

I. INLEIDING

1 INTRODUCTIE

“Defensieve dokters”,¹ “bange bestuurders”,² “stijgende brandstofprijzen”³ en risico’s voor de veiligheid van ambtenaren⁴ of zelfs van de gehele natie.⁵ Hoewel de procedure in het civiele aansprakelijkheidsrecht is vormgegeven als tweepartijengeschild, komt de laatste jaren steeds nadrukkelijker naar voren dat rechterlijke uitspraken in dit domein vaak lang niet alleen van belang zijn voor de partijen, maar dat daarvan ook een bredere impact kan uitgaan. Er ontstaan dan macro-effecten. Dat komt onder meer doordat ideële organisaties zich vaker tot de rechter wenden om op die manier maatschappelijke verandering te bewerkstelligen, maar ook doordat dat de civiele rechter het steeds nadrukkelijker tot zijn taak lijkt te rekenen om zelf het recht verder te ontwikkelen.

Dit roept de vraag op hoe de rechter dient om te gaan met de macro-effecten die het gevolg kunnen zijn van zijn uitspraken. Deze vraag staat in dit onderzoek centraal. Met de term “macro-effecten” doel ik op de mogelijke effecten van rechterlijke beslissingen voor niet-rechtstreeks bij een procedure betrokkenen.⁶ De omgang met macro-effecten vergt stuurmanskunst van de rechter en vereist dat hij nauwkeurig navigeert tussen de partijen, de samenleving en de politiek.⁷ Met dit onderzoek beoog ik de rechter daarbij van een kompas te voorzien.

In dit hoofdstuk bespreek ik eerst de aanleiding voor dit onderzoek: de veranderende verhouding tussen de rechter en de sociale werkelijkheid, die ertoe leidt dat

-
1. Wiznitzer 2021.
 2. Kroeze 2005.
 3. Hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:736 (*M&M*). Ook: Hensen & Stellinga, *NRC* 2024, p. 14.
 4. HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (*IS uitreizigers*).
 5. Hof Den Haag 12 april 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:191 (*Uitvoer F-35 onderdelen*).
 6. Vgl. Hoofdstuk III, paragraaf 2 voor een verdere introductie van die term. Zie ook: Spier, *AV&S* 2014, afl. 6, p. 52; De Jong 2016b, p. 52; De Jong & Van der Linden, *NTBR* 2017, afl. 1; De Poorter, Van Heusden & De Lange 2018, p. 16; De Jong, *MvV* 2019, afl. 4, p. 133; Van Gestel 2023; De Poorter 2023, p. 39.
 7. Vgl. Schutgens & Sillen 2021, p. 192.

(ogenschijnlijk steeds vaker) macro-effecten ontstaan als gevolg van de rechterlijke uitspraak (paragraaf 2). In paragraaf 3 introduceer ik het doel van dit onderzoek: het ontwikkelen van een objectieve benadering voor het incorporeren van macro-effecten in de oordeelsvorming van de civiele rechter. In paragraaf 4 bespreek ik hoe ik deze benadering ontwikkel, om in paragraaf 5 in te gaan op de deelvragen en opzet van het onderzoek. In paragraaf 6 ga ik tot slot verder in op de afbakening van dit onderzoek.

2 AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK: DE VERANDERENDE VERHOUDING TUSSEN DE RECHTER EN DE SOCIALE WERKELIJKHEID

2.1 Inleiding

De achtergrond van de thematiek van dit onderzoek wordt gevormd door een klassiek rechtssociologisch vraagstuk: de verhouding tussen het recht en de sociale werkelijkheid.⁸ Binnen de rechtssociologie wordt bij het beschrijven van die verhouding vaak een onderscheid gemaakt tussen de sociale werking van het recht en de sociale genese (ook wel: productie) van het recht.⁹ Onder de sociale werking wordt de invloed van het recht op de samenleving verstaan, terwijl de sociale genese zich juist richt op de vraag hoe de samenleving, en de daarin levende opvattingen, hun weg vinden naar het recht.¹⁰ Huls spreekt in dit kader wel van het “tweerichtingsverkeer tussen recht en samenleving”.¹¹

De zoektocht naar de juiste verhouding tussen de civiele rechter en de sociale werkelijkheid kent een lange geschiedenis, ook binnen de contouren van het aansprakelijkheidsrecht. Nadat de vraag naar de rol van de samenleving en de daarin levende opvattingen bij de totstandkoming van rechterlijke uitspraken zich in de

8. Zie voor het onderscheid tussen (maar ook de vervlechting van) de sociale en de juridische werkelijkheid, ook: Huls, *RdW* 2000, afl. 3, p. 138; Memelink 2009, p. 24 e.v. Daarover ook, in kritische zin: Schuyt 1988, p. 301–302. Kenmerkend voor het onderscheid tussen de sociale werkelijkheid en de juridische werkelijkheid is volgens Carbonell dat gebeurtenissen in de sociale werkelijkheid empirisch waarneembaar (kunnen) zijn. Zij gaan, met andere woorden, gepaard met een *space-time dimension*. Zie daarover verder: Carbonell, *Cogency Journal of Reasoning and Argumentation* 2011, afl. 2, p. 91. Een verwijzing naar die ‘empirisch waarneembare werkelijkheid’ is ook te vinden bij Giesen, *AV&S* 2016, afl. 2, p. 76. Zie in de Duitse literatuur ook: Rottluthner 1980, p. 107; Hassemer 1982, p. 513; Hassemer, *JuristenZeitung* 2008, afl. 1, p. 7–8.

9. Huls 2015, p. 61.

10. Zie: Niemeijer & Klein Haarhuis, *RdW* 2008, afl. 2, p. 11; Schwitters 2011, p. 334; Weyers, *RdW* 2018, afl. 2, p. 86. In de rechtssociologie worden rechtsregels (zoals die ook worden geformuleerd in sommige rechterlijke uitspraken) namelijk gezien als onafhankelijke variabelen die gedrag, het maatschappelijk leven, en maatschappelijke veranderingen zouden kunnen beïnvloeden. Daarover: Griffiths, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 2017, afl. 2, p. 117.

11. Huls 2015, p. 61. Vgl. voor een beschrijving van deze dynamiek ook: Hol & Loth 1991; Memelink 2009, p. 24 e.v.

rechtspraak al een aantal keer had aangediend,¹² opende de Hoge Raad in 1919 de aansprakelijkheidsrechtelijke luiken naar de maatschappij. In dat jaar oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Lindenbaum/Cohen* namelijk dat ook een doen of nalaten in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid kan kwalificeren als een onrechtmatige daad – naast de reeds door de wetgever in de wet neergelegde onrechtmatigheidsgronden.¹³ De Hoge Raad creëerde daarmee de mogelijkheid om de in de maatschappij levende opvattingen mee te nemen in de rechterlijke oordeelsvorming, en die opvattingen daarmee in het recht te *codificeren*.¹⁴ De mogelijkheid om de maatschappij en de daarin levende opvattingen in de rechterlijke oordeelsvorming te betrekken, is nadien door de wetgever steeds verder uitgebouwd, onder meer door het veelvuldige gebruik van open normen in het aansprakelijkheidsrechtelijke systeem.¹⁵ Dit proces van codificatie *via* de rechterlijke uitspraak is in Figuur 1 weergegeven met pijl A.¹⁶

Waar de rechter in eerste instantie nog kon volstaan met het ontwaren van de reeds in de maatschappij levende opvattingen en die door middel van zijn uitspraak in het recht kon codificeren, is daar in de loop der tijd een extra element bij gekomen. Niet alleen codificeert de rechter tegenwoordig namelijk de bestaande maatschappelijke opvattingen en structuren in zijn uitspraken, maar – steeds nadrukkelijker – lijken die uitspraken ook te *modificeren* wat nog gaat komen: rechterlijke uitspraken beïnvloeden aldus de sociale werkelijkheid.¹⁷

Er ontstaan dan, kortom, macro-effecten: effecten van rechterlijke beslissingen voor niet-rechtstreeks bij een procedure betrokkenen. In de woorden van Huls is er daarmee “alle reden om het vonnis niet te beschouwen als het eind van het ver-

12. Zie bijvoorbeeld HR 10 juni 1910, ECLI:NL:HR:1910:1 (*Zutphense waterleiding*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat ook gedrag dat maatschappelijk gezien wellicht onbetamelijk en zeer onwenselijk is, daarmee nog niet onrechtmatig is in de zin van de relevante wetsbepalingen. Zie ook: Van Deursen & Giesen 2023, p. 20.

13. HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (*Lindenbaum/Cohen*).

14. Zie over maatschappelijke ontwikkelingen als decor voor de rechterlijke oordeelsvorming ook: Schuyt 1988, p. 308; Barendrecht 1999; Bauw 2017, p. 19–20; Ortlep 2020, p. 7–8.

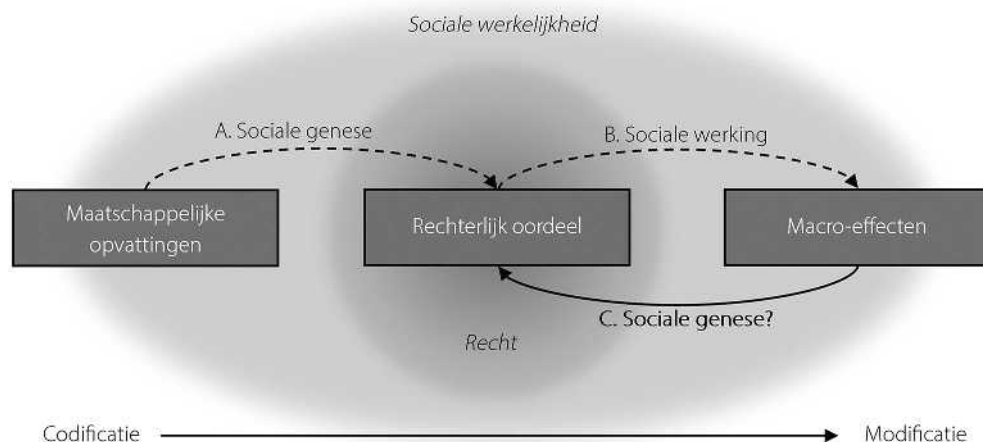
15. Zie voor een verdere beschrijving van deze ontwikkelingen en de rol van open normen daarbij: Memelink 2009, p. 29; Bakker 2012, p. 13; Bakker, WPNR 2017/7133; Van der Wiel, TCR 2018, afl. 3, p. 68; Schutgens & Sillen 2021, p. 197; De Jong & Giesen 2022, p. 27; Keirse & Mak 2022, p. 24; Van Deursen & Giesen 2023, p. 20 e.v.

16. Er is daar sprake van een sociale genese van het recht, omdat het recht door de rechter ingevuld en ontwikkeld wordt aan de hand van de in de maatschappij levende opvattingen. Met Figuur 1 beoog ik de belangrijkste dynamieken die de achtergrond van dit onderzoek vormen, schematisch weer te geven en op die manier inzichtelijk te maken. Ik ben mij er uiteraard van bewust dat het onderscheid tussen recht en de sociale werkelijkheid veelal niet gemakkelijk te maken valt en heb er daarom onder meer voor gekozen om beide sferen (ook visueel) in elkaar te laten overlopen.

17. Vgl. Lindo, NJB 1995, afl. 24, p. 885; Sorgdrager, *Ars Aequi* 2020, afl. 10; Schutgens & Sillen 2021, p. 156–157; Visitatiecommissie Rechtspraak 2023, p. 7; De Bock 2023, p. 107; Naves 2023. Zie over (het onderscheid tussen) codificerend en modificerend recht ook: Koopmans 1970; Van Gestel & Vleugel 2013, p. 37; Gillaerts, *Utrecht Law Review* 2019, afl. 3, p. 28.

haal, maar als een incident, als een (...) voorlopig oordeel waarop nog van alles kan volgen.”¹⁸ Dit gegeven voegt een nieuw, toekomstgericht perspectief toe aan de rechterlijke oordeelsvorming, een proces dat van oudsher vooral gericht is op de toepassing van het reeds bestaande juridische systeem en de reeds bestaande maatschappelijke opvattingen op feiten die zich in het verleden afspeelden.¹⁹ Deze vorm van de sociale werking van rechterlijke uitspraken is in Figuur 1 weergegeven met pijl B.

Figuur 1 Verhouding tussen het rechterlijk oordeel en de sociale werkelijkheid



In de volgende paragrafen schets ik twee tendensen die een belangrijke rol spelen bij de beschreven ontwikkeling van codificerende jurisprudentie tot modificerende jurisprudentie. Allereerst beschrijf ik hoe de rechtszaal in toenemende mate gebruikt lijkt te worden als een arena voor het bewerkstelligen van maatschappelijke verandering (paragraaf 2.2) en vervolgens het toenemende belang van rechterlijke rechtsontwikkeling (paragraaf 2.3). Aan deze tendensen liggen meerdere (vaak samenhangende en ook gedeeltelijk overlappende) oorzaken ten grondslag, die door diverse auteurs reeds uitvoerig zijn beschreven. Ik ga daarop dan ook niet uitgebreid in, maar volsta met verwijzingen naar de relevante literatuur in de voet-

18. Huls, *RdW* 2000, afl. 3, p. 138.

19. Vgl. over die verschuiving naar een toekomstgericht perspectief in de rechterlijke oordeelsvorming: Luhmann 1974, p. 26–27; Summers, *Cornell Law Review* 1978, afl. 5; Deckert 1995, p. 2–3; MacCormick & Summers 1997, p. 1; Kwak, *R&R* 2004, afl. 1, p. 47; MacCormick 2005, p. 117–118; Asser/Vranken *Algemeen Deel**** 2005/13–15; Posner 2008, p. 274; Hassemer, *JuristenZeitung* 2008, afl. 1, p. 7; Cserne, *Humanitas Journal of European Studies* 2009, p. 13; Rüsing 2016, p. 4; De Poorter 2023, p. 5.

noten. Duidelijk is in ieder geval dat de in de volgende paragrafen beschreven ontwikkelingen zich afspelen tegen de achtergrond van een terugtrekkende nationale wetgever en een toenemend gebruik van open normen,²⁰ een groeiende invloed van internationale- en supranationale regelgeving²¹ en een ruim(er) beschermingsbereik van diverse fundamentele rechten.²²

2.2 *De rechtszaal als arena voor het bewerkstelligen van maatschappelijke verandering*

Onder meer ingegeven door de opvatting dat de wetgever te weinig zou doen om adequate oplossingen te bieden voor de vraagstukken van de huidige tijd, zoeken (en vinden) maatschappelijke groeperingen – ogenschijnlijk steeds vaker²³ – hun weg naar de rechter om de door hen gewenste maatschappelijke verandering af te dwingen.²⁴ Veelal doen zij dat door in een algemeenbelangactie een rechterlijk gebod of verbod te vorderen. De rechtszaal lijkt dan gebruikt te worden als een arena voor het bewerkstelligen van maatschappelijke verandering.²⁵ In dergelijke

-
20. De uitdrukking “terugtrek van de wetgever” is een containerbegrip waarmee bedoeld wordt op een aantal verschillende ontwikkelingen. Daaronder vallen in ieder geval het uitblijven van sturing door regelgeving en een afnemende parlementaire betrokkenheid bij het tot stand komen van regelgeving, een toenemende delegatie en decentralisatie van regelgevende bevoegdheden en een toename van het belang van private regelgeving. Zie onder meer: Koopmans 1970; Dommering 1982, p. 2; Alkema, *NJB* 2000, afl. 21, p. 1053; Van Klink & Broers 2001, p. 4; Broeders e.a. 2013, p. 36; Burkens e.a. 2017, p. 32; Hirsch Ballin 2019; Keppel & Van Arnhem 2019, p. 15 e.v.; Van Ommeren 2019, p. 3; Van Gestel, *RegelMaat* 2019, afl. 3, p. 233 en 237; Raad voor het Openbaar Bestuur 2020; Van Lochem, *RegelMaat* 2020, afl. 3; De Poorter, *NTB* 2020, afl. 3, p. 108–109; Van Gestel & Loth, *Ars Aequi* 2020, afl. 10, p. 651; Koole 2021, p. 161; Keirse & Mak 2022, p. 76; Bakels, *NJB* 2022, afl. 18, p. 1460–1461; Polak, *NJB* 2022, afl. 26, p. 2062; De Poorter 2023, p. 47. Ook door de Raad van State is deze ontwikkeling meermaals in zijn jaarverslagenesignaleerd. Zie onder meer: Raad van State 2007, p. 57; Raad van State 2019, p. 20. Ook in het *Harmonisatiewet*arrest werd al gesproken van “een toeneming van het overwicht van de uitvoerende macht”, zie: HR 14 april 1989 ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), r.o. 3.4. Zie over het toenemende gebruik van open normen onder meer: Memelink 2009, p. 29; Bakker 2012, p. 13; Bakker, *WPNR* 2017/7133; Van der Wiel, *TCR* 2018, afl. 3, p. 68; Schutgens & Sillen 2021, p. 197; De Jong & Giesen 2022, p. 27; Keirse & Mak 2022, p. 24; Van Deursen & Giesen 2023, p. 20 e.v.
 21. Lindo, *NJB* 1995, afl. 24, p. 886; Barendrecht, *NJB* 2000, afl. 13, p. 693; Van Boom, *WPNR* 2008/6772; Giesen, *WPNR* 2008/6772; Kortmann 2009, p. 11 e.v.; Hammerstein, *Ars Aequi* 2009, afl. 9, p. 673; Hol & Mak, *Rechtstreeks* 2010, afl. 4, p. 24; De Poorter 2013a, p. 7; Bauw 2019, p. 28; De Poorter, *NTB* 2020, afl. 3, p. 109; Keirse & Mak 2022, p. 14.
 22. Vgl. Wiarda 1988, p. 37; Smits 2003; Leijten & Van Terwisga, *TvCR* 2021, afl. 3, p. 168; Bauw 2022, p. 106; Vleugel, *NTM|NJCM-Bulletin* 2022, afl. 2, p. 202–203; De Bock 2024, p. 20.
 23. Over deesignaleerde toename van dit soort acties: Hol & Mak, *Rechtstreeks* 2010, afl. 4, p. 24; Bauw 2019, p. 28; Leijten & Van Terwisga, *TvCR* 2021, afl. 3, p. 177; Keirse & Mak 2022, p. 11, 13–14 en 73; Bauw 2022, p. 109; Van der Helm 2023, p. 8–9; Stolk, *AB* 2023, afl. 28, p. 1509; De Augustinis, *European Law Journal* 2023, afl. 3-6, p. 378–379; Vreeken, *de Volkskrant* 17 februari 2024.
 24. Van Gestel & Loth, *Rechtstreeks* 2022, afl. 1, p. 25; Ghinelli 2023, p. 152 en 173; Barkhuysen, *NJB* 2023, afl. 27, p. 2261; De Augustinis, *European Law Journal* 2023, afl. 3-6, p. 379.
 25. Spijkers, *Ars Aequi* 2019, afl. 3; Stolk, *NTB* 2020, afl. 8; Schutgens & Sillen 2021, p. 181–182; Keirse & Mak 2022, p. 74; Bauw 2022, p. 107–108; Van Gestel & Loth, *Rechtstreeks* 2022, afl. 1, p. 19–20;