty blockers act as a neutral “pause button” or whether they effectively funnel children into transitioning. Almost all children who receive puberty blockers proceed to gender-affirming hormones. For some practitioners in England, this realization was a “holy f****” moment, undermining the idea that blockers simply provide time for deliberation.⁷⁵ As we saw, The Cass-Review raises the same concern.⁷⁶

In contrast, Annelou de Vries, a key figure in Dutch transgender care, expressed a different view in an NRC interview, describing the high percentage as reassuring: “You can also turn it around (...) We look very carefully at who we give puberty blockers to, and those are indeed the young people with a very high probability that it is not a temporary whim. Apparently, we can make that selection well.”

73 Supra, p. 65.

74 Bakker 2020, p. 56.

75 H. Barnes, *Time to think: the inside story of the collapse of the Tavistock's gender service for children*, UK: Swift Press 2023, p. 118.

76 Par. 14.23 – 14.25.

Regardless of which perspective is correct, uncertainty persists. To determine definitively whether puberty blockers inadvertently lead children into transition who might have otherwise naturally resolved their gender dysphoria, we require two key elements: sufficient time, particularly since the less stringent eligibility criteria of the *Dutch Protocol* have only recently been implemented. And a control group of comparable children who did not receive puberty blockers. Neither condition has been met.

This uncertainty presents a profound ethical dilemma: What level of risk is acceptable? How severe is the prospect of children being physically and medically derailed for life due to an intervention for a condition that might otherwise have resolved naturally, possibly with psychotherapy? Is such a scenario a medical nightmare or an acceptable collateral consequence? The drafters of the *Dutch Protocol* appear to consider the risk acceptable. However, critics, such as Flemish doctor and Cebam⁷⁷ director Patrik Vankrunkelsven, argue that “*You are conducting an experiment on children.*”⁷⁸

The second ethical issue involves evaluating the outcomes of transition. In recent years, there has been a shift away from viewing transgender identity as a pathology.⁷⁹ While this shift reduces stigma, it complicates the discourse surrounding transition. Transition requires invasive medical procedures with significant drawbacks, including risks to fertility, sexual function, long-term health, and social acceptance.

If being transgender is framed as a non-pathological and neutral state, it becomes challenging to advocate that children might be better off resolving their gender dysphoria without transitioning. This view suggests that affirming the child’s gender identity is the only appropriate approach. If, conversely, one considers the difficulties and medical limitations in turning a woman’s body into a man’s body and vice versa, the intuition grows that it would still be better for the child if it somehow manages to find peace with the body it was born with.

The *Dutch Protocol* aligns more closely with the first perspective, prioritizing affirming treatment and initiating puberty blockers as the starting

77 The Belgian Centre for Evidence-Based Medicine (<https://www.cebam.be>).

78 <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2023/03/26/puberteitsremmers-en-mannelijke-vrouwelijke-hormonen-wat-jullie/>

79 In 2006, compliance with the ‘Diagnostic and statistic manual of mental disorders-IV-RT criteria for gender disorder’ was still required (H.A. Delemarre-Van De Waal & P.T. Cohen-Kettenis, “Clinical management of gender identity disorder in adolescents: A protocol on psychological and paediatric endocrinology aspects”, *European Journal of Endocrinology*, Supplement, 2006, 155(1)).

point for those experiencing gender dysphoria.⁸⁰ An alternative approach, emphasizing exploratory psychotherapy and avoiding medical intervention wherever possible, would have produced a very different protocol, particularly for the new patient demographics of the past decade.

A manifestation of this idea that medicalisation should be prevented where necessary can be seen, for example, in the *Volkskrant* of 10 May 2023, in an interview with two members of the committee that investigated on the rapid rise in demand for transgender care in the Netherlands⁸¹: “Transgender people are being pushed into a ‘medical-specialist trap’”, researchers warn. “People struggling with their gender identity usually end up at gender clinics in hospitals. These are mainly focused on medical treatment, with hormones and surgery, when there is not always a need for that.” The core of the researchers’ appeal is expanding psychological care.

The third ethical concern relates to a child’s capacity to make decisions with profound, lifelong implications. The *Dutch Protocol* requires practitioners to inform children about the potential side effects of puberty blockers, including fertility loss if the adolescent proceeds to hormonal treatment or surgery.⁸² However, these children, often aged nine to fourteen and in psychological distress, may struggle to comprehend such information. Concepts like fertility and the implications of medical decisions often remain far beyond their developmental horizon. What loyalty, if any, does a child feel toward their future self? How should the right to an open future be weighed in such cases?⁸³ These unresolved questions underscore the ethical complexity of ascribing competence to children for decisions of this magnitude.

In conclusion, the *Dutch Protocol* is replete with medical-ethical choices, raising significant questions about its suitability as a guiding framework.

3.4 (iii) The Standard Should Be Created Through a Properly Designed Process

A properly designed process is a fundamental quality requirement for developing any standard. In the Netherlands, clinical guidelines must adhere to the *Richtlijn voor Richtlijnen* – “Guideline for Guidelines” –, which provides

80 See *Dutch Protocol*, p. 22.

81 Interview by E. de Visser and K. Bouma with E. Das and C. Verhaak, “Transgender personen worden een ‘medisch-specialistische fuik’ in geduwd, waarschuwen onderzoekers”.

82 *Dutch Protocol* p. 23, 2e enumeration under a.

83 S.C.J. Jorgensen, N. Athéa & C. Masson, ‘Puberty Suppression for Pediatric Gender Dysphoria and the Child’s Right to an Open Future.’ *Arch Sex Behav* 2024, 53, 1941–1956.

specific procedural and methodological requirements.⁸⁴ Section 10 of the Guideline for Guidelines stipulates that a systematic review of the scientific literature must underpin the guideline. Section 11 further requires that the relationship between the recommendations and the underlying scientific evidence be explicitly described. These are not peripheral requirements but core principles of the Guideline for Guidelines.

The *Dutch Protocol* fails to meet these fundamental criteria. It is not based on a systematic review of the literature, a serious shortcoming made more significant by the findings from three countries with strong medical-scientific research traditions which conducted systematic reviews and found the evidence insufficient (see Section 3.2(i)). The second requirement, explicit linkage between recommendations and the underlying scientific evidence, is not met either.

The Guideline for Guidelines permits exceptions to the requirement for systematic reviews only when recommendations pertain exclusively to the “organization of care.” The introduction to the *Dutch Protocol* includes the statement: “*This standard is mainly limited to the organization of care.*” But the *Dutch Protocol* contains numerous treatment recommendations and is far from being limited to the organization of care. For instance, it advises that: “*Adolescents who meet the diagnostic criteria for gender incongruence, have entered puberty, and seek treatment should initially receive treatment to suppress puberty or their own hormones.*”⁸⁶ Moreover, the Protocol devotes 23 pages to the “Treatments” module compared to only seven pages for the “Organization of Care” module, underscoring its focus on clinical interventions rather than merely organizational aspects. The claim that the standard is limited to the organization of care seems to have served to justify deviation from the Guideline for Guideline’s core obligations. But it is unlikely to hold in court.

Secondly, the *Dutch Protocol* was developed by the Kennisinstituut Federatie Medisch Specialisten⁸⁷. Typically, such guidelines are drafted by a working group tasked with developing the content, followed by limited review by signatory profes-

84 *Richtlijn voor richtlijnen*, Regieraad Kwaliteit van Zorg, Revised version, The Hague, March 2012. The Guideline for Guidelines can be used as a checklist to assess whether the requirements of careful guideline development have been met (J.J.E. Everdingen et al, *Handboek Handboek evidence based richtlijnontwik-*

keling. Een Leidraad voor de praktijk, Houten: Baan Stafleu Van Loghum 2014, para 3.2.3). See also the “Medische specialistische richtlijnen 3.0”, Federatie Medisch Specialisten, September 2022; this is a substantively identical directive.

85

86 *Dutch Protocol*, p. 22.

87 Knowledge Institute of the Federation of Medical Specialists.

sional organizations. In this case, the working group comprised 12 members from diverse backgrounds: two members represented Transvisie ('Transvisie', a patient organization for transgender individuals). Five members were (or are) affiliated with the gender clinic at Amsterdam UMC. The chairperson was from ZonMw. The remaining four members were affiliated with NIP, University Medical Centre Groningen, NVPC, NVvP, and NHG.⁸⁸

We do not know exactly how the decision-making within this group took place. Something can be inferred from what Transvisie has published on its website. One of Transvisie's aims is to ensure that the psychologist "does not work as a gatekeeper but as a supporter during the process". However, this desire has not yet been fully realised, the website says: 'Fortunately, Transvisie has also achieved many improvements in the negotiations. For instance, many conditions for treatments are now formulated as advice rather than a requirement, mastectomy [that is a double mastectomy - the authors] is now unambiguously possible for young people under 18 (...). The psychologist's space during intake is delineated in a number of ways. Thus, from now on, he will adopt previous conclusions of other practitioners as a starting point.'⁸⁹

Drafting the Dutch Protocol, as with all guidelines, was a matter of finding the right balance. From the perspective of transgender individuals, thresholds can easily, and understandably, be perceived as misplaced paternalism. Transvisie's guiding principle in its consultations with all parties in the field is: "The choice of the transgender person is central". However, that is (exclusively) the perspective of those who are in the certainty of being trans persons. Once that certainty is given, the whole "selection process" is mostly unnecessary, frustrating and needlessly delaying. Only after jumping through a series of hoops is one allowed to act on what one has always known oneself. Thus, Transvisie's interest in lowering the thresholds, and its satisfaction with the negotiation result on this point (and the desire to relax the rules even further)⁹⁰, is understandable.

The problem is that in advance, that certainty is not a given for everyone. There are children with gender dysphoria that does not fade away, but there

88 Dutch Protocol, p. 22.

89 <https://transvisie.nl/er-is-een-nederlandse-standaard-voor-somatische-transgenderzorg/>.

90 "Transvisie has been heavily involved in the making of this standard and is happy that it is finally here. (...) But more is needed. Transvisie would particularly like to see the role of the psychologist further delineated (...)." (<https://transvisie.nl/er-is-een-nederlandse-standaard-voor-somatische-transgenderzorg/>).

are also large numbers of children in whom it does.⁹¹ The latter group is served by a very serious test; by the highest possible form of protection. The selection process that is a frustrating obstacle for some, saves others from lifelong, severe medical harm.

There is a natural tension between the two – legitimate – interests. That being the case, it is unfortunate that one group is represented by two members within the working group and apparently has had significant influence, while the other group has remained completely voiceless. Incidentally, getting that second group to the table would not be easy either.⁹² These are people who have left an undoubtedly dark period behind them and who therefore lack the motive to get involved in the issue; they lack “activist energy”. Moreover, it is still too early for their existence; we are talking about the 2018 version of the Dutch Protocol. In the end, the importance of this group will probably be articulated most succinctly, possibly in court, by the detransitioners, to whom the harm has already materialized.

Thirdly, patient advocacy groups can and should provide input into medical standards⁹³, particularly regarding care pathways and patient experiences. However, the aspects of treatment and diagnostics that require an evidence-based foundation must remain under the purview of medical professionals operating with full professional autonomy. The negotiation of key provisions by Transvision, such as allowing mastectomies for minors, is not unproblematic in this context. When interest groups influence treatment recommendations that require an evidence base, it can hardly be surprising if it subsequently turns out that the evidence base is lacking; some of the drafters were not speaking from a scientific but from a policy-agenda.

The development process of the *Dutch Protocol* exhibits serious flaws. It fails to meet the core requirements of the Guideline for Guidelines and raises significant concerns regarding the composition of the working group, the influence of advocacy groups, and the lack of medical-professional autonomy. These shortcomings call into question the Protocol’s authority as a guiding standard in clinical practice and court proceedings.

91 See, for example, W.C. Hembree e.a., ‘Endocrine Treatment of Gender-Dysphoric/Gender-Incongruent Persons: An Endocrine Society Clinical Practice Guideline’, *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, Volume 102, Issue 11, 1 November 2017, pp. 3869-3903. And, again, in the group with adolescent onset, it is not even known what the natural course of their gender dysphoria would be without medical intervention.

92 Point 2 of the Richtlijn voor Richtlijnen states that the initiator of the guideline should approach the primarily affected patients/clients’ organisations. The likelihood of this group ever forming a patient/client organisation is low.

93 Paragraph 6 of the Richtlijn voor Richtlijnen states: “The patient/client perspective is part of the guideline.”

4. Concluding Remarks

In the Netherlands, the care of children with gender dysphoria is guided by the *Dutch Protocol*. Normally, medical protocols play a central role in interpreting the medical-professional standard of care. For a protocol to serve as a guiding standard, it must meet three key criteria: (i) it must be evidence-based, (ii) it should have limited medical-ethical content, and (iii) it must have been created through a properly designed process. This article has argued that it is highly questionable whether the first criterion is met and that the second and third criteria are not fulfilled. Consequently, courts should not rely on the *Dutch Protocol* as a guiding standard.

That being said, it cannot, as a rule, be expected of individual practitioners to deviate from the *Dutch Protocol* in their daily practice. Protocols are, in principle, binding for them.⁹⁴ However, practitioners are expected to stay informed by reading the relevant professional literature. For example, the risk analysis presented in the Cass Review constitutes essential reading, as does the ESCAP statement. Additionally, a segment of healthcare providers also functions as researchers and is thus familiar with the current state of the debate. There is a limit to the defence that one is simply following protocol.

Yet the primary responsibility lies with healthcare institutions and professional associations. These bodies are expected to conduct their own systematic reviews and perform an analysis of the expected benefits and risks within the shortest possible timeframe. It is conceivable that the series of (international) systematic reviews and the risk analysis contained in the Cass Review, already provide sufficient grounds for intervention in current practices.⁹⁵

This need not entail a complete cessation of puberty suppression. Administration under specific conditions remains a possibility. For instance, Sweden now permits puberty blockers only in exceptional cases, requiring persistent gender dysphoria from early childhood.⁹⁶ Similarly, as we saw, the NHS allows administration within the framework of clinical trials.

On a final note: this article questions the legal status of the *Dutch Protocol*. It does not seek to prescribe an alternative framework for care. Such an approach would be beyond the scope of a legal analysis. Decisions

94 Hoge Raad, 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377 (*Protocol*).

95 The conclusions of the Cass Report cannot simply be applied to the Netherlands without scrutiny, as transgender healthcare is inherently context-dependent and varies across different countries.

96 The National Board of Health and Welfare, 2022, "Care of children and adolescents with gender dysphoria", see p. 83-85. Unofficial translation via <https://segm.org/Swedish-2022-trans-guidelines-youth-experimental>.

on medical treatment fall within the expertise of healthcare providers. It is nonetheless important to acknowledge that discussions on alternatives to puberty suppression are beginning to take shape.⁹⁷ This is a good thing, for the following reasons.

(i) As a general rule of ethical care, the least invasive treatment should be preferred. Exploratory psychotherapy is less invasive than puberty suppression. It does not carry significant risks; (ii) Particularly among the new population, the stability of transgender identity remains uncertain. This uncertainty necessitates exploration and psychosocial support while adolescent identity development is carefully monitored. (iii) Various psychotherapeutic methodologies have demonstrated their efficacy in addressing comorbid conditions such as depression and anxiety disorders. Unlike puberty suppression, psychotherapy builds upon well-established treatment frameworks, providing a solid foundation for further innovation. (iv) These therapeutic approaches may also help alleviate the distress associated with gender dysphoria, thereby creating more space for exploration. However, as the Cass Review notes, “there has been a failure to systematically consider how psychosocial interventions should be used and to research their efficacy.”⁹⁸ Further research is therefore necessary.

To avoid any misunderstandings, contemporary approaches to psychotherapy bear no relation to conversion therapy.⁹⁹ They are fundamentally ethically neutral with respect to the outcome of the therapy and do not seek to align gender identity with birth sex. The aim of ethically responsible psychotherapy is to engage with the young person in a neutral and open manner to thoroughly explore their (gender) identity development, thereby enabling them to gain a deeper understanding of the possible origins of their desire to transition and ultimately make more informed decisions.

97 J. Smids, P. Vankrunkelsven, ‘Uncertainties around the current gender care: five problems with the clinical lesson ‘Youth with gender incongruence’’. *Nederlands Tijdschrift Voor Geneeskunde*. 2023 Nov;167:D7941.

98 Cass review, par. 11.35.

99 R. d’Angelo, ‘Supporting autonomy in young people with gender dysphoria: psychotherapy is not conversion therapy’, *Journal of Medical Ethics* 2025;51:3-9.

8. Euthanasie en dementie: de medisch-professionele standaard en het Standpunt Beslissingen rondom het levenseinde van de KNMG¹

1 Dit hoofdstuk ligt momenteel ter beoordeling voor bij de redactie van *ArsAequi* als: C.O. Hoekstra & J.L. Smeehuijzen, 'Euthanasie en dementie: de medisch-professionele standaard en het Standpunt Beslissingen rondom het levenseinde van de KNMG'.

1. Inleiding

Opzettelijke levensbeëindiging door een derde is naar haar aard een controverseel onderwerp. In Nederland heeft de wetgever een poortwachtersfunctie aan artsen gedelegeerd om aan de hand van een zestal criteria vast te stellen of tot euthanasie overgegaan kan worden. Die criteria zijn neergelegd in art. 2 lid 1 sub a tot en met f van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (hierna: “Wtl”).

In 2023 verscheen de meest recente evaluatie van deze wet (“Vierde evaluatie van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding”, hierna: “de Vierde evaluatie”).¹ Het doel hiervan is te onderzoeken hoe de Wtl in de praktijk functioneert. Daarnaast is onderzocht welke juridische, maatschappelijke en medische ontwikkelingen zich hebben voorgedaan zodat huidige en toekomstige pijnpunten geïdentificeerd kunnen worden. Twee van die problemen blijken het bestaan te zijn van tegenstrijdige normen in verschillende reguleringsinstrumenten² en tegenstrijdige normen die worden toegepast door verschillende fora met rechtsmacht inzake euthanasie³. In deze bijdrage bespreken wij een specifieke tegenstrijdigheid, te weten die betreffende de eisen aan de arts-patiënt communicatie in geval van euthanasie bij gevorderde dementie.

Patiënten met (ver-)gevorderde dementie zijn in toenemende mate niet meer in staat om de gevolgen van hun eigen handelen te overzien. Zij worden geleidelijk aan wilsonbekwaam ten aanzien van verschillende terreinen. Indien zij niet meer wilsbekwaam zijn ten aanzien van hun euthanasieverzoek zijn zij daarmee in juridische zin in beginsel niet meer in staat over het eigen sterven te beschikken. Naar Nederlands recht is het desondanks wel mogelijk om euthanasie te verlenen aan patiënten die lijden aan dementie die wilsonbekwaam zijn geworden ten aanzien van hun euthanasieverzoek. Daarvoor is krachtens art. 2 lid 1 Wtl onder meer vereist dat door de patiënt

1 A. van der Heide e.a., *Vierde evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*, Den Haag 2023: ZonMW.

2 Van der Heide e.a. 2023, p. 49.

3 Van der Heide e.a. 2023, p. 59.

een schriftelijke wilsverklaring over de voorgenomen euthanasie is opgesteld toen de patiënt in kwestie nog wel wilsbekwaam was.⁴

Het verrichten van euthanasie is krachtens art. 293 Sr in beginsel strafbaar. Pas als een arts aan de zorgvuldigheidseisen uit art. 2 lid 1 Wtl voldoet en zijn handelen meldt aan de gemeentelijke lijkschouwer, geldt de eveneens in art. 293 Sr neergelegde bijzondere strafuitsluitingsgrond. Een arts die aan de stervenswens van een van zijn patiënten tegemoetkomt riskeert daarmee dus strafrechtelijke vervolging omdat hij niet op voorhand weet of hij heeft voldaan aan de zorgvuldigheidseisen.

Ter ondersteuning van artsen publiceert artsenfederatie de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering van de Geneeskunst (hierna: “KNMG”) protocollen, richtlijnen en standpunten. Deze vormen van maatschappelijke regulering⁵ bevatten veldnormen voor artsen. Deze bevatten veel concretere handelingsinstructies dan de wet.⁶ Voor het thema euthanasie heeft de KNMG ook veldnormen gemaakt. Dit zijn onder andere het “KNMG-Standpunt: Beslissingen rondom het levenseinde”⁷ (hierna: “het Standpunt”) en de “Richtlijn uitvoering euthanasie en hulp bij zelfdoding” (hierna: “de Richtlijn”).⁸ De Richtlijn bevat veelal medisch-technische normen die betrekking hebben op de zorgvuldige uitvoering van de euthanasie.⁹ In het Standpunt normeert de KNMG handelingen die betrekking hebben op de vraag *wanneer* tot euthanasie overgegaan mag worden.

4 De andere vereisen uit art. 2 lid 1 Wtl zijn dat de arts: de overtuiging heeft gekregen dat sprake was van uitzichtloos en ondraaglijk lijden (sub b); de patiënt heeft voorgelicht over de situatie waarin deze zich bevond en over diens vooruitzichten (sub c); met de patiënt tot de overtuiging is gekomen dat er voor de situatie waarin deze zich bevond geen redelijke andere oplossing was (sub d); ten minste één andere onafhankelijke arts heeft geraadpleegd, die de patiënt heeft gezien en schriftelijk zijn oordeel heeft gegeven over de zorgvuldigheidseisen, bedoeld in a tot en met d (sub e); en de levensbeëindiging of hulp bij zelfdoding medisch zorgvuldig heeft uitgevoerd.

5 Ontleend aan: A.J. Akkermans, ‘Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen’, *NTBR* 2011, 72, p. 510 e.v.

6 Zie hierover nader J. Legemaate, Posities van richtlijnen onder de nieuwe wet, *NTvG* 2014, p. 585 – 587 en J.J.E. Everdingen e.a. *Handboek evidence based richtlijnontwikkeling. Een Leidraad voor de praktijk*, Houten: Baan Stafleu Van Loghum 2014.

7 KNMG, *KNMG-Standpunt Beslissingen rondom het levenseinde*, 18 november 2021. Te raadplegen via: <https://knmg-standpunt.maglr.com/knmg-standpunt-levenseinde/standpunt-levenseinde>.

8 KNMG & KNMP, *KNMG/KNMP Richtlijn uitvoering euthanasie en hulp bij zelfdoding*, september 2021. Te raadplegen via: <https://www.knmg.nl/download/knmg-knmp-richtlijn-uitvoering-euthanasie-en-hulp-bij-zelfdoding>.

9 Denk bijvoorbeeld aan de vaststelling welke bewustzijnsverlagers (coma-inductoren) gebruikt kunnen worden of de vraag hoe een infuusnaald ingebracht moet worden. KNMG 2021b, p. 17-18.

Zo bevat het Standpunt een apart hoofdstuk met normen over euthanasie bij dementerenden. In deze bijdrage staat de spanning tussen een van de bepalingen uit het Standpunt en de rechtspraak van de Hoge Raad centraal.

2. Het probleem: de norm uit het Standpunt is strenger dan de norm van de Hoge Raad

De norm uit het Standpunt waar deze bijdrage over gaat, vormt een vertaling van de derde wettelijke zorgvuldigheidseis (neergelegd in art. 2 lid 1 sub c Wtl) naar de medische praktijk. Art. 2 lid 1 sub c Wtl eist van een arts dat hij een patiënt voorlicht over diens huidige situatie en medische vooruitzichten. Dat is een vrij algemene, abstract geformuleerde aanwijzing. Het is typisch het soort open norm waar bij de concretisering ervan veldnormen behulpzaam kunnen zijn. Het Standpunt concretiseert de norm aldus: *“Ook al is een patiënt door vergevorderde dementie wilsonbekwaam geworden, het uitgangspunt blijft dat de arts zich inspant om met de patiënt te communiceren.”*¹⁰ Even verderop wordt dit uitgangspunt nader geëxpliciteerd. Het blijkt dat de arts zich moet blijven inspannen om “betekenisvol te communiceren”, en wel over: i) het voornemen om euthanasie te verrichten; ii) het moment waarop dat gebeurt; en iii) de feitelijke uitvoering daarvan. In het Standpunt wordt ook bepaald wanneer de inspanningsverplichting van de arts komt te vervallen: *“Alleen als communicatie met de patiënt onmogelijk is omdat het voor de patiënt zeer nadelig is om over euthanasie te communiceren, bijvoorbeeld omdat dit hevige agitatie of hevige onrust veroorzaakt, mag de arts besluiten om hiervan af te zien”*.¹¹ Pas als communicatie voor de patiënt “zeer nadelig” is, mag dus van inspanningen tot communicatie worden afgezien.

Het geval wil echter dat ook de Hoge Raad zich (in 2020) heeft uitgesproken over de verplichting van de arts tot communicatie in geval van euthanasie bij dementie in het kader van art. 2 lid 1 sub c Wtl. Zijn concretisering van de norm wijkt af van die in het Standpunt (uit 2021). De Hoge Raad overwoog in het zogenoemde Koffie-euthanasie-arrest: *“Daarnaast brengt [de eis neergelegd in art. 2 lid 1 sub c Wtl over de voorlichting van de arts aan de patiënt over diens vooruitzichten] mee dat de arts, binnen de beperkingen die het onvermijdelijke gevolg zijn van de toestand van de patiënt en tenzij duidelijk is dat die beperkingen meebrengen dat dit onmogelijk is, zich inspant*

10 KNMG 2021a, p. 42.

11 KNMG 2021a, p. 43.

om betekenisvol te communiceren met de patiënt over zijn situatie en vooruitzichten, in het bijzonder ook in verband met de hiervoor besproken eisen onder a en b¹².”¹³ De Hoge Raad verwijst in deze rechtsoverweging naar de Parlementaire Geschiedenis van de Wtl. Uit die verwijzing blijkt dat arts en patiënt moeten blijven communiceren om aan het zorgvuldigheidsvereiste uit art. 2 lid 1 sub c Wtl te voldoen, tenzij betekenisvolle communicatie “onmogelijk” is: *“Voorlichting aan de patiënt is slechts mogelijk voor zover de communicatie met de patiënt die nog toelaat”*.¹⁴

Het verschil tussen het Standpunt en het Koffie-euthanasie-arrest is wezenlijk. Volgens het Standpunt moet de arts zich blijven inspannen om te communiceren zolang dat voor de patiënt niet zeer nadelig is. Volgens de Hoge Raad gaat het erom of de arts nog betekenisvolle communicatie met de patiënt kan hebben. De door het Standpunt gestelde norm stelt aan het verlenen van euthanasie feitelijk een zwaardere eis dan de norm van de Hoge Raad. Want inspanningen om te communiceren, ondernomen door bekwame artsen, zijn niet snel “zeer nadelig” voor de patiënt. In de grote meerderheid van de gevallen zal het stadium waarin betekenisvolle communicatie niet meer mogelijk is – doordat de geestelijke vermogens van de patiënt te zeer zijn aangetast –, eerder bereikt worden dan het moment waarop de communicatie “zeer nadelig” is voor de patiënt. Het is ook heel goed mogelijk dat die communicatie überhaupt nooit “zeer nadelig” wordt voor de patiënt, omdat de cognitieve vermogens zijn verdwenen om de woorden te begrijpen die een heftige emotionele reactie zouden kunnen veroorzaken. Bij diepe dementie begrijpt de patiënt gewoon helemaal niet meer waar het gesprek over gaat. Er komt dan volgens het Standpunt ook geen moment waarop de inspanningsverplichting tot communicatie ophoudt. De facto zou dan nooit euthanasie kunnen plaatsvinden. De arts handelt dan in strijd met het Standpunt door het toch te doen.

De Rechtbank Amsterdam overwoog in de zaak die uitmondde in het Koffie-euthanasie-arrest: *“Het is de rechtbank bekend dat in de medische wereld richtlijnen zijn opgesteld over het medisch handelen bij euthanasie waarin het standpunt wordt ingenomen dat de behandelend arts ook bij wilsonbekwamen nog wel moet proberen het standpunt van de patiënt over diens actuele euthanasiewens*

12 Art. 2 lid 1 sub a Wtl: “De [arts] overtuiging heeft gekregen dat er sprake was van een vrijwillig en weloverwogen verzoek van de patiënt” en art. 2 lid 1 sub b Wtl: “[De arts] de overtuiging heeft gekregen dat er sprake was van uitzichtloos en ondraaglijk lijden van de patiënt”.

13 Hoge Raad 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, NJ 2020, 428, m.nt. P. Mevis, r.o. 4.7.2.

14 *Kamerstukken II* 2000/01, 26 691, nr. 24, p. 6-7; *Kamerstukken I* 2000/01, 26 691, nr. 137b, p. 52.

te verifiëren. Dat standpunt is echter, zoals blijkt uit de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis, strenger dan de wet. Wellicht verdient het vanuit een oogpunt van medische zorgvuldigheid aanbeveling zelfs met een persoon die daar de portee absoluut niet meer van kan inzien, te spreken over de actualiteit van zijn of haar, zoals in dit geval, jaren geleden aangegeven en sedertdien regelmatig geactualiseerde stervenswens. De rechtbank vermag de noodzaak daarvan echter niet in te zien, laat staan dat daartoe een juridische plicht bestaat.”¹⁵

De laatste woorden van deze overweging staan in deze bijdrage centraal. Wat is, gegeven het verschil tussen het Standpunt en het Koffie-euthanasie-arrest, de juridische plicht van de arts op dit punt? Dat is een belangrijke vraag, niet alleen omdat het altijd belangrijk is duidelijkheid over het geldende recht te hebben. Die duidelijkheid is bij euthanasie in het bijzonder gewenst, omdat bij normschending straf- of tuchtrechtelijke vervolging dreigt. Straf- of tuchtrechtelijke vervolging is voor de beroepsbeoefenaar die te goeder trouw zijn vak uitoefent, bijzonder bezwarend.¹⁶ Als niet valt te voorspellen of zijn handelen conform de norm is, kan de arts uit angst voor vervolging afzien van het verlenen van euthanasie.¹⁷ Daarmee dreigt de doelstelling van de Wtl – de mogelijkheid van euthanasie voor mensen die uitzichtloos en ondraaglijk lijden – ondergraven te worden. Hierbij komt dat, zoals wij eerder opmerkten, het probleem van onverenigbaarheid van de verschillende reguleringsinstrumenten bij euthanasie vaker voorkomt. Het denken over het onderhavige probleem kan leerzaam zijn voor die andere gevallen.

¹⁵ Rechtbank Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, r.o. 5.3.2.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld: Y. Alhafaji, B. Frederiks & J. Legemaate, 'Ervaringen van klagers en aangeklaagde artsen

met het tuchtrecht', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2009 (13) 3, p. 18 en B.S. Laarman, R.J. Bouwman, A.J. de Veer AJ, e.a., 'How do doctors in the Netherlands perceive the impact of disciplinary procedures and disclosure of disciplinary measures on their professional practice, health and career opportunities? A questionnaire among medical doctors who received a disciplinary measure' *BMJ Open* 2019;9:e023576. doi: 10.1136/bmjopen-2018-023576.

¹⁷ M. Adams, J. Griffiths, & H. Weyers, *Euthanasia and law in Europe: With special reference to the Netherlands and Belgium*. Londen: Hart Publishing 2008, p. 147 e.v. en E. Pans, 'De Hoge Raad en de onzekere arts', *NJB* 2003/17, p. 870.

3. Voor welk forum doet het probleem zich voor? Voor de strafrechter, een toetsingscommissie, de medische tucht- of de civiele rechter?

Bij het bepalen van de geldende norm is het van belang in ogenschouw te nemen binnen welke context het handelen van de arts beoordeeld zal worden. Er zijn maar liefst vier mogelijke fora. Ten eerste wordt de zorgvuldigheid van elke euthanasie altijd getoetst door een Regionale toetsingscommissie euthanasie (RTE), bestaande uit een arts, een jurist en een ethicus. De RTE beoordeelt aan de hand van de zes criteria uit art. 2 lid 1 Wtl of een arts voldoende zorgvuldig heeft gehandeld in de aanloop naar en de daadwerkelijke uitvoering van euthanasie. De toetsing door de RTE gebeurt altijd (en is in die zin dus geen 'optie'). Ten tweede is er de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolging. Wanneer het Openbaar Ministerie (bijvoorbeeld aan de hand van de bevindingen van een RTE) strafbaar handelen vermoedt, kan de arts ook voor de strafrechter gedaagd worden. Ten derde is het mogelijk dat zijn handelen wordt beoordeeld door de tuchtrechter. Elke euthanasiemelding die wordt beoordeeld als 'niet (geheel) conform de zorgvuldigheidseisen' moet door de RTE naar zowel het Openbaar Ministerie als de Inspectie voor Gezondheidszorg en Jeugd doorgestuurd worden. De Inspectie kan een tuchtprocedure beginnen. Ten slotte is in theorie ook toetsing in een civiele procedure voorstelbaar.

Dit is ogenschijnlijk nogal veel van het goede; maar liefst vier mogelijke procedures naar aanleiding van één euthanasie. In de praktijk wordt de soep niet zo heet gegeten als hij wordt opgediend. Met de Wtl heeft de wetgever beoogd euthanasie zo veel mogelijk op afstand van het strafrecht te plaatsen en de toetsing bij de RTE's onder te brengen.¹⁸ Zo gaat het in de praktijk ook. De overgrote meerderheid van de gevallen wordt uitsluitend door een toetsingscommissie beoordeeld. Dat daarnaast een straf – of tuchtrechtelijke vervolging plaatsvindt, is zeldzaam.¹⁹ Ook de combinatie van euthanasie en civielrechtelijke vorderingen ziet men heel weinig, waarschijnlijk doordat euthanasie vrijwel nooit schade in civielrechtelijke zin veroorzaakt.

18 E. Pans, *Normatieve grondslagen van het Nederlandse euthanasierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 126 e.v.

19 Er wordt over euthanasie ook nauwelijks straf- of tuchtrechtspraak gepubliceerd. Gegeven de maatschappelijke relevantie van het onderwerp is de redelijke verwachting dat rechtspraak die er wel zou zijn, gepubliceerd zou worden.

Dat geldt voor euthanasie in het algemeen. Maar nu het onderwerp van deze bijdrage: bij welk forum zou het verschil tussen het Standpunt en het Koffie-euthanasie-arrest een serieus dilemma opleveren?

Voor de strafrechter doet zich wat betreft de toepasselijke norm naar ons oordeel eigenlijk geen serieus dilemma voor. Het legaliteitsbeginsel²⁰ dicteert dat voor het handelen van een verdachte geen zwaardere norm kan gelden dan de strafrechtelijke. In het Koffie-euthanasie-arrest is die strafrechtelijke norm neergelegd. De norm uit het Standpunt is zwaarder dan de norm van de Hoge Raad. Met die constatering is de rol van het Standpunt in strafrechtelijke zin uitgespeeld.

Hetzelfde geldt voor de RTE's, maar via een wat andere redenering. Wat betreft de door de RTE toegepaste norm staat in het voorwoord van de EuthanasieCode 2022: *“Bij deze uitleg baseren de RTE zich, behalve op de wet, ook op de normen die worden gedestilleerd uit de oordelen die [zij/wij?] de afgelopen 20 jaar hebben uitgesproken in individuele meldingen van euthanasie, alsmede op de rechtspraak.”* Voor de RTE is dus leidend de rechtspraak en zijn eigen eerdere oordelen; niet KNMG-richtlijnen (dat is in het verleden ook wel gebleken²¹). De hier geciteerde benadering van de RTE strookt met zijn opdracht, die immers is te toetsen aan de wettelijke zorgvuldigheidseisen.²² Het gaat, gegeven die opdracht, niet aan een arts te beoordelen naar een maatstaf die niet in de wet niet staat.

Dan resteren de tucht- en de civiele rechter. Gegeven de uiteenlopende doelstellingen van het tuchtrecht (verbetering van de kwaliteit van de beroepsuitoefening) en het aansprakelijkheidsrecht (de schade te laten landen waar zij thuishoort) wordt aangenomen dat er verschil bestaat tussen de tucht- en civielrechtelijke norm waaraan het handelen van een arts getoetst wordt.²³ De eerste tuchtrechtelijke norm is dat een arts handelt in overeenstemming met de zorg die van hem verwacht mag worden ten opzichte van zijn patiënten en hun familie en ten opzichte van zorgbehoevenden en hun familie (art. 47 lid 1 sub a Wet BIG). De tweede tuchtrechtelijke norm is dat de arts moet handelen

20 Zie over het legaliteitsbeginsel onder andere: J. de Hulu en P.H.P.H.M.C van Kempen, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 95 e.v.

21 Zie hiertoe de vastgestelde tegenstrijdigheden in Van der Heide e.a. 2023, p. 49 en p. 59 en Raad Hoge Raad 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, NJ 2020, 428, m.nt. P. Mevis (*Koffie-euthanasie*) waarin de Hoge Raad de verificatie van de stervenswens (door de KNMG voorgeschreven) niet tot het beoordelingskader van de arts rekent en de RTE's en CTE dit dus ook niet doen.

22 Van der Heide e.a. 2023, p. 47-50.

23 W.F. Hendriksen & L.H. Rammeloo, 'Tuchtrecht en civiel recht: gescheiden systemen', *WPNR* 2008/6778, p. 956.

in overeenstemming met hetgeen een behoorlijk beroepsbeoefenaar betaamt (art. 47 lid 1 sub b Wet BIG). De civielrechtelijke norm is die van de redelijk bekwaam en redelijk handelend arts.²⁴

In de praktijk komen de tuchtrechtelijke en de civielrechtelijke norm erg dicht bij elkaar.²⁵ Niet voor niets wordt vaak een tuchtrechtelijke veroordeling gezocht om ten grondslag te leggen aan een civiele vordering. De Hoge Raad heeft ook bepaald dat de civiele rechter zijn eventuele afwijking van het tuchtrechtelijke oordeel moet motiveren.²⁶ Dat had hij niet gedaan als de tuchtnorm fundamenteel anders was geweest dan de civiele. Belangrijk voor het thema van deze bijdrage is bovendien dat zowel de civiele- als de tuchtrechter in de regel grote betekenis toekennen aan medische protocollen – waarover straks nader.

In het licht van die praktische gelijkheid van de medische tucht- en civiele normen en de vergelijkbare omgang met medische protocollen door de civiele- en de tuchtrechter worden zij in deze bijdrage niet apart behandeld. Er zal worden gesproken over de ‘medisch-professionele standaard’, die hier in praktische zin wordt geacht voor het civiele- en tuchtrecht *grosso modo* dezelfde te zijn en waaraan het handelen van een arts in de praktijk wordt getoetst.²⁷ Voorts is het zo dat een tuchtrechtelijke beoordeling van het handelen van de arts in het kader van euthanasie veel reëler is dan een civielrechtelijke. Dat laatste komt, als gezegd, niet of nauwelijks voor. Om die redenen zal het betoog zich concentreren op de beoordeling door de tuchtrechter.

24 Hoge Raad 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ* 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*).

25 H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 634; U. Uhlenbroek & M. Mooibroek, ‘De betekenis van een tuchtrechtelijk oordeel voor de beroepsaansprakelijkheid overschat? Jurisprudentieonderzoek toegespitst op de beroepen van advocaat, arts, notaris en accountant’, *AV&S* 2013, p. 217-225; S.N.P. Wiznitzer, ‘Defensieve geneeskunde: een juridisch-empirisch perspectief’, *Recht der Werkelijkheid* 2021 (42) 3 doi: 10.5553/RdW/1380642420210420030022021, p. 43.

26 Hoge Raad, 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, *NJ* 2006, 377 m.nt. H.J. Snijders & F.C.B. van Wijmen, r.o. 3.4.

27 Leenen e.a. 2020, p. 72. Zie voor een verschil in de toerekening van de gedraging tussen het medisch tuchtrecht en het civiele recht: H.J.J. Leenen, ‘Het schuldbegrip in civiel recht, tuchtrecht en strafrecht’, *NTvG* 1986/130, nr. 18, p. 840-841.

4. De medische tuchtrechter en de betekenis van wet en protocollen

Normaal gesproken zijn zowel de wet als medische protocollen bepalende rechtsbronnen voor de medische tuchtrechter. Wat betreft de wet vloeit dat voort uit de eenvoudige constatering dat handelen in strijd met de wet moeilijk conform de medisch-professionele standaard kan zijn. Wat betreft medische protocollen is daarvoor de rechtvaardiging dat protocollen geacht moeten worden een geconcentreerde verwoording van de ‘beste kennis’ uit de beroepsgroep te zijn, en de individuele tuchtrechter zelden in de positie is het beter te weten dan die geconcentreerde kennis.

Maar nu is dus het punt dat wet en kennis uit de beroepsgroep inhoudelijk verschillen; de eis om te blijven communiceren zolang dit de patiënt niet schaadt (het protocol), gaat verder dan te communiceren zolang betekenisvolle communicatie mogelijk is (de wet zoals uitgelegd door de Hoge Raad). Het gezag van de wet behoeft geen betoog. Het gezag van protocollen kan wel ter discussie staan.

Het gezag van wetten vloeit voort uit hun democratische legitimatie. Protocollen hebben die automatische legitimatie niet. Zij moeten, willen zij gezag hebben, voldoen aan specifieke criteria.²⁸ Over die criteria is meer te zeggen dan het bestek van dit artikel toelaat.²⁹ Te noemen zijn hier dat protocollen: (i) in een fatsoenlijk proces tot stand zijn gebracht, (ii) aan minimumvereisten van rationaliteit voldoen³⁰, (iii) *evidence-based* zijn, (iv) een beperkte ethisch lading hebben, (v) niet in strijd zijn met de wet. Wordt aan een van deze vereisten niet voldaan, dan heeft het betreffende protocol geen of (sterk) verminderd gezag.

Naar onze mening zijn in het onderhavige twee van deze aspecten problematisch, te weten de rationaliteit van de regel en de verhouding met de wet. Beide punten worden hierna besproken.

28 Zie daartoe voor wat betreft het algemene aansprakelijkheidsrecht bijvoorbeeld: C.O. Hoekstra, ‘Maatschappelijke normvorming en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: Een gezichtspuntencatalogus’, *WPNR* 2023/7419, p. 539-552. Zie in meer algemene zin: Akkermans 2011.

29 Zie bijvoorbeeld: J.J.E. van Everdingen e.a. *Handboek evidence-based richtlijnontwikkeling. Een leidraad voor de praktijk*, Houten: Baan Stafleu Van Loghum 2014, par. 2.3 en 4.5.3; de richtlijnen zijn voor de rechter van betekenis als ze ‘zorgvuldig tot stand zijn gekomen’ en de richtlijn ‘wetenschappelijk is onderbouwd’.

30 Zie over dit aspect: A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen, ‘Private normstelling: criteria voor toepassing in de rechtszaal’, *RegelMaat* 2009, 24(4).

5. Aan de ratio van de litigieuze norm in het Standpunt van de KNMG kleven gebreken

Naar onze mening laat de rationaliteit van de norm uit het Standpunt van de KNMG te wensen over.

De KNMG beoogt met de regel uit het Standpunt een arts te verplichten om te blijven communiceren met een wilsonbekwame, (diep)demente patiënt over diens voorgenomen levenseinde, geformuleerd toen de patiënt in kwestie nog wél wilsbekwaam was. De bedoeling hiervan is dat de uitvoerend arts zo kan verifiëren of de doodswens nog bestaat en met name ook om mogelijkerwijs bestaande “contra-indicaties”³¹ te identificeren bij de dementiepatiënt. Daarmee doelt de KNMG op uitlatingen of gedragingen van de patiënt die strijdig zijn met diens schriftelijke euthanasiewens.³² Als voorbeeld noemt de KNMG: “(...) *gedragingen waaruit blijkt dat de patiënt de wil heeft om te leven, of waaruit blijkt dat de patiënt tevreden is met zijn huidige situatie, ook al heeft hij in zijn schriftelijke euthanasieverzoek aangegeven dat hij niet in deze situatie wil verkeren.*”³³

Deze norm lijkt op het eerste gezicht logisch. Door de pogingen tot communicatie altijd voort te zetten zolang zij de patiënt niet schaden, lijkt men een doemscenario te voorkomen, namelijk dat bij de patiënt die niet wil sterven, tóch euthanasie wordt verricht. Deze begrijpelijke gedachte miskent echter het wezenlijke feit dat de patiënt in kwestie zijn vermogen tot wilsvorming verloren heeft. Door te eisen dat een arts blijft proberen te communiceren met een patiënt met als doel om “contra-indicaties” te identificeren zoals “de wil van een patiënt om te leven”³⁴, gaat de KNMG voorbij aan de gevolgen die wilsonbekwaamheid van een patiënt met zich brengt. In feite ligt aan de regel van de KNMG de premisse ten grondslag dat ergens in het diepste zijn van de patiënt nog een coherent gevormde wil valt te achterhalen. Die premisse is onjuist: het punt is juist dat de patiënt hiertoe niet meer in staat is.

Dit gegeven is ook terug te zien in de regel dat een wilsonbekwame dementiepatiënt niet meer kan beslissen dat hij euthanasie wil als er geen eerder geuite schriftelijke stervenswens is uit de tijd dat hij nog *compos mentis* was. De onmogelijkheid daartoe vindt haar oorsprong in het onver-

31 Contra-indicaties zijn volgens de KNMG: “(...) uitingen en gedragingen van de patiënt die strijdig zijn met het schriftelijk euthanasieverzoek.” KNMG 2021, p. 45.

32 KNMG 2021a, p. 45-46.

33 KNMG 2021a, p. 46.

34 KNMG 2021a, p. 46.

mogen van de dementiepatiënt tot coherente wilsvorming. Niet valt in te zien waarom de wilsonbekwame patiënt wel in staat zou zijn tot de ontwikkeling van een coherente *negatieve stervenswens*. Een arts te verplichten te trachten betekenisvol met een dementiepatiënt te blijven communiceren om zodoende te speuren naar “een wil van de patiënt om te leven”³⁵, is in strijd met de essentie van wilsonbekwaamheid ten aanzien van de euthanasiewens.

Belangrijk daarbij is uiteraard ook dat altijd aan de andere vereisten uit de Wtl voldaan moet zijn, zoals het vereiste van uitzichtloos en ondraaglijk lijden van de patiënt, neergelegd in art. 2 lid 1 sub b Wtl. Dit betekent dat zodra een patiënt gedrag vertoont dat twijfels oproept over of hij nog een stervenswens heeft, dit gedrag in de praktijk vaak ook twijfels oproept over de ondraaglijkheid van zijn lijden, zodat de uitvoering van het euthanasieverzoek ook al op die grond geen doorgang kan vinden. Als, bijvoorbeeld, in de woorden van het Standpunt, er signalen zijn “waaruit blijkt dat de patiënt tevreden is met zijn huidige situatie” dan vindt reeds om die reden geen euthanasie plaats; er is dan geen uitzichtloos en ondraaglijk lijden.

6. De onverenigbaarheid van het Standpunt met de bedoeling van de wetgever

Dan de verhouding tussen het Standpunt en de wet. Op zichzelf kan het stellen van ‘bovenwettelijke eisen’ in een medisch protocol legitiem zijn. Het is immers de opdracht aan de opstellers van een protocol om, naar de stand van de kennis van dat moment, adequaat medisch handelen te beschrijven. Het is voorstelbaar dat daar zwaardere eisen gelden dan in de wet staan, al was het maar door voortschrijdend inzicht of doordat de wet vaak summier is. Maar die bovenwettelijke eisen mogen niet contrair zijn aan de wil van de wetgever. Het moet bij bovenwettelijke eisen zo zijn dat óf de wetgever niet geacht kan worden er een oordeel over te hebben (wat met name bij medisch-technische kwesties vaak zo zal zijn) óf de aanvulling geacht moet worden in lijn met de wil van de wetgever te zijn. Het betreft dan welbeschouwd een kwestie van aanvulling of van uitleg.

De vraag is dus wat de wetgever met codificatie van euthanasieregeling in de Wtl voor ogen heeft gestaan. De wetgever overweegt dat euthanasie en de voorwaarden waaronder dit is toegestaan als neergelegd in de voorg-

35 KNMG 2021a, p. 46.

estelde Wtl al lang maatschappelijk aanvaard zijn en in vaste rechtspraak gebruikt worden bij de beoordeling van het handelen van de uitvoerend arts.³⁶ Toch acht hij het van belang de bestaande rechtspraktijk te codificeren. Redengevend daarvoor is dat de wetgever het zijn taak acht de grenzen aan te geven waarbinnen euthanasie uitgevoerd mag worden. De wetgever motiveert zijn wetgevingsmandaat vervolgens vanuit het perspectief van de arts en het perspectief van de patiënt.³⁷

Wat betreft de arts staat centraal de botsing van (conflicterende) plichten van de behandelend arts en zijn bevoegdheid om daaruit een gerechtvaardigde keuze te maken. Enerzijds heeft hij de plicht het menselijk leven te beschermen. Anderzijds heeft hij de plicht om ondraaglijk en uitzichtloos lijden op dringend verzoek van de patiënt te verlichten.³⁸ Met de codificatie van vaste rechtspraak is het in de Wtl voor de arts mogelijk gemaakt om in bijzondere situaties gehoor te geven aan de plicht om ondraaglijk en uitzichtloos lijden te verlichten (op verzoek van de patiënt) zonder dat deze strafbaar handelt.³⁹ Het gehoor geven aan het beginsel van “barmhartigheid” kan dan ook materieel worden beschouwd als het dragende principe van de Wtl.⁴⁰ De wet faciliteert daarmee in wezen een mogelijkheid voor artsen om in uitzonderlijke situaties gehoor te geven aan hun plicht tot barmhartigheid, zonder strafbaar te handelen.

Naast het belang van de arts staat de wetgever het belang van de patiënt voor ogen: *“Wij beogen met dit wetsvoorstel de grenzen van de toepassing van euthanasie aan te geven, omdat de overheid een effectieve bescherming van het menselijk leven als uitgangspunt neemt en het haar taak is om er zorg voor te dragen dat dit uitgangspunt zo veel mogelijk tot gelding kan komen. Daartegenover staat dat wij de wens van ernstig lijdende mensen om op een voor hen waardige wijze te kunnen sterven willen respecteren. De keuze om daadwerkelijk tot een actieve bekorting van het (laatste deel van het) leven over te gaan behoort echter in de eerste plaats toe aan de persoon om wiens leven het gaat. Dit betekent dat het een overheidsverantwoordelijkheid is de juridische grenzen af te bakenen waarbinnen een verzoek om euthanasie of hulp bij zelfdoding ingewilligd kan worden.”*⁴¹

36 *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26691, nr. 42, p. 2-3; *Kamerstukken I*, 2000-2001, 266991, nr. 137b, p. 6 (MvA).

37 *Kamerstukken I*, 2000-2001, 26691, nr. 137b, p. 7 (MvA).

38 Pans 2006, p. 2.

39 *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26691, nr. 3, p. 7; *Kamerstukken II*, 1998, 26691, nr. 6, p. 65.

40 Pans 2006, p. 215.

41 *Kamerstukken I*, 2000-2001, 26691, nr. 137b, p. 7 (MvA).

De wetgever heeft dus de grenzen willen bepalen waarbinnen de wens van ernstig lijdende mensen om op een waardige wijze te kunnen sterven, kan worden gerespecteerd. De Wtl heeft in die zin een faciliterende rol – zowel ten behoeve van de arts als van de patiënt. Met die rol van de Wtl is onverenigbaar een norm van maatschappelijke regulering die de grenzen versmalt. Dat is, naar wij eerder zagen, wat het Standpunt doet.

Daarmee holt het Standpunt de door de wetgever aan arts en patiënt aangereikte faciliteit uit. Dat is in strijd met de bedoeling van de wetgever. Het is dus de Wtl waaraan de medische tuchtrechter de communicatieverplichting van een arts behoort te toetsen. Voor een conflicterende norm is geen plaats.

Wat, zo merken wij volledigheidshalve op, de KNMG bij het opstellen van het Standpunt heeft gedacht over de verhouding tussen het Standpunt en Wtl, blijkt niet uit het Standpunt en is ons ook anderszins niet gebleken. Het arrest van de Hoge Raad is van 21 april 2020; het Standpunt is van 18 november 2021. Het is mogelijk dat de KNMG zich bevoegd heeft geacht eigen beroepsnormen te stellen in weerwil van de rechtspraak van de Hoge Raad. Het is ook mogelijk dat zij zich er niet van bewust is geweest dat het Standpunt een strengere norm stelt. Het is ook mogelijk dat zij zou bepleiten dat het arrest van de Hoge Raad en het Standpunt niet onverenigbaar zijn, hetgeen ons onjuist lijkt.

7. Conclusie

In deze bijdrage zijn wij ingegaan op de communicatieverplichting van artsen rondom euthanasie bij dementie. Het Standpunt van de KNMG stelt aan de verplichting tot communicatie van de arts zwaardere eisen dan de Wtl. Bepaalt de Wtl, als uitgelegd door de Hoge Raad, de medisch-professionele standaard op dit punt, of het Standpunt van de KNMG?

Wij bezagen de verschillende fora waarvoor zich deze kwestie kan voordoen: strafrechter, toetsingscommissie, tucht- en civiele rechter. Voor de strafrechter staat het legitimiteitsbeginsel eraan in de weg staat dat een zwaardere norm geldt dan de wettelijke. Toetsingscommissies zullen hun eigen Euthanasiecode toepassen en niet het Standpunt. Civielrechtelijk is de vraag om praktische redenen nauwelijks relevant. De tuchtrechter resteert: het is goed voorstelbaar dat hij op enig moment over deze vraag moet beslissen.

Wij bepleiten in dit artikel dat de tuchtrechter de Wtl zoals uitgelegd door de Hoge Raad moet volgen, en niet het Standpunt. Het eerste argument is dat

aan de ratio en uitwerking van de litigieuze norm uit het Standpunt inhoudelijke problemen kleven. Niet valt te bezien waarom een wilsonbekwame dementiepatiënt in staat zou zijn een coherente negatieve stervenswens te vormen. De patiënt is immers door een arts beoordeeld als wilsonbekwaam ten aanzien van zijn euthanasieverzoek. Die premisse verdraagt zich niet met de premisse van coherente wilsvorming door de patiënt ten aanzien van zijn doodswens, of deze nu positief of negatief is.

Het tweede argument is dat de litigieuze norm uit het Standpunt in strijd is met de wil van de wetgever. Dat wetgever heeft beoogd de grenzen aan te geven waarbinnen euthanasie mogelijk is. Binnen die grenzen heeft hij de mogelijkheid van euthanasie willen faciliteren, zowel ten behoeve van de arts als van de patiënt. Het is in strijd met dit doel van de Wtl die grenzen te verengen in een product van maatschappelijke regulering zoals het Standpunt.

Dit argument met betrekking tot de wil van de wetgever heeft ook betekenis voor andere vormen van strijd tussen de Wtl en maatschappelijke regulering – in de inleiding werd een aantal gevallen genoemd. Wij menen dat geen ruimte bestaat voor doorwerking van maatschappelijke regulering in de medisch professionele standaard als die regulering andere grenzen stelt dan de Wtl.

Met de onderhavige publicatie is nog bepaald niet gegeven dat artsen het Standpunt in hun dagelijkse praktijk naast zich neer zullen neerleggen. Protocollen hebben in die praktijk groot gezag; zij worden zelden of nooit door individuele beroepsbeoefenaren inhoudelijk betwist. Artsen voelen zich niet in de positie het ‘beter te weten’ dan het protocol. Zij kunnen een juridische analyse als verricht in dit artikel verricht ook niet maken; zij zullen ervan uitgaan dat richtlijnen van beroepsorganisaties, en zeker ook van de KNMG, legitiem zijn. Er is ook de angst juridisch ter verantwoording te worden geroepen.

Een mogelijk gevolg daarvan is dat bij dementiepatiënten met een schriftelijke euthanasieverklaring geen euthanasie wordt uitgevoerd terwijl de Wtl daartoe wel de ruimte biedt. Wij roepen de KNMG dan ook op om hun Standpunt op dit punt te herzien. De wettelijke norm is dat een arts mag ophouden zich in te spannen om betekenisvol met de patiënt te communiceren in het geval communicatie onmogelijk is geworden vanwege de gevolgen van de ziekte van de patiënt waarbij, uiteraard, sprake moet zijn van ondraaglijk en uitzichtloos lijden. Deze norm volstaat.

9. Conclusie

1. Inleiding

Volgens de doctrine moet zuinig worden omgesprongen met juridische betekenis die toegekend moet worden aan maatschappelijke regulering¹ bij invulling van algemene aansprakelijkheidsrechtelijke open normen. Men erkent weliswaar dat maatschappelijke normvorming relevant kan zijn bij het zoeken naar de invulling van een open norm in een concreet geval, maar tegelijkertijd wordt de relevantie ook daartoe beperkt. Zo moet terughoudend worden omgesprongen met de toekenning van betekenis in algemene zin aan het ‘fenomeen’ maatschappelijke normvorming maar moet ook voorzichtigheid betracht worden bij het toekennen van doorslaggevende betekenis aan een concrete norm uit een maatschappelijk reguleringsinstrument. A-G Valk geeft de heersende leer bij het Meetinstructie-arrest als volgt weer:

“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), respectievelijk een gedragscode voor verzekeraars met het oog op het recht voor eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer voor de verzekerde, waarbij voorop staat dat een inbreuk op dat recht onrechtmatig is behoudens een rechtvaardigingsgrond.”²

De waargenomen doctrinaire terughoudendheid lijkt zijn grondslag in democratisch-rechtsstatelijk denken over regels en legitimiteit van normstellers te vinden.³ De kern van dat democratisch-rechtsstatelijk denken is dat

-
- 1 Bij aanvang van mijn onderzoek gebruikte ik nog de term “private regelgeving.” De term maatschappelijke normvorming is het resultaat van voortschrijdend inzicht. Ik kies er daarom voor die term te gebruiken in deze conclusie, ook waar het bespreking van onderzoeksresultaten betreft die destijds aangeduid werden met andere terminologie. De term is ontleend aan: A.J. Akkermans, ‘Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen’, *NTBR* 2011, 72, p. 510 e.v.
 - 2 Conc. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2018:304, bij: Hoge Raad, 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*), nr. 2.10.
 - 3 Valk verwijst daarbij naar: I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8), Deventer: Kluwer 2007, p. 116; J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****, Deventer: Kluwer 2005, nr. 84.

opstellers van maatschappelijke regulering niet-democratisch gekozen zijn en daarom geen regels kunnen opstellen die derden binden.

Bij aanvang van mijn onderzoek vond ik die terughoudende grondtoon contrasteren met rechtspraak van de Hoge Raad. De Hoge Raad lijkt in een aantal arresten de stap naar doorwerking van een regel uit maatschappelijke normvorming in het algemeen en in het medisch aansprakelijkheidsrecht zonder veel poespas te zetten, althans hij ziet daarvoor zelf geen problemen.

Dat zien we eigenlijk meteen al in het Meetinstructie-arrest, waar de Hoge Raad zelf de Meetinstructie weldegelijk maatgevend acht. Vergelijkbaar zijn het Achmea/R.- en het Trombose-arrest.⁴ Ook in die uitspraken wordt de maatschappelijke betamelijkheidsnorm ingevuld aan de hand van maatschappelijke normvorming. In het Trombose-arrest neemt de Hoge Raad zelfs tot uitgangspunt dat een arts in beginsel een medisch protocol dient te volgen. In geen van deze arresten uit de Hoge Raad democratische legitimiteitszorgen ten aanzien van de normstellers.

De problematisering van maatschappelijke regulering in de doctrine enerzijds en de omarming ervan door de Hoge Raad anderzijds, maakten mij benieuwd naar de feitenrechtspraak. Zowel de doctrine als de rechtspraak van de Hoge Raad hebben een nogal abstract karakter. De feitenrechtspraak kan helpen meer gevoel te krijgen voor de werkelijke dilemma's rondom maatschappelijke regulering en zo de gedachtevorming te concretiseren. Op basis van een eerste analyse van de feitenrechtspraak vormde ik de hypothese dat maatschappelijke normvorming, wanneer voorhanden, in beginsel doorwerkt in de maatschappelijke betamelijkheidsnorm. Om die hypothese te toetsen deed ik empirisch onderzoek naar de feitenrechtspraak.

4 Hoge Raad, 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377 (*Trombose*); Hoge Raad, 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *NJ* 2015/20 m.nt. M.M. Mendel & H.B. Krans, (*Achmea/R.*); en Hoge Raad, 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen.

2. Maatschappelijke normvorming is in de feitenrechtspraak bijzonder invloedrijk

C.O. Hoekstra, 'Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheids-norm: een onderzoek naar de feitenrechtspraak', *AV&S* 2020/38, afl. 6, p. 224-231.

Het eerste gedeelte van mijn onderzoek richtte zich erop om de betekenis die maatschappelijke regulering in de rechtspraktijk wordt toegekend vast te stellen. Om die rol van betekenis te kunnen vaststellen onderscheidde ik in wezen twee factoren. De eerste factor is of de norm uit maatschappelijke regulering doorwerkt of niet. De tweede is, in geval van doorwerking, wat voor gewicht de rechter aan de maatschappelijke norm toekent. Daarnaast heb ik bijgehouden hoe de rechter doorwerking of de afwijzing daarvan motiveert.

Voor mijn onderzoek naar de rol van maatschappelijke regulering in de feitenrechtspraak heb ik op systematische wijze zoveel mogelijk uitspraken geprobeerd te lokaliseren die binnen de reikwijdte van dit onderzoek vallen. Daarna heb ik al deze uitspraken aan dezelfde codering onderworpen om zodoende een representatief beeld van de Nederlandse rechtspraktijk te kunnen poneren. De resultaten daarvan bevestigden mijn hypothese: maatschappelijke regulering is zeer invloedrijk bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm wanneer ze voorhanden is. Uit de conclusie:

“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.”⁵

5 C.O. Hoekstra, 'Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheids-norm: een onderzoek naar de feitenrechtspraak', *AV&S* 2020/38, afl. 6, p. 231.

3. Hoe die discrepantie te verklaren?

C.O. Hoekstra, 'Maatschappelijke regulering als effectief en waardevol rechtsvindingsinstrument', *NJB* 2021/2722, afl. 37, p. 3090-3099.

De onderzoeksresultaten uit het eerste gedeelte van mijn onderzoek zijn niet verenigbaar met de opvatting dat doorwerking slechts aangenomen kan worden in "atypische gevallen": in de overgrote meerderheid van de door mij geanalyseerde rechtspraak werkt maatschappelijke normvorming immers door in de maatschappelijke betamelijkheidsnorm. Die discrepantie geeft aanleiding tot een vervolgvraag. In welk opzicht onderscheidt dan het denken van de feitenrechter zich van de doctrine? Met name doet zich die vraag voor ten aanzien van de legitimiteitszorgen die in de doctrine leven. Om het antwoord op die vraag te geven analyseerde ik de motiveringen uit de feitenrechtspraak. Uit die analyse blijkt dat aan de legitimiteitsproblematiek gelieerde gezichtspunten of omstandigheden nauwelijks doorklinken in de rechtspraktijk. Maar in het algemeen geldt dat de toepassing van maatschappelijke regulering in de rechtspraktijk in de meerderheid van de gevallen niet gemotiveerd wordt. Die toepasselijkheid lijkt door de rechter over het algemeen als een gegeven te worden beschouwd.

Het is goed mogelijk dat het gebrek aan rechterlijke motivering op haar beurt te wijten is aan een non-existent partijdebat, of anders gezegd: aan consensus over toepassing van maatschappelijke regulering tussen procespartijen. Consensus over de toepassing van maatschappelijke regulering duidt op de meer algemene notie dat maatschappelijke regulering een uiterst effectieve en waardevolle bron voor rechtsvinding is.

4. Een gezichtspuntencatalogus

C.O. Hoekstra, 'Maatschappelijke regulering en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: Een gezichtspuntencatalogus', *WPNR* 2023/7419, p. 539-552.

De kale vaststelling dat een discrepantie tussen doctrine en feitenrechtspraak bestaat vormt een onbevredigend eindpunt van mijn studie: de rechter zegt er niets over omdat partijen er niets over zeggen. Deze feitelijke bevinding maakte mij benieuwd naar een mogelijke oorzaak voor dat uitblijven van partijdebat: hoe kan het gezag van maatschappelijke normvorming dan wel geduid worden? Misschien is de verklaring deels praktisch, in die zin dat hun advocaten al dan niet bewust dat gezag eenvoudigweg aanvaarden, maar deels zullen de redenen materieel zijn. Ik heb mij daarom vrij uitvoerig afgevraagd wat nu maakt dat private normen gezag toekomt.

Ik heb hierbij weliswaar de doctrine betrokken, maar mij toch met name de vraag gesteld in het licht van de feitenrechtspraak die ik heb onderzocht, wat de motieven zijn om al dan niet gezag toe te kennen aan enige norm van maatschappelijke regulering. Men zou dat in moderne termen een *bottom-up* benadering kunnen noemen.

Het resultaat van die studie is een gezichtspuntencatalogus aan de hand waarvan het gezag van een concrete norm uit een maatschappelijk reguleringsinstrument vanuit verschillende perspectieven bevraagd kan worden. De gezichtspuntencatalogus beoogt een hoogwaardiger debat tussen partijen te faciliteren en daarmee eveneens rechters te helpen in hun oordeelsvorming. Uit mijn conclusie:

“De verschillende categorieën gezichtspunten die ik onderscheidde zijn: constitutieve gezichtspunten en gezichtspunten met prohibitieve en/of affirmatieve werking. Constitutieve gezichtspunten vormen de grondrechtvaardiging voor het toekennen van juridische betekenis aan maatschappelijke normvorming en vinden hun oorsprong in: de gezaghebbendheid van de normopstellers, (partij)autonomie en maatschappelijke aanvaarding van de norm. De aanwezigheid van constitutieve factoren leidt tot meer dan alleen een opening voor doorwerking van de maatschappelijke norm. In de regel geldt namelijk dat wanneer een dergelijke factor zich voordoet, de norm gebruikt wordt bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm.

Gezichtspunten met prohibitieve en/of affirmatieve werking spelen in elke denkbare casus en adresseren omstandigheden die, wanneer deze zich voordoen, nopen tot verwerping of juist doorwerking van de maatschappelijke norm.”⁶

6 C.O. Hoekstra, 'Maatschappelijke regulering en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: Een gezichtspuntencatalogus', *WPNR* 2023/7419, p. 552.

5. Maatschappelijke normvorming in het medisch domein

C.O. Hoekstra, 'Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch-professionele standaard: Een systematisch jurisprudentieonderzoek', *TvGR* 2024/48, afl. 1, p. 53-66.

De eerste drie publicaties gaan over de rol van maatschappelijke regulering bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid in het algemeen. Die rol bleek grotendeels onproblematisch te zijn en ik heb geprobeerd te verklaren waarom dat zo is. Maar met die verklaring van doorwerking in het onproblematische 'typische geval', werd ook pregnanter de vraag naar de moeilijke gevallen; naar die situaties waarin de doorwerking van maatschappelijke regulering wél vragen oproept.

Bij mijn algemene rechtspraakanalyse viel op dat met name in het medische domein maatschappelijke regulering, in het bijzonder richtlijnen, een heel grote rol hebben. Ik trof daar ook twee maatschappelijke reguleringsinstrumenten waarvan de doorwerking vatbaar bleek voor discussie, te weten het "Dutch protocol (2018)" en het "Standpunt beslissingen rondom het levenseinde van de KNMG". Deze twee maatschappelijke reguleringsinstrumenten leken mij geschikte *casestudies* om de grenzen van het gezag van maatschappelijke regulering te verkennen. In die zin vormt het medisch domein van dit onderzoek zowel een verbreding ervan als een verdieping.

Voordat ik de grenzen van maatschappelijke normvorming in het medisch domein in de twee *casestudies* belichtte, wilde ik, net als eerder bij de rol van maatschappelijke regulering in het algemeen, ook bij de rol van maatschappelijke regulering op het medische domein een duidelijk feitelijk beeld hebben. Daartoe deed ik opnieuw systematisch rechtspraakonderzoek.

Uit mijn onderzoek kwam een vergelijkbaar beeld met mijn algemene onderzoek: maatschappelijke normvorming werkt in zowel het medisch-aansprakelijkheidsrecht als in het medisch tuchtrecht door in de invulling van de medisch professionele standaard. Opvallend is dat weinig discussie over de toepasselijkheid ervan wordt gevoerd en dat waar dat wel gebeurt, dit met name betrekking heeft op de *evidence-base* van de norm. Ook toen ikzelf medische maatschappelijke regulering analyseerde bleek de *evicende-base* één van de belangrijkste punten van kritiek.

6. Case study I: Het *Dutch Protocol* (2018)

J.L. Smeehuijzen; J. Smids & C.O. Hoekstra, 'Transgenderzorg aan kinderen: Juridische bedenkingen bij het Dutch Protocol (2018)', *NJB* 2023/1772, afl. 25, p. 2058-2069; en

J.L. Smeehuijzen, J. Smids & C.O. Hoekstra, 'A Legal Assessment of the Dutch Protocol for Transgender Care to Children: Evidence, Ethics and Procedure', *Family & Law* 2025.

De eerste *case study* heeft betrekking op de toepassing van het Dutch Protocol (2018) bij de transgenderzorg aan kinderen. Uit de conclusie:

*"In Nederland vindt de zorg aan kinderen met genderdysforie plaats op basis van het Dutch Protocol (2018). Normaal gesproken zijn medische protocollen leidend bij invulling van de medisch-professionele standaard. Wil een protocol inderdaad leidend zijn, dan moet het (i) evidence-based zijn, (ii) een beperkte medisch-ethische lading hebben en (iii) in een adequaat proces tot stand zijn gebracht. In dit artikel werd bepleit dat het zeer de vraag is of voldaan is aan de eerste eis en dat niet voldaan is aan de tweede en derde eis. De civiele rechter behoort het Dutch Protocol (2018) daarom niet als leidraad te nemen."*⁷

Uit het voorgaande citaat blijkt dat in deze casestudy gebruik is gemaakt van een aantal gezichtspunten uit het algemene aansprakelijkheidsrechtelijke domein. Het onderscheid tussen 'gezichtspunten' en 'vereisten' lijkt hier mogelijk wat te vervagen, waarbij de gezichtspunten in de analyse nagenoeg als vereisten worden gepresenteerd. Die presentatie is het gevolg van de context waarbinnen het Dutch Protocol (2018) speelt. Het maatschappelijk vertrouwen in maatschappelijke normvorming zoals het Dutch Protocol (2018) vloeit namelijk in belangrijke mate voort uit het veronderstelde niveau van expertise en kennis; een gebrekkige totstandkoming kan dit vertrouwen wezenlijk ondermijnen. Tegelijkertijd rechtvaardigt kennis en expertise geen 'ethische regulering': kennis en expertise brengen immers geen alomvattend inzicht in ethische vraagstukken met zich, nu ethische kwesties per definitie verschillende benaderingen en opvattingen toelaten. In de context van het Dutch Protocol (2018) zullen voornoemde algemene gezichtspunten in wezen dus als vereisten fungeren.

7 J.L. Smeehuijzen; J. Smids & C.O. Hoekstra, 'Transgenderzorg aan kinderen: Juridische bedenkingen bij het Dutch Protocol (2018)', *NJB* 2023/1772, afl. 25, p. 2068.

7. Case study II: Standpunt beslissingen rondom het levenseinde

C.O. Hoekstra & J.L. Smeehuijzen, 'Euthanasie en dementie: de medisch professionele standaard en het Standpunt beslissingen rondom het levenseinde van de KNMG' (niet-gepubliceerd).

De tweede *case study* heeft betrekking op de toepassing van het Standpunt beslissingen rondom het levenseinde (het "Standpunt") van artsenfederatie de KNMG. Regulering van euthanasie kenmerkt zich door een wirwar van fora en aanverwante rechtsvragen. Goed mogelijk is het daarom dat de KNMG zich reguleringsbevoegdheden inbeeldt die zij juridisch niet heeft.

Het Standpunt vormt geen weergave van de professionele standaard. Daartoe voerden wij een tweetal redenen aan. De eerste is dat de regel van de KNMG irrationeel is: lastig valt te bezien waarom een wilsonbekwame dementiepatiënt wel in staat zou zijn een coherente negatieve stervenswens te formuleren en geen coherente positieve stervenswens. De dementiepatiënt is immers wilsonbekwaam. Coherentie in de wilsvorming behoort categorisch niet meer tot de mogelijkheden.

Ten tweede voerden wij aan dat de inhoud van het Standpunt van de KNMG in strijd is met de wil van de wetgever. Die leidden wij af uit de wetsgeschiedenis van de Wtl. Volgens ons heeft de wetgever met de Wtl de grenzen van euthanasie bij dementiepatiënten willen aangeven en euthanasie binnen die grenzen willen faciliteren. Het Standpunt van de KNMG doet afbreuk aan die faciliteit doordat het de grenzen inperkt. Daardoor kan het Standpunt op dit punt geen bron zijn voor invulling van de professionele standaard.

Uit de twee medische cases-studies blijkt dat het niet zo is, zoals de doctrine kan doen denken, dat klassieke legaliteitsproblemen aanleiding vormen maatschappelijke regulering gezag te ontzeggen. Het gaat veeleer om nogal diverse, andersoortige bezwaren. Bij het Dutch protocol zagen wij (i) een onvoldoende *evidence-base*, (ii) een te grote medisch-ethische lading en (iii) een inadequaat totstandkomingsproces. Bij het Standpunt zagen wij (i) irrationaliteit en (ii) strijd met de wet. Bij de bestudering van andere instrumenten zouden waarschijnlijk nog weer andere aspecten aan de dag zijn getreden.

8. Slotsom; weg met de gefronste wenkbrauwen

De slotsom van mijn onderzoek is dat de gereserveerde grondhouding naar maatschappelijke normvorming onterecht is. Veelal zal maatschappelijke normvorming een effectief en welkom rechtsvindingsinstrument zijn dat over het algemeen niet eens in geschil is tussen partijen. Eén van de belangrijkste bevindingen van mijn onderzoek is dan ook dat maatschappelijke regulering meestal doorwerkt. Daarmee is vanzelfsprekend niet gezegd dat doorwerking dan maar min of meer werktuigelijk moet kunnen plaatsvinden. Het gezag van maatschappelijke regulering moet altijd (in rechte) ter discussie kunnen komen te staan.

Een tweede bevinding uit mijn onderzoek die ik graag bij wijze van slotakkoord onderstreep, is dat het normatief gezag van normstellers niet hoeft te berusten op democratische legitimatie of een afgeleide daarvan. Ook expertise of vakmatige autoriteit kan een legitieme grondslag vormen voor normstelling. De medische praktijk is hiervan een sprekend voorbeeld: het is breed aanvaard dat artsen op basis van hun professionele kennis bepaalde normatieve keuzes maken. Maar we zien ook dat gezag op basis van expertise niet zonder risico's is: ethische, juridische of wetenschappelijke grenzen kunnen ongemerkt worden overschreden.

Een derde en laatste bevinding is dat wat in de doctrine naar voren komt wel degelijk van belang is bij de beoordeling van maatschappelijke regulering. Mijn onderzoek zegt niet dat wat in de doctrine stond onjuist is, alleen dat het beeld dat geschetst werd nog niet-volledig is. Democratisch-rechtstatelijke factoren kunnen bij uitstek behulpzaam zijn bij de beoordeling van probleemgevallen van doorwerking van maatschappelijke normvorming. Te denken valt in het bijzonder aan maatschappelijke normvorming met een sterkere aanwezigheid van een normatieve of ethische component. In dat geval kunnen eisen over representativiteit van normstellers en zorgvuldigheid en transparantie van een totstandkomingsproces uiterst behulpzame toetsingsinstrumenten zijn. In andere gevallen zal hun betekenis van minder gewicht zijn. Dat kan goed komen doordat niet lang niet alle doorwerkingsgevallen 'probleemgevallen' zijn.

Noemenswaardig bij deze slotsom is nog de conclusie van A-G Hartlief bij het Afzinkkelder-arrest. A-G Hartlief geeft hier blijk van een minder gereserveerde houding ten aanzien van de doorwerking van private regelgeving. Als de A-G de stand van het materiële aansprakelijkheidsrecht weergeeft passeert ook de rol van "private regelgeving" de revue. De A-G

concludeert: *“Ook zijn er, nog steeds ten aanzien van de eerste aanvliegroute, voor wat betreft bedrijfs- en beroepsmatige handelingen niet zelden buitenwettelijke geschreven (veiligheids)normen die bijvoorbeeld in een bepaalde sector worden gebruikt (‘private regelgeving’) en die de beoordeling kunnen vereenvoudigen.”*⁸ En verder: *“Als conventies, gewoontes en/of private regelgeving geen uitkomst bieden, zal de rechter zich niet door een in abstracto te formuleren regel kunnen laten leiden maar daarentegen een afweging moeten maken waarbij alle feiten en omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn.”*⁹

9. Nadere onderzoeksvragen

Het komt vaak voor dat het licht dat een onderzoek op het onderzoeksobject werpt niet alle facetten daarvan belicht. Onoverkomelijk is het zelfs dat een nieuw verkregen perspectief andere vragen oproept die zich niet door het uitgevoerde onderzoek laten verklaren. Dat geldt natuurlijk ook voor mijn onderzoek. Ik benoem hieronder drie onderwerpen voor vervolgonderzoek. Een van die onderwerpen heeft een meer algemeen empirisch-juridische invalshoek en de andere twee hebben betrekking op het specifieke onderwerp van dit proefschrift.

De publicatiegraad van rechterlijke uitspraken

Ik benoem in de eerste plaats een algemeen punt dat van belang is voor verdere ontwikkeling van systematische rechtspraakanalyse in Nederland en betreft de publicatiegraad van rechterlijke uitspraken. Ik meen dat nu de systematische rechtspraakanalyse in Nederland niet meer in de kinderschoenen staat er echt stappen moeten worden ondernomen om het *dark number* van niet-gepubliceerde uitspraken beter in kaart te brengen. Dat is voor de geloofwaardigheid van de discipline volgens mij een absolute *must*.¹⁰

8 Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2023:378, bij HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17 (Afzinkkelder), nr. 3.10.

9 Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2023:378, bij HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17 (Afzinkkelder), nr. 3.13.

10 Zoals opgemerkt in mijn zowel inleiding, conclusie als in: C.O. Hoekstra, ‘Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheids-norm: een onderzoek naar de feitenrechtspraak’, *AV&S* 2020/38, afl. 6, p. 225-226, geldt dat ik meen dat het bestaan van dit *dark number* voor de betrouwbaarheid van mijn onderzoeksresultaten geen obstakel vormt. Anderzijds acht ik het niet ondenkbaar dat het onder bepaalde omstandigheden wel problematisch kan zijn. Deze suggestie moet dan ook vanuit een meer algemeen empirisch juridisch onderzoeksperspectief worden gezien.

Idealiter worden natuurlijk alle rechterlijke uitspraken gepubliceerd en is het probleem opgelost. Deze mogelijkheid lijkt echter gezien de reeds op de rechterlijke macht rustende werkdruk in de nabije toekomst niet-haalbaar. Er moet dus gezocht worden naar alternatieven om zicht te krijgen op de niet-gepubliceerde uitspraken.

Een mogelijkheid is om te onderzoeken waarom de ene uitspraak wel en de andere uitspraak niet wordt gepubliceerd. Zodoende kan gekeken worden wat de betekenis is van het “Besluit Selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl”. Ook kan een aantal reeds uitgevoerde systematische jurisprudentieanalyses opnieuw worden gedaan, maar dan met toegang tot alle uitspraken. Er dient dan bepaald te worden of en in hoeverre beide onderzoeken gelijksoortige resultaten oplevert en dus of het eerste rechtspraak-onderzoek betrouwbaar was.

De ethische lading van maatschappelijke regulering

Een ander probleem dat ik in paragraaf 8.4.2 identificeerde heeft betrekking op de ethische lading die een regel uit een maatschappelijk reguleringsinstrument mag hebben. In de doctrine bestaat consensus over de vraag dat opsteller van maatschappelijke regulering die beschikt over vakspecialistische kennis of expertise niet per definitie geëquipeerd is om ethische dilemma's te beslissen. Problematisch is echter de vaststelling van wat nu door heeft te gaan als ethisch dilemma. Daarbij zij opgemerkt dat elke norm een normatieve component heeft: ergens in de regel delft een bepaalde waarde het onderspit ten koste van een andere waarde. Mijn suggestie voor vervolgonderzoek is in kaart te brengen waar de ethische grenzen voor maatschappelijke regulering zich bevinden.

Hiervoor kan gedacht worden aan een ethische-categorisering van regelgeving: zoals regels die een sterk levensbeschouwelijke component hebben, regels die neerkomen op een kostenbatenanalyse (in wezen een proportionaliteitstoets) of regels die zich min of meer tussen beide categorieën in bevinden. Afhankelijk van de ethische categorie waar de norm zich in bevindt kunnen dan aanvullende vereisten worden geformuleerd om doorwerking ervan te rechtvaardigen.

De totstandkoming van sectorspecifieke maatschappelijke regulering

Mijn derde en wellicht belangrijkste aanbeveling voor vervolgonderzoek ziet op de totstandkoming van maatschappelijke regulering opgesteld door experts uit het maatschappelijk veld dat aan regulering onderworpen wordt. In de literatuur bestaat consensus over de relevantie van het totstandkomingsproces van maatschappelijke reguleringsinstrumenten voor de mogelijke doorwerking ervan. Dat is dan ook meteen het punt waar de consensus stopt: verdere gedachtevorming anders dan dat de regulering zorgvuldig tot stand moet zijn gekomen, is er niet.

Mijn onderzoek onderstreept het grote belang van die zorgvuldige regulering, nu is gebleken dat zowel partijen als de rechter er veelal min of meer blind op varen. Het zou dus zeer relevant zijn te onderzoeken hoe in bepaalde maatschappelijke sectoren maatschappelijke reguleringsinstrumenten tot stand komen. Aan de hand daarvan kan dan, eventueel met input van de sector zelf, een lijst met *best practices* of aanbevelingen gemaakt worden. Deze lijst, die op zijn beurt natuurlijk ook onder de noemer maatschappelijke regulering valt, kan vervolgens gebruikt worden om de totstandkoming van maatschappelijke regulering te toetsen. Iets vergelijkbaars bestaat al op het medisch domein, in de vorm van de Richtlijn voor Richtlijnen.¹¹ Die is maar zeer gedeeltelijk te veralgemeniseren voor andere sectoren, maar zou wel een bron van inspiratie kunnen zijn.

11 In de Richtlijn voor richtlijnen worden criteria gegeven die bijvoorbeeld betrekking hebben op de organisatie van het regel scheppend orgaan, de inrichting van afzonderlijke werkgroepen, het vereiste dat het perspectief van de patiënt altijd wordt meegenomen. Ook kent de Richtlijn voor richtlijnen meer inhoudelijke vereisten ten aanzien van de totstandkoming van medische richtlijnen. Te denken valt aan het vereiste om een systematisch literatuuronderzoek te verrichten en het vereiste om speciale aandacht te besteden aan kennislacunes.

10. Separate beantwoording deelvragen

Hieronder volgt de beantwoording van de eerder geformuleerde deelvragen. Als eerste worden de deelvragen met betrekking tot het algemene domein beantwoord, daarna worden de deelvragen met betrekking tot het medisch domein beantwoord.

Deelvraag I

“Hoe vaak is in een civiele procedure in eerste of tweede aanleg de aangehaalde maatschappelijke regulering in overeenstemming met de ad hoc geconstrueerde zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW?”¹²

Uit systematische analyse van de getrokken steekproef uit gepubliceerde feitenrechtspraak waarin maatschappelijke regulering voorhanden is en waar de rechter de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW moet invullen blijkt dat in 68 van de 76 gevallen de aangehaalde maatschappelijke norm in overeenstemming is met de concrete invulling van de zorgvuldigheidsnorm (89%). In de overige 8 uitspraken waren regel uit maatschappelijk reguleringsinstrument en het rechterlijk oordeel contrair aan elkaar (11%).

Deelvraag II

“Welk gewicht wordt in een civiele procedure in eerste of tweede aanleg toegekend aan de norm uit maatschappelijke regulering bij invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW?”¹³

Uit de geanalyseerde feitenrechtspraak blijkt dat in 40 van de 68 uitspraken waarin een regel uit een maatschappelijk reguleringsinstrument en rechterlijk oordeel met elkaar in overeenstemming zijn, doorslaggevende betekenis wordt toegekend aan de regel uit een maatschappelijk reguleringsinstrument (59%). In 15 van de 68 uitspraken werd materiële betekenis toegekend aan een regel uit een maatschappelijk reguleringsinstrument (22%). In 6 van de

12 Opgenomen in hoofdstuk 2 en aan bod komend in: C.O. Hoekstra, ‘Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak’, *AV&S* 2020/38, afl. 6, p. 224-231.

13 Aan bod komend in hoofdstuk 2 en opgenomen: C.O. Hoekstra, ‘Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak’, *AV&S* 2020/38, afl. 6, p. 224-231.

68 uitspraken kwam de regel uit het maatschappelijk reguleringsinstrument geen betekenis toe (7%). In 8 van de 68 uitspraken was niet vast te stellen welke gewicht aan de regel uit het maatschappelijk reguleringsinstrument werd toegekend (12%).

Deelvraag III

“Hoe motiveren rechters doorwerking of verwerping van doorwerking van maatschappelijke regulering?”¹⁴

Wanneer maatschappelijke regulering doorwerkt in de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW motiveren rechters in 49 van de 68 uitspraken niet waarom dat zo is (72%). Als zij doorwerking wel motiveren is die motivering summier te noemen: meestal volstaat een enkele zin. In schril contrast tot het motiveringsgebrek bij doorwerking van maatschappelijke regulering staat de motivering van rechters bij verwerping van doorwerking van maatschappelijke regulering. In alle 8 uitspraken waarin de rechter doorwerking van de hand wees werd de keuze daartoe gemotiveerd (100%).

Deelvraag IV

“Welke factoren worden in rechtspraak van de Hoge Raad en in de doctrine relevant geacht bij de beoordeling van doorwerking van maatschappelijke regulering?”¹⁵

In de literatuur en rechtspraak van de Hoge Raad zijn drie categorieën factoren gevonden die relevant kunnen worden geacht bij de doorwerking van maatschappelijke regulering: factoren van fundamentele aard (zoals de verhouding tot de wet of de mate waarin de regel uit het maatschappelijke reguleringsinstrument een beperkte ethische of normatieve lading heeft), factoren die betrekking hebben op de maatschappelijke regulering in het geding (zoals de representativiteit van de opstellers van het maatschappelijk

14 Aan bod komend in hoofdstuk 2 en opgenomen: C.O. Hoekstra, ‘Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak’, *AV&S* 2020/38, afl. 6, p. 224-231.

15 Aan bod komend in hoofdstuk 3 en opgenomen in: C.O. Hoekstra, ‘Maatschappelijke regulering als effectief en waardevol rechtsvindingsinstrument Een vergelijking tussen doctrine en feitenrechtspraak’, *NJB* 2021, 2722, afl. 37, p. 3090-3099.

reguleringsinstrument en het totstandkomingsproces van het maatschappelijk reguleringsinstrument) en factoren die betrekking hebben op het concrete geschil (zoals consensus tussen procespartijen over doorwerking).

Deelvraag V

“Welke factoren maakten dat maatschappelijke regulering doorwerkte in de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW?”¹⁶

In totaal zijn drie voor omstandigheden geïdentificeerd waarop doorwerking van maatschappelijke regulering gefundeerd kan zijn. Alle drie de omstandigheden vinden verankering in het (Nederlands) (privaat)recht. Het gaat ten eerste om doorwerking die haar rechtvaardiging vindt in het gezag van de normsteller wegens diens specialistische kennis of kunde of wegens diens representativiteit voor het maatschappelijk veld dat gepoogd wordt te reguleren. Ten tweede gaat het om doorwerking die is gebaseerd op de autonomie van het rechtssubject. Ten derde kan doorwerking gebaseerd worden op maatschappelijke aanvaarding van de norm uit het maatschappelijk reguleringsinstrument.

Deelvraag VI

“Welke factoren zouden relevant moeten zijn bij de beoordeling van mogelijke doorwerking van maatschappelijke regulering in de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW?”¹⁷

Voor de beoordeling van een maatschappelijk reguleringsinstrument zijn de verschillende in de rechtspraak en doctrine geïdentificeerde factoren in een drietal categorieën gerangschikt. Onderscheiden worden: constitutieve factoren, prohibitieve factoren en affirmatieve factoren. De drie constitutieve factoren adresseren omstandigheden waarvan er zich minste één moet voordoen om een regel uit een maatschappelijk reguleringsinstrument te laten doorwerken: ze zijn constitutief. De drie factoren zijn ontleend aan de

16 Aan bod komend in hoofdstuk 3 en opgenomen in: C.O. Hoekstra, ‘Maatschappelijke regulering als effectief en waardevol rechtsvindingsinstrument Een vergelijking tussen doctrine en feitenrechtspraak’, *NJB* 2021, 2722, afl. 37, p. 3090-3099.

17 Aan bod komend in hoofdstuk 4 en opgenomen in: C.O. Hoekstra, ‘Maatschappelijke regulering en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: een gezichtspuntencatalogus’ *WPNR* 2023/7419, p. 539-552.

fundamentele omstandigheden voor doorwerking zoals omschreven bij de beantwoording van Deelvraag V. Prohibitieve factoren adresseren omstandigheden die gewicht in de schaal leggen om, ook al is sprake van een constitutieve omstandigheid, een regel uit een maatschappelijk reguleringsinstrument toch niet te laten doorwerken. Affirmatieve factoren adresseren op hun beurt juist omstandigheden die wel in de richting van doorwerking wijzen. Zij zijn dus in die zin additioneel.

Deelvraag VII

“Hoe vaak werkt medische maatschappelijke regulering door in de medisch professionele standaard zoals neergelegd in art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW en art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG?”¹⁸

In 31 van de 34 onderzochte civiele uitspraken werkte een medisch maatschappelijk reguleringsinstrument door in de medisch professionele standaard (94%). In 2 uitspraken week de behandelend arts af van een beschikbaar medisch maatschappelijk reguleringsinstrument omdat de goede patiëntzorg dat eiste (7%). In 1 van de 34 civiele uitspraken werd doorwerking van een medisch maatschappelijk reguleringsinstrument verworpen (3%). In de medische tuchtrechtspraak werkte het maatschappelijk reguleringsinstrument in 106 van de 113 uitspraken door in de medisch professionele standaard (94%). In 1 tuchtrechtelijke uitspraak eiste de goede patiëntzorg dat een arts van het aangevoerde maatschappelijk reguleringsinstrument afweek (<1%). In vijf tuchtrechtelijke uitspraken gold het medisch maatschappelijk reguleringsinstrument in algemene zin niet (4%).

18 Aan bod komend in hoofdstuk 5 en opgenomen in: C.O. Hoekstra, ‘Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard: een systematisch jurisprudentie-onderzoek’, *TvG* 2024, (48), afl. 1, p. 53-66.

Deelvraag VIII

“Hoe vaak wordt het gebruik van maatschappelijke regulering door één der procespartijen aangevochten wanneer de medisch professionele standaard wordt ingevuld op grond van art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW of art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG en hoe wordt de beslissing over doorwerking door (tucht)rechters gemotiveerd?”¹⁹

In de civiele rechtspraak werden in 6 van de 34 uitspraken (18%) sporen gevonden van partijdebat. In de onderzochte medische-tuchtrechtspraak was dat in 16 van de 113 uitspraken (ongeveer 14%). De motivering van de (tucht)rechter voor doorwerking respectievelijk verwerping daarvan is in alle gevallen summier. Deze werd – als het al gebeurde – met één zin afgedaan. Dat weinig uitspraken gemotiveerd werden is gezien de stand van het recht begrijpelijk: doorwerking van medische maatschappelijke regulering vormt immers krachtens het Trombose-arrest van de Hoge Raad, de hoofdregel. Dit neemt natuurlijk niet weg dat terechte procedurele of materiële bezwaren tegen de inhoud van de norm kunnen bestaan.

Deelvraag IX

“Werkt het Dutch Protocol (2018) door in de medisch professionele standaard voortvloeiende uit art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW en art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG?”²⁰

Aan de hand van de van de analyse van de evidence-base die aan het Dutch Protocol (2018) ten grondslag ligt en de ethische keuzes die de opstellers maken is het verdedigbaar te stellen dat het Dutch Protocol (2018) geen onderdeel van de medisch professionele standaard vormt. Uit verschillende systematische reviews van het Dutch Protocol (2018) en het daaraan ten grondslag liggende onderzoek blijkt dat daaraan ernstige gebreken kleven. Het onderzoek werd zelfs met de laagst mogelijke wetenschappelijke zekerheidsklassering gekwalificeerd: “very low certainty”. Deze wetenschappelijke

19 Komt aan bod in hoofdstuk 5 en is opgenomen in: C.O. Hoekstra, ‘Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard: een systematisch jurisprudentieonderzoek’, *TvG* 2024, (48), afl. 1, p. 53-66.

20 Komt aan bod in hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7 en staat opgenomen in: J.L. Smeehuijzen, J. Smids & C.O. Hoekstra, ‘Transgenderzorg aan kinderen: juridische bedenkingen bij het Dutch Protocol (2018)’, *NJB* 2023/1772, afl. 25, p. 2058-2069 en in: J.L. Smeehuijzen, J. Smids & C.O. Hoekstra, ‘Transgender Care for Children: Legal Concerns regarding the Dutch Protocol (2018)’, *Family and Law* 2024/XY.

onzekerheid vormt in de kern genomen ook het uitgangspunt voor de vraagtekens die gezet kunnen worden bij de ethische kwesties die de opstellers van het Dutch Protocol (2018) voor hun rekening nemen. Het is de mening toegedaan dat – gegeven de wetenschappelijke onzekerheid – ingrijpen met hormoontherapie bij kinderen die lijden aan genderdysforie beter is dan niet-ingrijpen, ook al zijn de mogelijke gevolgen, inclusief de effectiviteit van de behandeling, onbekend. Of de risico's die genomen worden aanvaardbaar zijn is een ethische vraag. De opstellers van het Dutch Protocol (2018) vinden deze risico's getuige hun werkwijze geen probleem. Anderen vinden het een experiment op kinderen.

Deelvraag X

“Werkt de regel uit het “KNMG-standpunt: beslissingen rondom het levenseinde” over de verplichting van artsen om te blijven proberen betekenisvol met een dementiepatiënt te communiceren over het voorgenomen levenseinde door in de medisch professionele standaard voortvloeiende uit art. 6:162 lid 2 BW, art. 7:453 BW en art. 47 lid 1 sub a onder 1 en 2 Wet BIG?”²¹

Het is verdedigbaar dat het Standpunt van de KNMG geen onderdeel vormt van de medisch professionele standaard van artsen die euthanasie verrichten. Dit standpunt is te verdedigen op basis van twee argumenten. Het eerste argument is dat de litigieuze norm van de KNMG inhoudende dat een arts zich moet blijven inspannen om betekenisvol met een dementiepatiënt te blijven communiceren om zodoende contra-indicaties te identificeren die kunnen duiden op een gewijzigde wil van de patiënt ten aanzien van de op een eerder moment, schriftelijk gedocumenteerde stervenswens, irrationeel is. Dementiepatiënten die wilsonbekwaam zijn geworden zijn niet in staat een coherente wil te vormen, dus ook niet omtrent het eigen sterven. Het tweede argument is dat de litigieuze norm van de KNMG in het Standpunt in strijd is met de wil van de wetgever zoals valt af te leiden uit de geschiedenis van de WtI. De regel van de KNMG gaat in tegen het doel dat de wetgever met de WtI beoogt te bereiken en vormt daarom geen onderdeel van de medisch professionele standaard.

21 Komt aan bod in hoofdstuk 8 en is opgenomen in: C.O. Hoekstra & J.L. Smeehuijzen, ‘Euthanasie en dementie: de medisch professionele standaard en het Standpunt beslissingen rondom het levenseinde van de KNMG’, AA 2025/XY.

11. Methodologische reflecties

De conclusies uit dit proefschrift vinden in belangrijke mate hun grondslag in empirisch onderzoek naar de stand van de rechtspraktijk. Tweemaal voerde ik een systematische rechtspraakanalyse uit. Voor het eerste onderzoek probeerde ik om alle uitspraken te vinden die gepubliceerd zijn op www.rechtspraak.nl en deze aan codering en analyse te onderwerpen. Voor het tweede onderzoek was die aanpak gezien de hoeveelheid te analyseren uitspraken en de onderzoeksmiddelen die ik tot mijn beschikking had, onhaalbaar. Daarbij komt natuurlijk dat uit de leer van de statistiek blijkt dat juist vanwege het grote aantal beschikbare én relevante uitspraken ook andere wegen naar bruikbare resultaten kunnen leiden. De geijkte weg daarvoor was het trekken van een steekproef.

In de hoofdstukken waarin de systematische jurisprudentieanalyses beschreven staan benoem ik reeds enkele methodologische weerspiegelingen en beperkingen van het onderzoek. Ik zal hier stilstaan bij de betrouwbaarheid en validiteit van beide onderzoeken. Daarvoor is het vooral van belang te constateren dat er een *dark number* bestaat in mijn onderzoek. Het is immers onduidelijk hoeveel rechterlijke uitspraken er in totaal zijn gedaan voor wat betreft de doorwerking van maatschappelijke regulering in het algemeen aansprakelijkheidsrechtelijk domein. Met andere woorden: ik kan niet met zekerheid zeggen dat alle uitspraken die relevant zijn voor mijn onderzoeksvraag gepubliceerd zijn en dus geraadpleegd zijn. Ik benadruk hier graag dat ik goede redenen heb te denken dat mijn systematische jurisprudentieonderzoeken een afspiegeling van de rechtspraktijk vormen. Daartoe voer ik een drietal argumenten aan.

De eerste reden is het bestaan van het Besluit Selectiecriteria voor publicatie van rechtspraak. Wanneer de afzonderlijke criteria nader beschouwd worden kan een lans gebroken worden voor de stelling dat uitspraken die afwijken van de door mij geïdentificeerde gemiddelde uitspraak of mediaan (maatschappelijke regulering werkt door zonder uitvoerige motivering waarom dat zo is), onder de criteria van dat Besluit gepubliceerd zou worden.

Ten tweede voer ik aan dat mij geen enkele reden bekend is waarom de analyse van niet-gepubliceerde rechtspraak zou verschillen van wél gepubliceerde rechtspraak. Dat betekent dat zelfs in het geval dat er een significante hoeveelheid niet-gepubliceerde relevante rechtspraak bestaat, momenteel de redelijke verwachting bestaat dat die hetzelfde scoort als de wel gepubliceerde rechtspraak. Zodoende vormt de wel gepubliceerde rechtspraak een

afspiegeling van de rechtspraak daar zij niet verschilt van niet-gepubliceerde rechtspraak.

Ten derde bevestigt rechtspraak die is gepubliceerd na de uitvoering van dit onderzoek en die dus buiten de reikwijdte van dit onderzoek valt, de conclusies die uit dit onderzoek volgen en blijkt eveneens geen nadere informatie.

Appendices

English Summary

This dissertation investigates the legal significance (“*doorwerking*”) of societal regulation (“*maatschappelijke regulering*”) (such as codes of conduct, professional guidelines, and protocols) in the interpretation of open-textured legal norms within both Dutch tort law and health law. The central research question is: *What role does societal regulation play in shaping the societal duty of care standard (Article 6:162(2) Dutch Civil Code) and the medical professional standard (Article 7:453 Dutch Civil Code and Article 47 Individual Healthcare Professions Act), how can this role be explained in judicial decision-making and on the basis of which factors should the potential legal effect be assessed?*

In both the general tort law domain and the medical domain, the study employs systematic empirical–legal research, analysing a substantial corpus of published civil and medical (disciplinary) judgments. The analysis examines: (i) the frequency with which societal regulation informs judicial reasoning; (ii) the manner in which courts articulate their reliance on such regulation; (iii) the weight accorded to it in the legal reasoning process; and (iv) the theoretical and practical justifications underlying that reliance.

The findings in the general tort law domain indicate that societal regulation plays a role in the reasoning of courts in the overwhelming majority of civil cases in which it is invoked. In 89% of the cases studied, the judicial outcome aligned with the societal norm advanced by the parties, and in 59% of cases, that norm was determinative. Typically, courts provide minimal, if any, explicit reasoning when applying such norms, while deviations are usually explicitly and extensively justified. The legitimacy deficit of societal norm-setting (often emphasised in legal scholarship as a concern for democratic accountability) appears to carry little significance in legal practice. Instead, courts tend to rely on these norms because of (a) the expertise underpinning them, (b) existing consensus between the parties, or (c) their broad societal acceptance.

In the field of health law, societal regulation (particularly clinical guidelines and medical protocols) plays, if anything, an even more dominant role. In almost all (94%) relevant civil and disciplinary decisions, a guideline, protocol, or professional position constitutes an important, and often decisive, articulation of the medical professional standard. Since the landmark *Trombosis* decision of the Dutch Supreme Court, it is established that physicians are, in principle, expected to follow applicable guidelines, with deviation permitted only where the provision of good patient care so

requires, and such deviation is duly reasoned. In practice, the normative authority of medical regulation is rarely contested; fundamental challenges (for example, to the legitimacy of the standard-setting body) are uncommon. Disputes are more often confined to issues such as whether a given guideline is sufficiently evidence-based or remains up to date. Exceptions arise mainly where medical societal standards are substantively deficient, have not been developed with due procedural care, or are in conflict with higher (statutory or ethical) norms.

Drawing on contemporary health law case studies (such as transgender care for minors (*Dutch Protocol* (2018)) and euthanasia in dementia cases (Royal Dutch Medical Association [KNMG] Position on End-of-Life Decisions)) the research demonstrates that legal incorporation of societal cannot be automatic. These case studies illustrate that where a medical norm lacks adequate scientific underpinning, has been procedurally flawed in its development, or conflicts with the intention of the legislature, its legal effect becomes problematic.

The dissertation concludes that societal regulation, in both civil and health law contexts, generally serves as an effective source for the concretisation of open norms under study. Nonetheless, in instances of deficient legitimacy, incompatibility with statutory requirements, insufficient evidentiary foundation, or strong ethical dimensions, rigorous judicial scrutiny remains essential. In the relationship between doctrine and practice, the courts tend toward a pragmatically oriented approach in which expertise, consensus, and practical operability shape legal reasoning. Yet, awareness of potential ‘hard cases’ is necessary, and consideration might be given to whether such situations warrant the development of supplementary judicial review frameworks.

Literatuur

Abbruzzese e.a. 2023

E. Abbruzzese e.a., 'The Myth of Reliable Research in Pediatric Gender Medicine: A critical evaluation of the Dutch Studies—and research that has followed', *Journal of Sex and Marital Therapy*, Published online: 02 Jan 2023.

Adams, Griffiths & Weyers

M. Adams, J. Griffiths, & H. Weyers, *Euthanasia and law in Europe: With special reference to the Netherlands and Belgium*. Londen: Heart Publishing 2008.

Akkermans 2011

A.J. Akkermans, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen', *NTBR* 2011.

Alhafaji, Frederiks & Legemaate 2009

Y. Alhafaji, B. Frederiks & J. Legemaate, 'Ervaringen van klagers en aangeklaagde artsen met het tuchtrecht', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2009 (13) 3.

Andrade 2020

C. Andrade, 'Sample size and its importance in research', *Indian Journal of Psychological Medicine*, 2020, 42(1), p. 102-103.

D'Angelo 2025

R. d'Angelo, 'Supporting autonomy in young people with gender dysphoria: psychotherapy is not conversion therapy', *Journal of Medical Ethics* 2025;51:3-9.

Arnoldussen e.a. 2020

M. Arnoldussen e.a., 'Re-evaluation of the Dutch approach: are recently referred transgender youth different compared to earlier referrals?', *European Child Adolescent Psychiatry* 2020, 29(6).

Arnoldussen 2023

M. Arnoldussen e.a., 'Demographics and gender-related measures in younger and older adolescents presenting to a gender service.' *European Child & Adolescent Psychiatry*, 2023 Dec;32(12):2537-2546.

Bakker 2020

A. Bakker, *Een halve eeuw transgenderzorg aan de VU*, Den Haag: Boom, 2020.

Barnes 2023

H. Barnes, *Time to think, The Inside Story of the Collapse of the Tavistock's Gender Service for Children*, Londen: Swift Press, 2023.

Bentvelzen 2016

F.C. Bentvelzen, 'Zelfregulering curia novit? Over omgang met private regelgeving in Nederlandse civiele overheidsrechtspraak', *RM Themis*, 2016-5.

Biggs 2022

M. Biggs, 'The Dutch Protocol for Juvenile Transsexuals: Origins and Evidence', *Journal of Sex and Marital Therapy*, Published online: 19 Sep 2022.

Blair & Hoskin 2019

K.L. Blair, & R.A. Hoskin, 'Transgender exclusion from the world of dating: Patterns of acceptance and rejection of hypothetical trans dating partners as a function of sexual and gender identity.' *Journal of Social and Personal Relationships*, 2019/36(7).

Block 2024

J. Block, 'Gender dysphoria in young people is rising – and so is professional disagreement', *The British Medical Journal* 2023;380

De Bock 2011

R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XI) (diss. Tilburg)*, Deventer: Kluwer 2011, par. 3.4.

Borkus 2023

R. Borkus e.a., 'Wanneer zijn vroege puberteitskenmerken afwijkend?', *Huisarts Wet* 2023/66, 46–49.

Borkus 2023

R. Borkus e.a., 'When are early puberty traits abnormal?', *General Practitioner Law* 2023, 66.

Bouma & De Visser 2023

K. Bouma & E. de Visser, 'De behandeling van transgender jongeren in Nederland werd geprezen. Nu groeit de kritiek op de "Dutch approach"', *de Volkskrant* 25 februari 2023.

Bijleveld 2023

C.C.J.H. Bijleveld, *Research methods for empirical legal studies: An introduction*, Den Haag: Eleven International Publishing 2023

Castermans 2020

A.G. Castermans, '2. De burger en de betamelijkheidsnorm', in: *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Preadviezen* (Handelingen Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Coglianese & Mendelson 2010

C. Coglianese & E. Mendelson, 'Meta-Regulation and Self-Regulation', in: R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press: Oxford 2010.

Coleman 2022 e.a.

E. Coleman e.a., 'Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People', *International Journal of Transgender Health*, 2022, 23(sup1), S1-S259.

Van Dam 2020

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

E. Das en anderen, *Mijn gender, wiens zorg? Onderzoek naar de toename in en veranderingen van de vraag naar transgenderzorg*. Radboud Universiteit, 2023.

Das e.a. 2023

E. Das en anderen, *Mijn gender, wiens zorg? Onderzoek naar de toename in en veranderingen van de vraag naar transgenderzorg*, Radboud Universiteit, 2023.

Delemarre-Van de Waal & Cohen-Kettenis 2006

H.A. Delemarre-Van de Waal & P.T. Cohen-Kettenis, 'Clinical management of gender identity disorder in adolescents: A protocol on psychological and paediatric endocrinology aspects.', *European Journal of Endocrinology, Supplement*, 2006/155(1).

Van Dijck, Snel & Van Golen 2018

G. van Dijck, M. Snel & t. van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 84.

Dreesens, Van Everdingen & Kersten

D.H.H. Dreesens, J.J.E. van Everdingen & S.M.C. Kersten, 'Historisch perspectief van richtlijnontwikkeling in Nederland', in: J.J.E. van Everdingen e.a., *Handboek evidence based richtlijnontwikkeling. Een Leidraad voor de praktijk*, Houten: Baan Stafleu Van Loghum 2014, p. 13.

Drion 2017

C.E. Drion, 'Open normen en het belang van de waarom-vraag', *NJBlog*, 23 oktober 2017.

Drion 1982

H. Drion, 'Negen stellingen over rechtsvorming door rechter en wetgever', in: A.R. Bloembergen, *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982.

Van Everdingen 1988

J.J.E. van Everdingen, *Consensusontwikkeling in de geneeskunde* (diss.), Utrecht: Bohn, Scheltema & Holkema, 1988.

Fraiman e.a. 2023

E. Fraiman e.a., 'Phalloplasty and Metoidioplasty: a Systematic Review of Sensation, Orgasm, and Penetrative Intercourse.' *Curr Sex Health Rep* 2023/15.

Frederiks, De Ruijter, Zandbergen & Zijderhoudt

B.J.M. Frederiks, W. de Ruijter, M.W. Zandbergen & R. Zijderhoudt, 'Overleg achter gesloten deuren. Hoe artsen en juristen samenwerken', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 2021, 165:D6430.

Van Gestel 2000

R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven*, diss. KUB, BJu: Den Haag: 2000,

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

Giesen 2007

I. Giesen, 'De omgang met en handhaving van 'meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels': een analyse van recente rechtspraak', *WPNR* 2008/6772.

Giesen e.a. 2014

I. Giesen e.a., *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridisch, 2014.

Giesen 2015

I. Giesen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 457.

Giesen 2018

I. Giesen, '(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een "ReL"?', *NTBR* 2018/19, p. 135.

Hall & Wright 2008

M.A. Hall & R.F. Wright, 'Systematic Content Analysis of Judicial Opinions', *California Law Review* (96) 2008, afl. 1.

Hansen e.a. 2023

M.V. Hansen e.a., 'Sundhedsfaglige tilbud til børn og unge med kønsbehag', *Ugeskrift for Laeger*, 2023;185:V11220740.

Helyar, Jackson & Ion

S. Helyar, L. Jackson & R. Ion, 'Gender dysphoria in young people: The Interim Cass Review and its implications for nursing' *BMJ*, 2022, vol. 31, afl. 23-24.

P.W. Holland, 'Statistics and Causal Inference', *Journal of American Statistical Association* 1986, 81.

Hembree 2017

W.C. Hembree e.a., 'Endocrine Treatment of Gender-Dysphoric/Gender-Incongruent Persons: An Endocrine Society Clinical Practice Guideline', *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, Volume 102, Issue 11, 1 November 2017.

Hendriksen & Rammeloo 2008

W.F. Hendriksen & L.H. Rammeloo, 'Tuchtrecht en civiel recht: gescheiden systemen', *WPNR* 2008/6778.

Hoekstra 2020

C.O. Hoekstra, 'Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak', *AV&S* 2020/38, afl. 6, p. 227-228.

Hoekstra 2021

C.O. Hoekstra, 'Maatschappelijke regulering als effectief en waardevol rechtsvindingsinstrument: een vergelijking tussen doctrine en feitenrechtspraak', *NJB* 2021/2722, afl. 37.

Hoekstra 2023

C.O. Hoekstra, "Maatschappelijke normvorming en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: een gezichtspunten catalogus", *WPNR* 2023/7419.

Horbach 2015

S.E.R. Horbach e.a., 'Outcome of Vaginoplasty in Male-to-Female Transgenders: A Systematic Review of Surgical', *The Journal of Sexual Medicine*, 2015/12, afl. 6.

Hume 1739

D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, 1739.

De Hulu & Van Kempen 2024

J. de Hulu en P.H.P.H.M.C van Kempen, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2024

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. (Recht en Praktijk nr. CA5)*, Deventer: Kluwer 2012.

Jansen 2020

K.J.O. Jansen 'Verkeersopvattingen en private regelgeving. Over maatschappelijke opvattingen als bron van ongeschreven privaatrecht' *NTBR* 2020/5, afl. 2, p. 26-41.

Jansen 2024

K.J.O. Jansen, commentaar op art. 6:162 BW, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 6.1.9-6.1.10.

Jorgensen, Athéa & Masson 2024

S.C.J. Jorgensen, N. Athéa & C. Masson, 'Puberty Suppression for Pediatric Gender Dysphoria and the Child's Right to an Open Future.' *Arch Sex Behav* 2024, 53, 1941–1956.

Kaltiala-Heino e.a. 2018

R. Kaltiala-Heino e.a., 'Gender dysphoria in adolescence: current perspectives.' *Adolesc Health Med Ther*. 2018 Mar 2;9.

Katan 2021

B.M. Katan, 'Ieder het hare: enkele opmerkingen bij het klimaatvonnis tegen Shell', *Ondernemingsrecht* 2021/106, afl. 15.

De Klerk-Leenen 2005

De Klerk-Leenen, in: *Contractenrecht IV*.

Kleinsmit-Leertouwer 2024

T.C. Klijnsmit-Leertouwer, 'Het belang van het kind bij medische genderbehandeling', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2024, (1).

Klijnsmit & Vasterman 2023

T. Klijnsmit & P. Vasterman, 'Overheid moet regels maken voor behandelen genderdysforie', *Medisch Contact* 25 mei 2023.

Korthals Altes 2005

E. Korthals Altes, 'De wereld van J.B.M. Vranken. Een vervolg (II slot)', *WPNR* 2005, afl. 6644, nr. 29.

Korthals Altes & Groen

E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Krippendorff 2004

K. Krippendorff, *Content Analysis: an Introduction to its methodology*, Beverly Hills: Sage Publications 2004.

Kristic, Van Tilburg & Verbruggen 2009

A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen, 'Private normstelling: criteria voor toepassing in de rechtszaal', *RegelMaat* 2009, 24(4).

Kuitenbrouwer & Van der Zee 2022

J. Kuitenbrouwer & R. van der Zee, 'De transitie heeft mijn leven verwoest', *HP/De Tijd* 31 oktober 2022.

Laarman, Bouwman, De Veer e.a., 2019

B.S. Laarman, R.J. Bouwman, A.J. de Veer AJ, e.a., 'How do doctors in the Netherlands perceive the impact of disciplinary procedures and disclosure of disciplinary measures on their professional practice, health and career opportunities? A questionnaire among medical doctors who received a disciplinary measure' *BMJ Open* 2019;9:e023576.

Leenen 1986

H.J.J. Leenen, 'Het schuldconcept in civiel recht, tuchtrecht en strafrecht', *NTvG* 1986/130, nr. 18.

Leenen 2020

H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 71.

Legemaate 2014

J. Legemaate, 'Posities van richtlijnen onder de nieuwe wet', *NTvG* 2014;158:A7380.

Legemaate 2022

J. Legemaate, 'Het gebruik van richtlijnen in de tuchtrechtspraak', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2022, 166:D6792.

Lindahl 2006

H.K. Lindahl, 'Zelfregulering: rechtsvorming, democratie en reflexieve identiteit', *RM Themis* 2006-2.

McHarg 2006

A. MchHarg, 'The Constitutional Dimension of Self-Regulation', in: F. Cafaggi (red.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, The Netherlands: Kluwer Law International 2006.

Menting 2015

M.C. Menting, '(R)Evolutie in het privaatrecht? Enkele beschouwingen over de rol van private regelgeving en de invloed van het EVRM naar aanleiding van HR Achmea/Rijnberg', *NTBR* 2015/16, afl. 4.

Menting 2016

M.C. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law*, Tilburg: PrismaPrint 2016.

Menting & Vranken 2014

M.C. Menting & J.B.M. Vranken, '*Gedragcodes in een meer gelaagd privaatrecht in Europa en Nederland*', in: M.C. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema (red.), *Gedragcodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief. Juridische betekenis, effectiviteit en handhaving. Preadviezen 2013 Uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Paris: Zutphen 2014.

Mörth 2004

U. Mörth, *Introduction in: Soft Law in Governance and Regulation. An interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar Publishing 2004.

Neerhof 2023

A.R. Neerhof, *Bindende werking van private normen en regels in het privaatrechtelijk bouwrecht. Een analyse naar aanleiding van arresten over de Meetinstructie voor makelaars, met een doorkijk naar de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen*, Instituut voor Bouwrecht: Den Haag 2023.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van keuringsinstituten', *BR* 1979/8.

Overes, Van der Ploeg & Van Veen

C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg & W.J.M. van Veen, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Pans 2003

E. Pans, 'De Hoge Raad en de onzekere arts', *NJB* 2003/17.

Pans 2006

E. Pans, *Normatieve grondslagen van het Nederlandse euthanasierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Pans 2022

E. Pans, 'De medisch-professionele standaard voor de transgenderjongere', *TvGR* 2022, afl. 4.

Roscam-Abbing 1998

H.D.C. Roscam-Abbing, 'Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 1998, 142(45).

Van Reijssen & Huben 1987

P.P.M. van Reijssen & J.H. Huben, *Jurisprudentieonderzoek protocollen in de gezondheidszorg*, Nijmegen: Katholieke Universiteit Nijmegen 1987.

De Rooy 2024

F.B.B. de Rooy e.a., 'Mental Health Evaluation of Younger and Older Adolescents Referred to the Center of Expertise on Gender Dysphoria in Amsterdam, The Netherlands.' *Archives of Sexual Behavior* 2024 Aug;53(8):2883-2896.

Scholten 1974

P. Scholten, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Deventer: Kluwer 1974.

Sedee 2022

M. Sedee, 'Transgenderzorg is een taak voor de hele maatschappij, niet alleen voor de genderpoli', *NRC* 23 juni 2022.

Sedee 2023

M. Sedee, 'Er zijn twijfels over puberteitsremmers voor transgender jongeren. Is dat terecht?' *NRC*, 27 januari 2023.

Van Schooten-van der Meer 1997

H. van Schooten-van der Meer, *Regelvorming in de rechtsstaat: een onderzoek naar de legitimering en de werking van het moderne recht en de alternatieve reguleringsvormen*, Enschede: Twente University Press, 1997, p. 107.

Schroeder 2002

H.P. Schroeder, Die lex mercatoria – Rechtsordnungsqualität und demokratische Legitimation, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002*, Richar Boorberg Verlag: Stuttgart 2003, p. 276-277.

Scott 2008

C. Scott, 'Regulating Private Legislation', in: F. Cavaggi (red.) & H. Muir-Watt (red.), *Making European Private Law: Governance Design*, Cheltenham: Edward Elgar 2008.

Sedee 2022

M. Sedee, 'Transgenderzorg is een taak voor de hele maatschappij, niet alleen voor de genderpoli', *NRC* 23 juni 2022.

Senden 2004

L.A.J. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Bloomsbury Publishing: Londen 2004.

Senden 2005

L.A.J. Senden, 'Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?', *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9, No. 1, januari 2005.

Sieburgh 2019

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet.*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Smeehuijzen 2005

J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', *AV&S* 2005, 10, afl. 2.

Smeehuijzen 2017

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.

Smeehuijzen 2022

J.L. Smeehuijzen, 'De veroordeling van Shell tot 45% CO2-reductie in 2030: over legitimiteit en effectiviteit', *NJB* 2022/458, afl. 8.

Smeehuijzen & De Haan 2020

J.L. Smeehuijzen & J. de Haan, 'Een empirisch onderzoek naar feitenrecht-spraak over uitleg. De tekst van de overeenkomst regeert, en wat de practicus moet weten op twee A-4tjes', *NJB* 2020/2569, afl. 38.

Smeehuijzen & Smids 2024

J.L. Smeehuijzen en J. Smids, 'Toediening van puberteitsremmers aan minderjarigen met genderdysforie en de Geneesmiddelenwet', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2024 (48), p. 6.

Smeehuijzen, Smids & Hoekstra 2023

J.L. Smeehuijzen, J. Smids & C.O. Hoekstra, 'Transgenderzorg aan kinderen – Juridische bedenkingen bij het *Dutch Protocol* (2018)', *NJB* 2023, 1772, afl. 25, p. 2058-2069.

Smids 2023

J. Smids, 'Orthopedagogen kunnen veel betekenen voor genderdiverse jongeren', *Tijdschrift voor Orthopedagogiek*, 2023, 62(1).

Smids & Vankrunkelsven

J. Smids, P. Vankrunkelsven, 'Uncertainties around the current gender care: five problems with the clinical lesson 'Youth with gender incongruence''. *Nederlands Tijdschrift Voor Geneeskunde*, 2023 Nov;167:D7941.

Stamhuis 2006

J.N. Stamhuis, *Conflicting interests in corporate regulation: an exploration of the limits of the interactionist approach to legislation in employee participation and corporate governance* (diss.), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2006, p. 38.

Stolk e.a. 2023

T. Stolk en anderen, 'Desire for children and fertility preservation in transgender and gender-diverse people: A systematic review', *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 87, March 2023, 102312.

Uhlenbroek & Mooibroek 2013

U. Uhlenbroek & M. Mooibroek, 'De betekenis van een tuchtrechtelijk oordeel voor de beroepsaansprakelijkheid overschat? Jurisprudentieonderzoek toegepast op de beroepen van advocaat, arts, notaris en accountant', *AV&S* 2013.

Valk 2021

J.J. Valk, 'Het gewoonterecht anno 2021', *MVV* 2021/3.

Vasterman 2021

P. Vasterman, 'Berichtgeving over gender-ingrepen bij tieners is te weinig kritisch', *NRC* 17 mei 2021.

Veerman & Hendriks-De Lange 2007

G.J. Veerman & S.R. Hendriks-De Lange. *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Verbruggen 2019

P.W.J. Verbruggen, 'In tijden van verandering. Over de relatie tussen het privaatrecht en private regelgeving', *WPNR* 2019, afl. 7242.

Verbruggen 2020

P.W.J. Verbruggen, 'Civiele aansprakelijkheid voor private normstelling' *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2020(1), 18-29.

Verbruggen 2021

P.W.J. Verbruggen, *Methoden van systematische rechtspraakanalyse. Tussen juridische dogmatiek en data science*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 13.

Vranken 1995

J.B.M. Vranken, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1995.

De Visser & Bouma 2023

E. de Visser & K. Bouma, 'Interview met Enny Das en Chris Verhaak', *de Volkskrant* 10 mei 2023.

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****, Deventer: Kluwer 2005.

De Vries e.a. 2011

A.L. de Vries e.a., 'Puberty suppression in adolescents with gender identity disorder: a prospective follow-up study' *The Journal of Sexual Medicine* 2011 Aug(8).

De Vries 2014

A.L. de Vries e.a., 'Young adult psychological outcome after puberty suppression and gender reassignment.' *Pediatrics*. 2014 Oct;134(4):696-704.

Wiznitzer 2021

S.N.P. Wiznitzer, 'Defensieve geneeskunde: een juridisch-empirisch perspectief', *Recht der Werkelijkheid* 2021 (42) 3.

Zucker 2019

K.J. Zucker, 'Adolescents with Gender Dysphoria: Reflections on Some Contemporary Clinical and Research Issues.' *Arch Sex Behav*. 2019 Oct;48(7).

Rechtspraak

Hoge Raad

Hoge Raad 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966, 136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

Hoge Raad 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991, 26 (*Speekkaart/Gradener*).

Hoge Raad 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635 (*Van Hese/De Schelde*)

Hoge Raad 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001, 649 m.nt. J.B.M. Vranken, F.C.B. van Wijmen (*Trombose*).

Hoge Raad, 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532, NJ 2003/151, m.nt. F.C.B. van Wijmen (*Van der Woude/Beatrixoord*),

Hoge Raad 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006, 377 m.nt. H.J. Snijders, F.C.B. van Wijmen (*Protocol II*).

Hoge Raad 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6162, NJ 2012/290 m.nt. L.C.A. Verstappen (*Aansprakelijkheid verkoopmakelaar*).

Hoge Raad 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel, H.B. Krans (*Achmea/R.*).

Hoge Raad 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2452 (*Beroepsaansprakelijkheid accountant*).

Hoge Raad 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, NJ 2019/295 m.nt. S.D. Lindenberg (*Richtlijn Zorgvuldig Graafproces*).

Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1172, NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*).

Hoge Raad 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, NJ 2020, 428, m.nt. P. Mevis (*Koffie-euthanasie*).

Gerechtshoven

Gerechtshof Arnhem, 11 september 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB8620.

Gerechtshof Arnhem, 24 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH4132.

Gerechtshof Arnhem, 11 augustus 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ5405.

Gerechtshof Amsterdam, 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6992.

Gerechtshof Leeuwarden, 26 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9768.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 4 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9465.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5106.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 10 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4177.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9929.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 4 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:753

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 20 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1426.

Gerechtshof 's-Gravenhage, 1 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:600.

Gerechtshof Amsterdam 24-01-2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:191.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2650.

Gerechtshof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:GHAMS:2020:245.

Rechtbanken

Rechtbank Arnhem, 17 mei 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AY0882.

Rechtbank Rotterdam, 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP5714.

Rechtbank Amsterdam 17 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP8088.

Rechtbank Rotterdam, 18 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV1966.

Rechtbank Amsterdam, 7 maart 2012, ECLI:NL:RB:AMS:2012:BV9330.

Rechtbank Breda, 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX5098.

Rechtbank Gelderland, 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5231.

Rechtbank Amsterdam, 9 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5835.

Rechtbank Rotterdam, 1 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:793.

Rechtbank Rotterdam, 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4800.

Rechtbank Den Haag, 28 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7072.

Rechtbank Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380.

Rechtbank Noord-Holland, 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8120.

Rechtbank Limburg, 17 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:370.

Rechtbank Rotterdam, 23 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3886.

Rechtbank Amsterdam, 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5308.

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

Rechtbank Midden-Nederland, 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:514.

Rechtbank Den Haag, 10 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4062.

Rechtbank Midden Nederland, 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2639.

Rechtbank Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, r.o. 5.3.2.

Rechtbank Overijssel, 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3754.

Rechtbank Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA: 2021:5337.

Conclusies

Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2023:378, bij HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17 (*Afzinkkelder*).

Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2019:1037, bij HR: 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:143 (*Gedragscode pastoraat*).

Concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2018:304, bij HR 13 juli 18 ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*).

Tuchtrechtspraak voor gezondheidszorg

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag, 17 november 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:303.

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag, 24 maart 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:137.

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag, 16 mei 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:144

Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg

Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle, 10 maart 2014, ECLI:NL:TGZRZWO:2014:27.

Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven, 1 juni 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:47.

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag, 15 mei 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:138.

Kamerstukken

Kamerstukken I, 2000-2001, 266991, nr. 137b (MvA).

Kamerstukken II, 1998-1999, 26691, nr. 3.

Kamerstukken II, 1998-1999, 26691, nr. 6.

Kamerstukken II, 2000-2001, 26691, nr. 42.

Bijlagen

Bijlage 1: overzicht systematisch jurisprudentieonderzoek bij: C.O. Hoekstra, 'Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheidsnorm: een systematisch jurisprudentieonderzoek', AV&S 2020/38, afl. 6, p. 224-231.

Bij de voorbereiding van de bijlagen bij dit proefschrift is de onderliggende dataset opnieuw gecontroleerd. Daarbij bleek dat "Rechtbank Leeuwarden 29 juni 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BX1296", in een van de gebruikte overzichten niet was opgenomen. De uitspraak is gecodeerd als conform, met maatschappelijke aanvaarding als doorwerkingsgrondslag. De juiste telling bedraagt daarmee 89 relevante uitspraken, waarvan 68 conform, 8 contrair en 13 geen van beide. Voor hoofdstuk 3 betekent dit dat 76 uitspraken meetellen: 68 conform en 8 contrair. Binnen de 68 conforme uitspraken berust de doorwerking in 6, en niet 5, gevallen op maatschappelijke aanvaarding. De bijbehorende percentages van 9%, 83% en 17% blijven ongewijzigd. In een andere passage moet "49 van de 67 (73%)" worden gelezen als "49 van de 68 (72%)". Deze correcties hebben geen gevolgen voor de inhoudelijke conclusies.

#	Datum	Uitspraak
1	24-07-2004	Rechtbank 's-Gravenhage, 24 juli 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:AQ5353.
2	10-03-2005	Rechtbank Utrecht, 10 maart 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AS9730.
3	20-12-2005	Gerechtshof Arnhem, 20 december 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU9208
4	18-04-2006	Rechtbank Zwolle-Lelystad, 18 april 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AW5290.
5	17-05-2006	Rechtbank Arnhem, 17 mei 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AY0882.
6	09-05-2007	Rechtbank Zutphen, 9 mei 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB1491.
7	07-06-2007	Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB3703.
8	11-07-2007	Rechtbank Amsterdam, 11 juli 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA9497.
9	11-09-2007	Gerechtshof Arnhem, 11 september 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB8620.
10	17-09-2008	Rechtbank Zwolle-Lelystad, 17 september 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BF0802.
11	24-02-2009	Gerechtshof Arnhem, 24 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH4132.
12	24-03-2009	Gerechtshof Amsterdam, 24 maart 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ0728.
13	22-04-2009	Rechtbank Zwolle-Lelystad, 22 april 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI8294.
14	16-07-2009	Rechtbank Haarlem, 16 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ3060.
15	11-08-2009	Gerechtshof Arnhem, 11 augustus 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ5405.
16	25-08-2010	Rechtbank Alkmaar, 25 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BN4982.
17	17-03-2011	Rechtbank Amsterdam, 17 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP8088.
18	05-07-2011	Gerechtshof Amsterdam, 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6992.
19	09-08-2011	Rechtbank 's-Gravenhage, 9 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4406.

#	Datum	Uitspraak
20	30-11-2011	Rechtbank Utrecht, 30 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU6288.
21	18-01-2012	Rechtbank Rotterdam, 18 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV1966.
22	29-02-2012	Rechtbank Utrecht, 29 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV8187.
23	07-03-2012	Rechtbank Breda, 7 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV8015.
24	27-03-2012	Rechtbank Amsterdam, 7 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9330.
25	13-06-2012	Rechtbank Amsterdam, 13 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1494.
26	26-06-2012	Hof Leeuwarden 26 June 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9768.
27	29-06-2012	Rechtbank Leeuwarden, 29 juni 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX1296.
28	15-08-2012	Rechtbank Breda, 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX5098.
29	29-08-2012	Rechtbank Zwolle-Lelystad, 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:1648.
30	04-09-2012	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 4 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9465.
31	13-12-2017	Rechtbank Limburg, 13 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12110.
32	13-03-2013	Rechtbank Rotterdam, 13 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4595.
33	19-03-2013	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5106.
34	09-04-2013	Hof Arnhem-Leeuwarden, 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6718.
35	03-07-2013	Rechtbank Noord-Nederland, 3 juli 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4088.
36	10-09-2013	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 10 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4177.
37	30-10-2013	Rechtbank Amsterdam, 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8224.
38	13-11-2013	Rechtbank Oost-Brabant, 13 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6401.
39	04-12-2013	Rechtbank Rotterdam, 4 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9884.
40	24-12-2013	Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9929.
41	08-01-2014	Rechtbank Amsterdam, 8 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9.
42	04-02-2014	Hof Arnhem-Leeuwarden, 4 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:753.
43	20-05-2014	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 20 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1426.
44	22-05-2014	Rechtbank Oost-Brabant, 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2701.
45	22-07-2014	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 22 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5833.
46	27-08-2014	Rechtbank Amsterdam, 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7009.
47	02-09-2014	Gerechtshof Amsterdam, 2 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3704.
48	17-09-2014	Rechtbank Rotterdam, 17 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7637.
49	26-11-2014	Rechtbank Noord-Nederland, 26 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6661.
50	03-02-2015	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:719.
51	01-05-2012	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 1 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW4879.
52	12-05-2015	Gerechtshof Den Haag, 12 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2532.
53	27-05-2015	Gerechtshof Den Haag, 27 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1705.
54	10-06-2015	Rechtbank Gelderland, 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5231.
55	21-07-2015	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 21 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2770.
56	09-09-2015	Rechtbank Amsterdam, 9 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5835.

#	Datum	Uitspraak
57	15-09-2015	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 15 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6816.
58	24-09-2015	Rechtbank Oost-Brabant, 24 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6575.
59	05-02-2016	Rechtbank Rotterdam, 5 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:671.
60	10-02-2016	Rechtbank Oost-Brabant, 10 februari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:535.
61	01-03-2016	Gerechtshof 's-Gravenhage, 1 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:600.
62	25-05-2016	Rechtbank Rotterdam, 25 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3924.
63	19-10-2016	Rechtbank Gelderland, 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6690.
64	30-11-2016	Rechtbank Limburg, 30 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10506.
65	08-12-2016	Rechtbank 's-Gravenhage, 8 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167.
66	25-01-2017	Rechtbank Gelderland, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2024.
67	14-03-2017	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995.
68	24-05-2017	Rechtbank Rotterdam, 24 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4719.
69	21-06-2017	Rechtbank Rotterdam, 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4800.
70	28-06-2017	Rechtbank Den Haag, 28 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7072.
71	18-10-2017	Rechtbank Noord-Holland, 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8120.
72	08-11-2017	Rechtbank Den Haag, 8 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12829.
73	17-01-2018	Rechtbank Limburg, 17 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:370.
74	23-05-2018	Rechtbank Rotterdam, 23 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3886.
75	30-05-2018	Rechtbank Amsterdam, 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5308.
76	19-06-2018	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2650.
77	12-09-2018	Rechtbank Oost-Brabant, 12 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4413.
78	12-12-2018	Rechtbank Den Haag, 12 december 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:16332.
79	13-02-2019	Rechtbank Midden-Nederland, 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:514.
80	10-04-2019	Rechtbank Den Haag, 10 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4062.
81	12-06-2019	Rechtbank Midden Nederland, 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2639.
82	03-07-2019	Rechtbank Rotterdam, 3 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5421.
83	09-10-2019	Rechtbank Overijssel, 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3754.
84	30-10-2019	Rechtbank Gelderland, 30 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5368.
85	03-12-2019	Gerechtshof Amsterdam, 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4297.
86	10-12-2019	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10561.
87	18-12-2019	Rechtbank Den Haag, 18 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13463.
88	21-01-2020	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:509.
89	10-03-2020	Gerechtshof Den Haag, 10 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:361.

**Bijlage 2: overzicht systematisch jurisprudentieonderzoek bij:
C.O. Hoekstra, 'Maatschappelijke regulering als effectief en
waardevol rechtsvindingsinstrument: een vergelijking tussen
doctrine en feitenrecht-spraak', NJB 2021/2722, afl. 37, p. 3090-
3099.**

Nr.	Datum	Uitspraak
1	24-07-2004	Rechtbank 's-Gravenhage, 24 juli 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:AQ5353, https://www.cgr.nl/CGR.nl/media/CGR.nl/Gedragcode/20180701-Gedragcode-Genesmiddelenreclame.pdf
2	17-05-2006	Rechtbank Arnhem, 17 mei 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AY0882.
3	07-06-2007	Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB3703.
4	11-07-2007	Rechtbank Amsterdam, 11 juli 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA9497.
5	11-09-2007	Gerechtshof Arnhem, 11 september 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB8620.
6	17-09-2008	Rechtbank Zwolle-Lelystad, 17 september 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BF0802.
7	24-02-2009	Gerechtshof Arnhem, 24 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH4132.
8	22-04-2009	Rechtbank Zwolle-Lelystad, 22 april 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI8294.
9	16-07-2009	Rechtbank Haarlem, 16 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ3060.
10	11-08-2009	Gerechtshof Arnhem, 11 augustus 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ5405.
11	25-10-2010	Rechtbank Alkmaar, 25 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BN4982.
12	17-03-2011	Rechtbank Amsterdam, 17 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP8088.
13	05-07-2011	Gerechtshof Amsterdam, 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6992.
14	09-08-2011	Rechtbank 's-Gravenhage, 9 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4406.
15	18-01-2012	Rechtbank Rotterdam, 18 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV1966.
16	07-03-2012	Rechtbank Breda, 7 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV8015.
17	27-03-2012	Rechtbank Amsterdam, 7 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9330.
18	13-06-2012	Rechtbank Amsterdam, 13 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1494.
19	26-06-2012	Hof Leeuwarden 26 June 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9768.
20	29-06-2012	Rechtbank Leeuwarden, 29 juni 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX1296.
21	15-08-2012	Rechtbank Breda, 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX5098.
22	29-08-2012	Rechtbank Zwolle-Lelystad, 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:1648.
23	04-09-2012	Gerechtshof 's-Hertogenbosch. 4 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9465.
24	13-03-2013	Rechtbank Rotterdam, 13 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4595.
25	09-04-2013	Hof Arnhem-Leeuwarden, 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6718.
26	03-07-2013	Rechtbank Noord-Nederland, 3 juli 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4088.
27	10-09-2013	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 10 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4177.

Nr.	Datum	Uitspraak
28	30-10-2013	Rechtbank Amsterdam, 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8224.
29	24-12-2013	Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9929.
30	08-01-2014	Rechtbank Amsterdam, 8 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9.
31	04-02-2014	Hof Arnhem-Leeuwarden, 4 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:753.
32	20-05-2014	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 20 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1426.
33	22-05-2014	Rechtbank Oost-Brabant, 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2701.
34	22-07-2014	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 22 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5833.
35	27-08-2014	Rechtbank Amsterdam, 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7009.
36	02-09-2014	Gerechtshof Amsterdam, 2 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3704.
37	17-09-2014	Rechtbank Rotterdam, 17 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7637.
38	26-11-2014	Rechtbank Noord-Nederland, 26 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6661.
39	03-02-2015	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:719.
40	01-05-2015	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 1 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:BW4879.
41	12-05-2015	Gerechtshof Den Haag, 12 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2532.
42	27-05-2015	Gerechtshof Den Haag, 27 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1705.
43	10-06-2015	Rechtbank Gelderland, 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5231.
44	21-07-2015	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 21 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2770.
45	09-09-2015	Rechtbank Amsterdam, 9 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5835.
46	24-09-2015	Rechtbank Oost-Brabant, 24 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6575.
47	05-02-2016	Rechtbank Rotterdam, 5 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:671.
48	01-03-2016	Gerechtshof 's-Gravenhage, 1 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:600.
49	25-05-2016	Rechtbank Rotterdam, 25 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3924.
50	19-10-2016	Rechtbank Gelderland, 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6690.
51	30-11-2016	Rechtbank Limburg, 30 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10506.
52	08-12-2016	Rechtbank 's-Gravenhage, 8 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167.
53	25-01-2017	Rechtbank Gelderland, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2024.
54	14-03-2017	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995.
55	24-05-2017	Rechtbank Rotterdam, 24 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4719.
56	21-06-2017	Rechtbank Rotterdam, 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4800.
57	28-06-2017	Rechtbank Den Haag, 28 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7072.
58	18-10-2017	Rechtbank Noord-Holland, 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8120.
59	08-11-2017	Rechtbank Den Haag, 8 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12829.
60	13-12-2017	Rechtbank Limburg, 13 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12110.
61	17-01-2018	Rechtbank Limburg, 17 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:370.

Nr.	Datum	Uitspraak
62	23-05-2018	Rechtbank Rotterdam, 23 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3886.
63	30-05-2018	Rechtbank Amsterdam, 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5308.
64	19-06-2018	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2650.
65	12-09-2018	Rechtbank Oost-Brabant, 12 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4413.
66	13-02-2019	Rechtbank Midden-Nederland, 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:514.
67	10-04-2019	Rechtbank Den Haag, 10 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4062.
68	12-06-2019	Rechtbank Midden Nederland, 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2639.
69	03-07-2019	Rechtbank Rotterdam, 3 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5421.
70	09-10-2019	Rechtbank Overijssel, 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3754.
71	30-10-2019	Rechtbank Gelderland, 30 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5368.
72	03-12-2019	Gerechtshof Amsterdam, 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4297.
73	10-12-2019	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10561.
74	18-12-2019	Rechtbank Den Haag, 18 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13463.
75	21-01-2020	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:509.
76	10-03-2020	Gerechtshof Den Haag, 10 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:361.

Bijlage 3a: codeerschema van systematisch jurisprudentieonderzoek van civiele rechtspraak bij: C.O. Hoekstra, 'Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard', TvGR 2024, 48, afl. 1, p. 53-66.

Codeerlabel	Vastlegging	Operationalisering / beslisregel
Datum	Datum	Datum van de uitspraak.
Uitspraak	Vrije tekst	Gerecht, datum en ECLI van de uitspraak.
Regulering gebruikt?	Ja / nee	Of medische maatschappelijke regulering in de uitspraak wordt gebruikt.
Toepasselijke norm	Vrije tekst	Benaming van de toepasselijke medische maatschappelijke norm.
Conform I	Ja / nee	Richtlijn is in overeenstemming met medisch-professionele standaard; handelen arts is in overeenstemming met richtlijn; arts is niet aansprakelijk.
Conform II	Ja / nee	Richtlijn is in overeenstemming met medisch-professionele standaard; handelen arts is niet in overeenstemming met richtlijn; arts is aansprakelijk.
Contrair I	Ja / nee	Richtlijn is niet in overeenstemming met medisch-professionele standaard; handelen arts is in overeenstemming met richtlijn; arts is aansprakelijk.
Contrair II	Ja / nee	Richtlijn is niet in overeenstemming met medisch-professionele standaard; handelen arts is niet in overeenstemming met richtlijn; arts is niet aansprakelijk.
Relevante rechtsoverweging	Vrije tekst	Nummer(s) van de relevante rechtsoverweging(en) bij de conformiteitsbeoordeling.
Richtlijn algemeen van toepassing	Ja / nee	De richtlijn is in algemene zin van toepassing.
Richtlijn algemeen niet van toepassing	Ja / nee	De richtlijn is in algemene zin niet van toepassing.
Beide	Ja / nee	Zowel van toepassing als niet van toepassing, bijvoorbeeld ten aanzien van verschillende onderdelen. Een nadere beslisregel blijkt niet uit de bron.
Reden	Vrije tekst	Reden voor de beoordeling van de algemene toepasselijkheid.
Discussie over toepassing	Ja / nee	Of in de uitspraak discussie bestaat over de toepasselijkheid van de norm.
Discussie over algemene toepasselijkheid	Ja / nee	De discussie betreft de algemene toepasselijkheid van de norm.
Discussie afwijking concrete geval	Ja / nee	De discussie betreft afwijking van de norm in het concrete geval.
Type norm	Categorie	Technische norm; Perifere norm; Ethische norm; Onduidelijk. Een nadere inhoudelijke afbakening van deze categorieën blijkt niet uit de bron.

Bijlage 3b: overzicht systematisch jurisprudentieonderzoek van civiele rechtspraak bij: C.O. Hoekstra, 'Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard', TvGR 2024, 48, afl. 1, p. 53-66.1

Nr.	Datum	Uitspraak
1	18-04-2018	Rechtbank Amsterdam, 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2543.
2	29-01-2014	Rechtbank Amsterdam, 29 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:358.
3	07-02-2023	Rechtbank Rotterdam, 7 februari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:1395.
4	15-08-2018	Rechtbank Zeeland-West Brabant, 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:4940.
5	17-02-2021	Rechtbank Noord-Nederland, 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:589.
6	29-12-2004	Rechtbank Arnhem, 29 december 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS5643.
7	24-07-2019	Rechtbank Noord-Holland, 24 juli 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7049.
8	01-11-2017	Rechtbank Gelderland, 1 november 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6092.
9	12-05-2020	Gerechtshof Amsterdam, 12 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1354.
10	17-05-2017	Rechtbank Den Haag, 17 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:5685.
11	20-04-2011	Rechtbank Maastricht, 20 april 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BQ2508.
12	14-07-2004	Rechtbank Arnhem, 14 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR8862.
13	23-02-2010	Rechtbank Arnhem, 23 februari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL4385.
14	12-10-2011	Rechtbank Arnhem, 12 oktober 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BT8500.
15	06-10-2009	Rechtbank Den Haag, 6 oktober 2009, ECLI:NL:RBGR:2009:BK0176.
16	22-02-2002	Gerechtshof Leeuwarden, 22 februari 2002, ECLI:NL:GHLEE:2006:AV2474.

- 1 Bij opmaak van de deze bijlage bleek dat het in de oorspronkelijke publicatie vermelde aantal van 191 uitspraken niet volledig aansluit op de bewaarde dataset. De dataset bevat 190 regels, waaronder één dubbele vermelding, en daarmee 189 unieke uitspraken. Mogelijk houdt het verschil verband met de wijze waarop de oorspronkelijke zoekresultaten zijn geteld en ontdudd. De oorspronkelijke telling kon niet meer volledig worden gereconstrueerd. De geconstateerde dubbele vermelding behoort niet tot de inhoudelijk geanalyseerde uitspraken en heeft geen gevolgen voor de gerapporteerde deelpopulaties van 50 en 34 uitspraken of voor de conclusies.

Nr.	Datum	Uitspraak
17	13-07-2005	Rechtbank Maastricht, 13 juli 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628.
18	30-08-2011	Rechtbank Maastricht, 30 augustus 2011, ECLI:NL:RBMAA:2001:AD3400.
19	20-04-2006	Gerechtshof Den Haag, 20 april 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AW2484.
20	39911	Rechtbank Dordrecht, 8 april 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI1216.
21	15-04-2008	Rechtbank Rotterdam, 15 april 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD0412.
22	02-03-2011	Rechtbank Rotterdam, 2 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP9372.
23	19-02-2014	Rechtbank Den Haag, 19 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2101.
24	18-02-2022	Rechtbank Rotterdam, 18 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1180.
25	23-12-2021	Rechtbank Amsterdam, 23 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7281.
26	07-03-2002	Rechtbank Zutphen, 7 maart 2002, ECLI:NL:RBZUT:2002:AE0111.
27	15-03-2011	Gerechtshof Arnhem, 15 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BP8479.
28	30-06-2017	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 30 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5470.
29	31-01-2017	Gerechtshof Den Haag, 31 januari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2103.
30	24-11-2015	Rechtbank Rotterdam, 24 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8640.
31	21-07-2015	Gerechtshof Den Bosch, 21 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2763.
32	23-01-2013	Rechtbank Noord-Nederland, 23 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ0218.
33	29-06-2012	Rechtbank Leeuwarden, 29 juni 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX1296.
34	07-01-2020	Rechtbank Gelderland, 7 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1618.
35	05-12-2018	Rechtbank Noord-Holland, 5 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10456.
36	25-03-2022	Rechtbank Rotterdam, 25 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3385.
37	25-11-2020	Rechtbank Noord-Holland, 25 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9821.
38	30-07-2019	Rechtbank Noord-Holland, 30 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:6621.
39	10-01-2007	Rechtbank Utrecht, 10 januari 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:AZ6197.

Nr.	Datum	Uitspraak
40	07-07-2020	Rechtbank Arnhem-Leeuwarden, 7 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5200.
41	04-01-2017	Rechtbank Oost-Brabant, 4 januari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:42.
42	23-06-2020	Gerechtshof Den Bosch, 23 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1911.
43	29-09-2010	Rechtbank Den Haag, 29 september 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO3180.
44	2015-08-19 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6179.
45	2017-12-15 00:00:00	Rechtbank Amsterdam, 15 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9869.
46	02-04-2008	Rechtbank Dordrecht, 2 april 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BC9280 .
47	2018-05-14 00:00:00	Rechtbank Gelderland, 14 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3115.
48	2023-09-08 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 8 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8298.
49	2021-04-23 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 23 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3540.
50	2009-11-04 00:00:00	Rechtbank Den Haag, 4 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1930.
51	2012-04-17 00:00:00	Gerechtshof Leeuwarden, 17 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW2983.
52	2011-11-23 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 23 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9541.
53	2011-06-01 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 1 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8223.
54	2016-05-13 00:00:00	Rechtbank Amsterdam, 13 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2916.
55	2014-02-13 00:00:00	Rechtbank Noord-Holland, 13 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2482.
56	2011-03-10 00:00:00	Rechtbank Den Haag, 10 maart 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP7348.
57	2008-03-27 00:00:00	Rechtbank Breda, 27 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BC9146.
58	2021-11-17 00:00:00	Rechtbank Amsterdam, 17 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7277.
59	2018-02-13 00:00:00	Gerechtshof Den Haag, 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:166.
60	2008-10-21 00:00:00	Rechtbank Zwolle-Lelystad, 21 oktober 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BH2391.
61	2008-08-15 00:00:00	Rechtbank Utrecht, 15 augustus 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BE2719.
62	16-04-2003	Rechtbank Rotterdam, 16 april 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF7942.
63	26-08-2020	Rechtbank Midden-Nederland, 26 augustus 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4095.
64	30-03-2022	Rechtbank Midden-Nederland, 30 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1150.

Nr.	Datum	Uitspraak
65	24-02-2020	Rechtbank Noord-Nederland, 24 februari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:5104.
66	17-12-2018	Rechtbank Gelderland, 17 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5765.
67	19-02-2016	Rechtbank Rotterdam, 19 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1327.
68	07-01-2021	Rechtbank Noord-Holland, 7 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:163.
69	08-02-2019	Rechtbank Rotterdam, 8 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:789.
70	11-03-2009	Rechtbank Arnhem, 11 maart 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH9159.
71	29-12-2012	Rechtbank Limburg, 29 december 2012, ECLI:NL:RBLIM:2012:10021.
72	09-01-2008	Rechtbank Dordrecht, 9 januari 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BC1704.
73	13-06-2013	Rechtbank Noord-Holland, 13 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA2958.
74	29-07-2022	Rechtbank Limburg, 29 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5828.
75	16-07-2021	Rechtbank Amsterdam, 16 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3531.
76	09-07-2020	Rechtbank Noord-Holland, 9 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5103.
77	01-09-2017	Rechtbank Amsterdam, 1 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6400.
78	02-03-2011	Rechtbank Middelburg, 2 maart 2011, ECLI:RBMID:2011:BP8087.
79	2020-08-13 00:00:00	Rechtbank Amsterdam, 13 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4219.
80	2019-12-17 00:00:00	Rechtbank Oost-Brabant, 17 december 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:7732.
81	2015-02-19 00:00:00	Rechtbank Oost-Brabant, 19 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1024.
82	2023-02-20 00:00:00	Rechtbank Overijssel, 20 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1301.
83	2018-03-23 00:00:00	Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 23 maart 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1745.
84	2005-02-23 00:00:00	Rechtbank Arnhem, 23 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT2447.
85	2014-02-11 00:00:00	Rechtbank Overijssel, 11 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:646.
86	2022-06-01 00:00:00	Rechtbank Amsterdam, 1 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2975.
87	2021-03-31 00:00:00	Rechtbank Amsterdam, 31 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2955.
88	2012-04-27 00:00:00	Rechtbank Den Haag, 27 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW4283.

Nr.	Datum	Uitspraak
89	2009-05-12 00:00:00	Gerechtshof Den Bosch, 12 mei 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI7588.
90	2005-09-14 00:00:00	Rechtbank Arnhem, 14 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5294.
91	2000-04-12 00:00:00	Rechtbank Den Haag, 12 april 2000, ECLI:NL:RBSGR:2000:AA5464.
92	2022-08-03 00:00:00	Rechtbank Amsterdam, 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4909.
93	2017-02-01 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 1 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:793.
94	2010-11-24 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 24 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO7879.
95	2017-11-30 00:00:00	Gerechtshof Den Haag, 30 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382.
96	2014-12-15 00:00:00	Gerechtshof Amsterdam, 15 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5228.
97	2023-07-17 00:00:00	Rechtbank Gelderland, 17 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4139.
98	2017-07-14 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 14 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6459.
99	2017-03-02 00:00:00	Rechtbank Oost-Brabant, 2 maart 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:1280.
100	2015-06-17 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4250.
101	2015-01-22 00:00:00	Rechtbank Noord-Holland, 22 januari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:876.
102	2010-12-13 00:00:00	Rechtbank Maastricht, 13 december 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BO7650.
103	2018-06-06 00:00:00	Rechtbank Den Haag, 6 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6611.
104	2016-03-08 00:00:00	Rechtbank Oost-Brabant, 8 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:931.
105	2019-04-16 00:00:00	Gerechtshof Den Bosch, 16 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1458.
106	2011-12-07 00:00:00	Rechtbank Amsterdam, 7 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV1236.
107	2011-11-23 00:00:00	Rechtbank Den Haag, 23 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BX6364.
108	2010-12-22 00:00:00	Rechtbank Middelburg, 22 december 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BP4983.
109	2012-02-22 00:00:00	Rechtbank Den Bosch, 22 februari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV6856.
110	2021-06-10 00:00:00	Rechtbank Noord-Nederland, 10 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2730.
111	2017-11-22 00:00:00	Rechtbank Oost-Brabant, 22 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6091.
112	2014-03-26 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 26 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1583.
113	2011-05-24 00:00:00	Gerechtshof Amsterdam, 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ7517.

Nr.	Datum	Uitspraak
114	2007-07-25 00:00:00	Rechtbank Haarlem, 25 juli 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB2031.
115	2021-10-26 00:00:00	Rechtbank Gelderland, 26 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5671.
116	2014-12-15 00:00:00	Gerechtshof Amsterdam, 15 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5229.
117	2020-07-22 00:00:00	Rechtbank Oost-Brabant, 22 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3631.
118	2019-12-10 00:00:00	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10570.
119	2019-05-22 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 22 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4047.
120	2014-02-13 00:00:00	Rechtbank Noord-Holland, 13 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2439.
121	2011-02-22 00:00:00	Gerechtshof Amsterdam, 22 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP7259.
122	2013-08-07 00:00:00	Rechtbank Midden-Nederland, 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3251.
123	2011-05-24 00:00:00	Gerechtshof Arnhem, 24 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ6277.
124	2010-02-15 00:00:00	Rechtbank Dordrecht, 15 februari 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL7560.
125	2022-08-17 00:00:00	Rechtbank Oost-Brabant, 17 augustus 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3395.
126	2023-03-03 00:00:00	Rechtbank Noord-Holland, 3 maart 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:2009.
127	19/01/2022	Rechtbank Den Haag, 19 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:221.
128	16/03/2021	Rechtbank Den Haag, 16 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2579.
129	19/07/2019	Rechtbank Amsterdam, 19 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7791.
130	19/04/2017	Rechtbank Amsterdam, 19 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3782.
131	2016-04-01 00:00:00	Rechtbank Gelderland, 4 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7163.
132	25/11/2014	Gerechtshof Den Bosch, 25 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4936.
133	2013-12-02 00:00:00	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 12 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1711.
134	29/02-2012	Rechtbank Rotterdam, 29 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV8093.
135	22/06/2010	Gerechtshof Amsterdam, 22 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6933.
136	19/12/2019	Rechtbank Rotterdam, 19 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10413.
137	20/08/2019	Gerechtshof Den Haag, 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2172.
138	19/07/2017	Rechtbank Gelderland, 19 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3748.

Nr.	Datum	Uitspraak
139	23/07/2014	Rechtbank Midden-Nederland, 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7661.
140	2013-11-12 00:00:00	Rechtbank Gelderland, 11 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6474.
141	2010-01-12 00:00:00	Rechtbank Den Bosch, 1 december 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BP0843.
142	29/09/2010	Rechtbank Rotterdam, 29 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9944.
143	31/03/2010	Rechtbank Dordrecht, 31 maart 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM0264.
144	21/11/2007	Rechtbank Arnhem, 21 november 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB8715.
145	24/10/2018	Rechtbank Den Haag, 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14479.
146	2022-05-04 00:00:00	Gerechtshof Den Bosch, 5 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1080.
147	2021-01-09 00:00:00	Rechtbank Amsterdam, 1 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4760.
148	29/01/2020	Rechtbank Den Haag, 29 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1679.
149	17/07/2019	Rechtbank Den Haag, 17 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8340.
150	2017-05-07 00:00:00	Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 5 juli 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:4868.
151	2010-08-09 00:00:00	Rechtbank Haarlem, 8 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO4552.
152	14/04/2010	Rechtbank Rotterdam, 14 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN7297.
153	23/02/2010	Rechtbank Rotterdam, 23 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL5998.
154	24/11/2009	Rechtbank Den Bosch, 24 november 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:3413.
155	14/03/2012	Rechtbank Rotterdam, 14 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV9542.
156	25/04/2017	Gerechtshof Den Haag, 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2045.
157	29/05/2013	Rechtbank Den Haag, 29 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2475.
158	2012-02-05 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 2 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW4845.
159	16/03/2011	Rechtbank Rotterdam, 16 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ7053.
160	24/11/2011	Rechtbank Rotterdam, 24 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP5712.
161	2010-08-12 00:00:00	Rechtbank Utrecht, 8 december 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO6888.

Nr.	Datum	Uitspraak
162	15/11/2010	Rechtbank Utrecht, 15 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO6726.
163	14/07/2010	Rechtbank Zwolle-Lelystad, 14 juli 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BO4400.
164	18/12/2007	Gerechtshof Den Haag, 18 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC1132.
165	14/02/2007	Rechtbank Groningen, 14 februari 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BA7177.
166	25/06/2005	Rechtbank Den Bosch, 25 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:BQ3252.
167	29/08/2002	Rechtbank Zutphen, 29 augustus 2002, ECLI:NL:RBZUT:2002:AE7282.
168	14/04/2023	Rechtbank Oost-Brabant, 14 april 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:1647.
169	14/04/2022	Rechtbank Noord-Nederland, 14 april 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:1294.
170	21/01/2020	Gerechtshof Den Bosch, 21 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:166.
171	31/07/2019	Rechtbank Limburg, 31 juli 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:7069.
172	2017-01-02 00:00:00	Rechtbank Den Haag, 1 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:827.
173	23/01/2013	Rechtbank Rotterdam, 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2397.
174	26/11/2014	Rechtbank Oost-Brabant, 26 november 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:7183.
175	26/08/2008	Rechtbank Zwolle-Lelystad, 26 augustus 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BE9192.
176	18/01/2006	Rechtbank Arnhem, 18 januari 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AU9846.
177	29/11/2005	Gerechtshof Arnhem, 29 november 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU7670.
178	13/09/2016	Gerechtshof Amsterdam, 13 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3739.
179	2015-10-06 00:00:00	Rechtbank Noord-Nederland, 10 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2805.
180	2011-12-01 00:00:00	Rechtbank Rotterdam, 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP5714.
181	23/01/2013	Rechtbank Rotterdam, 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2365.
182	25/06/2015	Rechtbank Gelderland, 25 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4169.
183	30/09/2020	Rechtbank Rotterdam, 30 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9245.
184	16/08/2017	Rechtbank Midden-Nederland, 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4172.
185	2017-07-03 00:00:00	Gerechtshof Den Haag, 7 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:431.

Nr.	Datum	Uitspraak
186	2012-02-09 00:00:00	Gerechtshof Arnhem, 2 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853.
187	18/03/2020	Rechtbank Amsterdam, 18 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2200.
188	17/03/2015	Gerechtshof Den Bosch, 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:933.
189	16/11/2010	Gerechtshof Den Haag, 16 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO8014.

Bijlage 3c: codeerschema van systematisch jurisprudentieonderzoek tuchtrechtspraak bij: C.O. Hoekstra, 'Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard', TvGR 2024, 48, afl. 1, p. 53-66.

Codeerlabel	Vastlegging	Operationalisering / beslisregel
Datum	Datum	Datum van de uitspraak.
Uitspraak	Vrije tekst	Gerecht, datum en ECLI van de uitspraak.
Regulering gebruikt?	Ja / nee	Of richtlijn in de uitspraak wordt gebruikt.
Toepasselijke norm	Vrije tekst	Benaming van de toepasselijke richtlijn.
Conform I	Ja / nee	Richtlijn in overeenstemming met medisch-professionele standaard; handelen arts in overeenstemming met richtlijn; arts is niet tuchtrechtelijk aansprakelijk.
Conform II	Ja / nee	Richtlijn in overeenstemming met medisch-professionele standaard; handelen arts is niet in overeenstemming met maatschappelijke medische norm; arts is tuchtrechtelijk aansprakelijk.
Contrair I	Ja / nee	Richtlijn is niet in overeenstemming met medisch-professionele standaard; handelen arts is niet in overeenstemming met richtlijn; arts is tuchtrechtelijk aansprakelijk.
Contrair II	Ja / nee	Richtlijn is niet in overeenstemming met medisch-professionele standaard; handelen arts is niet in overeenstemming met richtlijn; arts is niet tuchtrechtelijk aansprakelijk.
Relevante rechtsoverweging	Vrije tekst	Nummer(s) van de relevante rechtsoverweging(en) bij de conformiteitsbeoordeling.
Richtlijn algemeen van toepassing	Ja / nee	De richtlijn is in algemene zin van toepassing.
Richtlijn algemeen niet van toepassing	Ja / nee	De richtlijn is in algemene zin niet van toepassing.
Beide	Ja / nee	Zowel van toepassing als niet van toepassing, bijvoorbeeld ten aanzien van verschillende onderdelen. Een nadere beslisregel blijkt niet uit de bron.
Reden	Vrije tekst	Reden voor de beoordeling van de algemene toepasselijkheid.
Discussie over toepassing	Ja / nee	Of in de uitspraak discussie bestaat over de toepasselijkheid van de norm.
Discussie over algemene toepasselijkheid	Ja / nee	De discussie betreft de algemene toepasselijkheid van de norm.
Discussie afwijking concrete geval	Ja / nee	De discussie betreft afwijking van de norm in het concrete geval.
Type norm	Categorie	Technische norm; Perifere norm; Ethische norm; Onduidelijk. Een nadere inhoudelijke afbakening van deze categorieën blijkt niet uit de bron.

Bijlage 3d: overzicht systematisch jurisprudentieonderzoek van medische tuchtrechtspraak bij: C.O. Hoekstra, 'Medische richtlijnen als uitdrukking van de medisch professionele standaard', TvGR 2024, 48, afl. 1, p. 53-66.

Nr.	Uitspraak
1	ECLI:NL:TGZRSGR:2017:108 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2016-199b
2	ECLI:NL:TGZCTG:2017:32 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2016.097
3	ECLI:NL:TGZCTG:2020:168 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2020.055
4	ECLI:NL:TGZRSGR:2016:71 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2015-194
5	ECLI:NL:TGZCTG:2017:151 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2016.320
6	ECLI:NL:TGZRGRO:2015:5 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Groningen G2014/49
7	ECLI:NL:TGZRSGR:2015:116 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2014-199
8	ECLI:NL:TGZCTG:2017:145 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2016.370
9	ECLI:NL:TGZRZWO:2018:58 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 106/2017
10	ECLI:NL:TGZCTG:2016:138 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2015.026
11	ECLI:NL:TGZCTG:2015:321 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2014.478
12	ECLI:NL:TGZCTG:2016:137 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2015.025
13	ECLI:NL:TGZRSGR:2017:85 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2016-206
14	ECLI:NL:TGZRAMS:2019:78 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2018/181
15	ECLI:NL:TGZCTG:2017:224 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2017.045
16	ECLI:NL:TGZRSGR:2019:234 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2019-142
17	ECLI:NL:TGZRAMS:2018:47 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2017/251
18	ECLI:NL:TGZCTG:2015:142 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2014.349
19	ECLI:NL:TGZRZWO:2020:7 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 151/2019
20	ECLI:NL:TGZRZWO:2018:5 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 059/2017
21	ECLI:NL:TGZRGRO:2019:16 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Groningen G2018/164

Nr.	Uitspraak
22	ECLI:NL:TGZRAMS:2014:20 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2013/207
23	ECLI:NL:TGZRZWO:2019:145 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 073/2019
24	ECLI:NL:TGZRAMS:2018:22 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2017/300
25	ECLI:NL:TGZCTG:2014:246 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2013.147
26	ECLI:NL:TGZRSGR:2016:128 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2016-063a
27	ECLI:NL:TGZREIN:2018:88 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 17255
28	ECLI:NL:TGZRZWO:2013:66 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 010/2013
29	ECLI:NL:TGZRAMS:2020:96 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2019/428
30	ECLI:NL:TGZCTG:2018:7 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2017.384
31	ECLI:NL:TGZRGRO:2019:35 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Groningen G2018/133
32	ECLI:NL:TGZCTG:2019:95 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2018.133
33	ECLI:NL:TGZCTG:2015:303 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2014.440
34	ECLI:NL:TGZCTG:2016:350 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2016.093
35	ECLI:NL:TGZREIN:2017:124 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 1722
36	ECLI:NL:TGZRGRO:2013:26 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Groningen G2013/53
37	ECLI:NL:TGZRAMS:2019:232 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2018/505
38	ECLI:NL:TGZRAMS:2020:23 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2019/251
39	ECLI:NL:TGZCTG:2018:86 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2017.342
40	ECLI:NL:TGZRAMS:2013:62 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2012/446
41	ECLI:NL:TGZCTG:2013:YG2624 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2012.085
42	ECLI:NL:TGZCTG:2018:138 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2017.467
43	ECLI:NL:TGZREIN:2017:47 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 16234
44	ECLI:NL:TGZRAMS:2013:YG2799 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2011/449
45	ECLI:NL:TGZRAMS:2019:75 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2018/501

Nr.	Uitspraak
46	ECLI:NL:TGZRSGR:2019:99 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2019-002a
47	ECLI:NL:TGZCTG:2015:190 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2014.422
48	ECLI:NL:TGZREIN:2013:YG2763 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 12118b
49	ECLI:NL:TGZRZWO:2017:209 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 323/2016 en 011/2017
50	ECLI:NL:TGZCTG:2013:51 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2012.293
51	ECLI:NL:TGZRSGR:2021:24 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2020-108a
52	ECLI:NL:TGZRAMS:2016:7 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2015/172
53	ECLI:NL:TGZRAMS:2015:42 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2014/230
54	ECLI:NL:TGZRZWO:2019:124 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 059/2019
55	ECLI:NL:TGZCTG:2019:143 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2018.282
56	ECLI:NL:TGZREIN:2016:56 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 15156
57	ECLI:NL:TGZREIN:2018:25 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 17143a
58	ECLI:NL:TGZREIN:2017:91 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 1752
59	ECLI:NL:TGZRAMS:2015:63 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2014/375
60	ECLI:NL:TGZREIN:2018:15 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 1770
61	ECLI:NL:TGZCTG:2020:201 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2020.001
62	ECLI:NL:TGZRAMS:2019:128 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2019/019
63	ECLI:NL:TGZRZWO:2018:43 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 268/2017
64	ECLI:NL:TGZRAMS:2019:186 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2019/073
65	ECLI:NL:TGZCTG:2017:156 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2016.307
66	ECLI:NL:TGZRZWO:2018:173 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 324/2017
67	ECLI:NL:TGZRZWO:2017:93 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 135/2016
68	ECLI:NL:TGZRAMS:2018:25 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2017/303
69	ECLI:NL:TGZCTG:2018:129 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2017.203

Nr.	Uitspraak
70	ECLI:NL:TGZRAMS:2017:26 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2016/268
71	ECLI:NL:TGZRZWO:2014:141 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 054/2014
72	ECLI:NL:TGZCTG:2014:41 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2013.193
73	ECLI:NL:TGZCTG:2015:51 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2013.386
74	ECLI:NL:TGZRAMS:2020:21 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2019/331
75	ECLI:NL:TGZRSGR:2021:86 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag D2021/2588-2020-189c
76	ECLI:NL:TGZRSGR:2013:40 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2013-022
77	ECLI:NL:TGZREIN:2013:YG2765 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 12118d
78	ECLI:NL:TGZCTG:2018:279 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2018.148
79	ECLI:NL:TGZCTG:2018:315 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2017.456
80	ECLI:NL:TGZCTG:2021:152 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2020.184
81	ECLI:NL:TGZCTG:2017:91 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag C2016.279
82	ECLI:NL:TGZREIN:2017:93 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 1749
83	ECLI:NL:TGZRZWO:2016:79 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 225 t/m 229/2015
84	ECLI:NL:TGZRZWO:2018:137 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 104/2018
85	ECLI:NL:TGZCTG:2021:32 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2020.025
86	ECLI:NL:TGZREIN:2016:47 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 15194
87	ECLI:NL:TGZRAMS:2021:47 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2020/121
88	ECLI:NL:TGZRAMS:2017:84 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2017/082
89	ECLI:NL:TGZCTG:2016:107 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2015.304
90	ECLI:NL:TGZREIN:2016:27 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 1581
91	ECLI:NL:TGZCTG:2017:6 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2016.032
92	ECLI:NL:TGZRAMS:2013:YG2922 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2012/150
93	ECLI:NL:TGZCTG:2020:196 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2020.056

Nr.	Uitspraak
94	ECLI:NL:TGZRZWO:2019:137 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 093/2019
95	ECLI:NL:TGZCTG:2020:110 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2019.257
96	ECLI:NL:TGZRZWO:2019:138 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 114/2019
97	ECLI:NL:TGZRZWO:2019:68 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 341/2018
98	ECLI:NL:TGZRSGR:2015:81 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2014-273b
99	ECLI:NL:TGZCTG:2014:346 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2014.018
100	ECLI:NL:TGZCTG:2018:173 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2017.552
101	ECLI:NL:TGZREIN:2017:72 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 1699b
102	ECLI:NL:TGZRZWO:2014:27 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 125/2013
103	ECLI:NL:TGZRAMS:2013:36 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2012/406
104	ECLI:NL:TGZCTG:2017:144 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2016.369
105	ECLI:NL:TGZCTG:2017:319 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2016.492
106	ECLI:NL:TGZCTG:2020:70 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2019.092
107	ECLI:NL:TGZREIN:2016:57 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 15184
108	ECLI:NL:TGZCTG:2016:233 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2015.202
109	ECLI:NL:TGZREIN:2013:14 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 1352
110	ECLI:NL:TGZRAMS:2019:211 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2019/253
111	ECLI:NL:TGZREIN:2012:YG2501 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 1228
112	ECLI:NL:TGZRGRO:2019:39 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Groningen G2018/137
113	ECLI:NL:TGZCTG:2013:YG2626 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2012.041
114	ECLI:NL:TGZCTG:2018:55 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2017.269
115	ECLI:NL:TGZRZWO:2017:117 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 182/2016
116	ECLI:NL:TGZRZWO:2013:YG2815 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 227/2012
117	ECLI:NL:TGZCTG:2016:364 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2016.191

Nr.	Uitspraak
118	ECLI:NL:TGZREIN:2019:5 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 18144
119	ECLI:NL:TGZCTG:2014:205 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2013.159
120	ECLI:NL:TGZCTG:2019:42 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2018.037
121	ECLI:NL:TGZCTG:2018:281 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2018.015
122	ECLI:NL:TGZREIN:2015:59 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 1510
123	ECLI:NL:TGZCTG:2018:223 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2017.545
124	ECLI:NL:TGZRAMS:2013:YG2591 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2011/248
125	ECLI:NL:TGZCTG:2021:58 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2019.342
126	ECLI:NL:TGZRAMS:2013:60 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2012/432
127	ECLI:NL:TGZRAMS:2020:2 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2019/252
128	ECLI:NL:TGZCTG:2019:306 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2018.463
129	ECLI:NL:TGZCTG:2014:127 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2013.260
130	ECLI:NL:TGZCTG:2014:47 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2013.143
131	ECLI:NL:TGZRSGR:2015:6 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2014-054
132	ECLI:NL:TGZRZWO:2019:97 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 030/2019
133	ECLI:NL:TGZCTG:2015:331 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2015.029
134	ECLI:NL:TGZCTG:2014:88 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2012.385
135	ECLI:NL:TGZRGRO:2019:36 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Groningen G2018/134
136	ECLI:NL:TGZREIN:2020:52 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 19164b
137	ECLI:NL:TGZRZWO:2017:69 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 063/2016
138	ECLI:NL:TGZRZWO:2016:77 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 235 t/m 239/2015
139	ECLI:NL:TGZRAMS:2018:137 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2018/295
140	ECLI:NL:TGZRSGR:2019:117 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2018-351
141	ECLI:NL:TGZRZWO:2013:YG2856 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 092-2012

Nr.	Uitspraak
142	ECLI:NL:TGZCTG:2014:43 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2013.195
143	ECLI:NL:TGZCTG:2016:326 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2016.076
144	ECLI:NL:TGZRZWO:2018:148 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 111/2018
145	ECLI:NL:TGZCTG:2021:41 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2020.011
146	ECLI:NL:TGZCTG:2019:73 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2018.394
147	ECLI:NL:TGZRZWO:2017:101 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 285/2016
148	ECLI:NL:TGZCTG:2014:324 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2014.053
149	ECLI:NL:TGZRAMS:2017:129 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2016/397
150	ECLI:NL:TGZREIN:2017:2 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 1614b
151	ECLI:NL:TGZCTG:2017:50 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2015.327
152	ECLI:NL:TGZRSGR:2016:48 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2015-168c
153	ECLI:NL:TGZRSGR:2014:81 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2013-013c
154	ECLI:NL:TGZCTG:2020:95 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2019.159
155	ECLI:NL:TGZCTG:2018:231 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2018.023
156	ECLI:NL:TGZRAMS:2021:43 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2020/265
157	ECLI:NL:TGZRSGR:2017:81 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2016-278
158	ECLI:NL:TGZCTG:2014:281 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2013.206
159	ECLI:NL:TGZRZWO:2013:35 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 133/2012
160	ECLI:NL:TGZRAMS:2018:28 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2017/369
161	ECLI:NL:TGZCTG:2015:126 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2014.301 tm c2014.315
162	ECLI:NL:TGZRSGR:2020:106 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2019-220
163	ECLI:NL:TGZRZWO:2017:30 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 151/2015
164	ECLI:NL:TGZRAMS:2015:66 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2014/021
165	ECLI:NL:TGZRGRO:2019:51 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2019-098

Nr.	Uitspraak
166	ECLI:NL:TGZCTG:2019:28 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2018.081
167	ECLI:NL:TGZRSGR:2017:43 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2016-083a
168	ECLI:NL:TGZRAMS:2015:81 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2015/042
169	ECLI:NL:TGZRAMS:2020:119 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2019/472
170	ECLI:NL:TGZREIN:2013:65 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 1354
171	ECLI:NL:TGZCTG:2016:208 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2015.319
172	ECLI:NL:TGZRZWO:2018:41 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 138/2017
173	ECLI:NL:TGZREIN:2016:42 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 15175
174	ECLI:NL:TGZRAMS:2017:125 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 2017/ 142
175	ECLI:NL:TGZRSGR:2019:58 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag 2018-274
176	ECLI:NL:TGZREIN:2016:43 Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven 15176
177	ECLI:NL:TGZCTG:2018:57 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag c2017.219

Bijlage 4: bijdrage aan de gedeelde publicaties

Hoofdstuk 6

Lodewijk Smeehuijzen is eerste auteur van de bijdrage. Jilles Smids deed het medisch literatuuronderzoek. Coen Hoekstra maakte in overleg met Lodewijk Smeehuijzen het beoordelingsraamwerk en werkte de concrete normstelling daarvan uit, schreef mee aan de bijdrage en leverde input op alle conceptversies.

Hoofdstuk 7

Lodewijk Smeehuijzen is eerste auteur van de bijdrage. Jilles Smids deed het medisch literatuuronderzoek. Coen Hoekstra maakte in overleg met Lodewijk Smeehuijzen het beoordelingsraamwerk en werkte de concrete normstelling daarvan uit, schreef mee aan de bijdrage en leverde input op alle conceptversies.

Hoofdstuk 8

Coen Hoekstra is eerste auteur. Coen Hoekstra deed het literatuuronderzoek, voerde de wetshistorische analyse uit en schreef de bijdrage. Lodewijk Smeehuijzen herschreef enkele onderdelen van het concept (met name de irrationaliteit van het Standpunt) en leverde feedback op de bijdrage als geheel.

Dankwoord

Dan nu op het allerlaatste moment, het allerlaatste stuk. Morgen gaat het gevaarte naar de drukker. Hoe typisch dat ik zelfs in dit stadium nog tegen een deadline aan het aanhikken ben. Veel beter wordt mijn gemoedstoestand niet wanneer ik me realiseer dat dit nog wel het meest gelezen stuk wordt. Dat een vos wel zijn haren maar niet zijn streken verliest is echt pijnlijk accuraat in mijn geval.

Ik heb tijdens het schrijven van dit boek en tijdens het bedenken en uitvoeren van het daaraan ten grondslag liggende onderzoek ontzettend veel geleerd. Ik had dit dan ook nooit kunnen doen zonder de hulp van talloze personen. Ik ga een poging doen om een deel daarvan te bedanken, wetende dat ik niet in de buurt kom van het werkelijke aantal personen dat heeft bijgedragen en aan wie ik dank verschuldigd ben. Ik vraag me af of dit het werkelijke *dark number* van mijn onderzoek is. Wel voel ik me inmiddels comfortabel in het ongewisse – heerlijk!

Allereerst de leden van de leescommissie: Arno Akkermans, Richard Neerhof, Corette Ploem, Rianka Rijnhout en Paul Verbruggen, ontzettend veel dank dat jullie zitting hebben willen nemen in de leescommissie, het boek hebben gelezen en bovendien van waardevol commentaar voorzien. Ik kijk ontzettend uit naar de verdediging en vooral naar de kans om met jullie van gedachten te wisselen.

Dan mijn promotoren Lodewijk Smeehuijzen en Wolf Sauter. Jullie behoren tot de slimste mensen die ik ken en ik ben er trots op dat ik onder jullie supervisie dit onderzoek heb mogen doen. Zonder jullie was ik hoogstwaarschijnlijk nog steeds aan het mijmeren over een goede werkdefinitie voor legitimiteit. En hoewel ik met jullie instemming even dat legitimiteitsmoeras ben ingedoken hebben jullie mij er gelukkig bijtijds weer uitgetrokken. Zonder jullie had ik me hoogstwaarschijnlijk op een “Von Münchhausen-tje” moeten verlaten. Ik vraag me werkelijk af of ik daartoe in staat zou zijn geweest. Ik heb ongeloofelijk veel van jullie geleerd en wil jullie daar enorm voor bedanken. Ik kijk dankbaar terug op onze brainstormsessies en herinner me dan vooral dat we zoveel plezier hadden samen.

Dan mijn fantastische collega's van de VU Amsterdam en in het bijzonder mijn collega's van de Afdeling Privaatrecht. Jullie maken samen de Afdeling Privaatrecht tot een fantastische plek. Ik denk dat er in ieder geval voor mij weinig plekken zo geschikt waren om mijn (wetenschappelijke) carrière te beginnen als bij jullie. Het is een voorrecht om met zoveel slimme en aardige mensen samengewerkt te hebben. Een aantal van jullie wil ik graag nog in het bijzonder noemen.

Masha Antokolskaia, dank dat je altijd voor de afdeling door het vuur gaat. Arno Akkermans, wat was het leuk om samen Aansprakelijkheidsrecht te geven. Heel erg bedankt daarvoor, maar ook voor het meedenken over mijn onderzoek. Richard Neerhof, we hebben ons allebei min of meer gelijktijdig verdiept in het fenomeen private regelgeving. Ik heb het als heel waardevol ervaren om met jou daarover van gedachten te wisselen en voelde me daardoor gesteund in mijn eigen onderzoek, heel erg bedankt. Paul Vlas en Marek Zilinsky, bij jullie schreef ik mijn afstudeerscriptie en onder jullie begeleiding sloeg de vonk om rechtswetenschappelijk onderzoek te doen echt over. Ook heb ik dankzij jullie nog steeds een voorliefde voor het IPR, heel erg bedankt. Chantal Mahé, onder jouw leiding begon ik met mijn onderwijswerkzaamheden aan de VU, dat was best spannend. Veel dank voor je tips & tricks en je hartelijke ontvangst in 'Team Contractenrecht'. Berber Laarman en Alexander Flos, toen ik begon met mijn promotieonderzoek waren jullie al ruim op weg. Dank jullie wel voor jullie gezelligheid en het delen van jullie ervaringen. Sophie Prent en Anna Kapteijn, als jullie er waren was het altijd feest in het Initium. Ik heb gehuild van het lachen met jullie. Tim Bleeker, je bent altijd bereid geweest om mee te denken en hebt me meermaals een podium geboden om mijn onderzoek te presenteren aan je studenten, veel dank daarvoor. Iris Becx, mijn kamergenote tijdens het begin van de Corona-periode, het was fijn dat we samen in het lege Initium ons onderzoek kunnen doen waar we het bovendien reuze gezellig hadden. Roos Nieuwboer, dankjewel voor alle kleur en het jeu dat je de afdeling bracht en brengt. Onderzoek doen is altijd leuker met Roos. Stijn Jonassen, ik genoot ervan om samen (systeem)kritiek te uiten en aspecten van onze samenleving te ridiculiseren. Je creativiteit werkte verfrissend als de afdeling soms dreigde in te dutten. Pieter ten Broecke, iemand die weet wat lekker is, maar vooral iemand die je helpt te geloven dat je op de goede weg bent, dankjewel.

Ook ben ik mijn nieuwe collega's bij Freshfields dank verschuldigd voor mijn onderzoek naar "iets met soft law en open normen". Het gaat dan in het bijzonder om Mijke Sinninghe Damsté voor het vertrouwen dat het boek af zou komen. Marco Vogels, Alexander Schurink, Darya Bondarchuk, Tea Minovic, David de Bock, Eleonora di Pangrazio, Sam Kloosterboer, Zarai van Leeuwen, Willemijn Koert, Inge Eisinga, Renske Fokkema, Tim van Helfteren, Gaibar Hasami, Jorn Homan, Romée Schrijver, Boudewijn Renshof, Milan Uterwijk en Iris Brafine voor het aanhoren van mijn gezenuw, over de verdediging en het uitspreken van vertrouwen in de goede afloop. Rutger Bouma en Max van Moorsel voor het vieren van en stilstaan bij het afmaken van het boek.

Dan mijn familie en vrienden, te beginnen met mijn ouders, Annelies Oude Grotebevelsborg en Hajo Hoekstra. Vrij frequent heb ik een bak ellende over jullie uitgestort over de voortgang van mijn onderzoek of liever gezegd het gebrek daaraan. Het is een ontzettend geruststellende gedachte dat dat kan en dat jullie altijd bereid zijn om mee te denken. Cas en ik hebben maar geluk met twee van zulke slimme en lieve ouders. Ik houd meer van jullie dan ik zeggen kan. Ottokar Ingwersen, dankjewel voor je nimmer aflatende interesse en steun. Ik kijk met veel plezier terug op onze gesprekken en verheug me op alle gesprekken die nog komen gaan. Niets is ooit te dol. Omannette en Bob, ook erg bedankt voor alle steun. Ik heb jullie (heel) vaak mogen uitleggen waar dit onderzoek over gaat, en als ik nu iets scherp kan verwoorden, is het dankzij die herhaling. Loutje Hoekstra, dankjewel voor het ter beschikking stellen van je kunstwerk. Je maakt prachtige dingen en ik hoop dat dit een beetje helpt om de rest van de wereld dat te laten zien. Heleen en Gerard en Paul en Imogen, jullie moet ik ook zeker bedanken voor de interesse in mijn voortgang en het aanjagen van die voortgang (verrassing, dat was jij natuurlijk vooral Heleen) en jullie vertrouwen.

Mijn fantastische vrienden uit Arnhem: Sam Akkersdijk en Wisse de Kempenaer. Jullie hebben vanaf het eerste moment meegeleefd en ik kan hier niet goed tot uitdrukking brengen hoe dankbaar ik jullie daarvoor ben en hoe blij ik met jullie als mijn vrienden ben. Ik zal het jullie dit weekend vermoedelijk nog wel uitgebreid vertellen. Speciale vermelding voor Bram de Kempenaer en Hidde Lambers.

Hmmmbeuys, jullie zijn allemaal geweldig. Speciaal woord van dank voor Wouter Breen, Roel van Straalen, Marc Blankenstein, Léon Klumpert, Maurice van Manen, Miles Momoh, Jasper Kapteyn en Berend Braam voor jullie support. Datzelfde geldt voor: Oscar Ibsen, Paul Emsbroek, Martijn Breen, Stijn de Leng en Camiel PitPit Hekster: iedereen is bang.

Dan mijn paranimfen, Cas Hoekstra en Bart Westerveld. Er is ontzettend veel waarvoor ik jullie kan bedanken. Op dit moment ben ik jullie er vooral dankbaar voor dat jullie het einde van dit traject, waar ik soms best tegenop zie, tot een waar feest maken. En zo hoort het volgens mij ook te zijn. Ik houd zielsveel van jullie allebei en kan niet wachten om dit alles na afloop van de festiviteiten nog een keer met jullie te vieren. Tot slot hoop ik dat jullie tijdens de verdediging iets mogen voorlezen, zodat zowel jullie looks als jullie vocale vermogen in de spotlight komen te staan. Dat verdienen jullie.

Tot slot mijn lieve Anna. Wat houd ik van je en wat ben ik blij dat jij er bent. Je hebt me de afgelopen jaren zo geholpen. Je hebt steeds naar mijn zorgen geluisterd en mij onvermoeibaar in mezelf doen geloven. Het leven met jou is licht en ik geniet van elk moment, wat hebben we veel plezier. Ik hoop voor jou te kunnen zijn wat jij voor mij bent. Nu is het boek inderdaad af en is het goed zo.