



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Weet de rechter wat de maatschappij vindt? Een empirisch-juridische blik op het gebruik van maatschappelijke opvattingen bij rechterlijke oordeelsvorming

Dalhuisen, L.; Bouwman, T.

Citation

Dalhuisen, L., & Bouwman, T. (2023). Weet de rechter wat de maatschappij vindt?: Een empirisch-juridische blik op het gebruik van maatschappelijke opvattingen bij rechterlijke oordeelsvorming. *Ars Aequi*, 72(12), 956-960. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3716816>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3716816>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

WEET DE RECHTER WAT DE MAATSCHAPPIJ VINDT?

Een empirisch-juridische blik op het gebruik van maatschappelijke opvattingen bij rechterlijke oordeelsvorming

Lydia Dalhuisen & Tom Bouwman*

Rechters betrekken soms maatschappelijke opvattingen bij hun oordeelsvorming. De vraag is in hoeverre zij deze opvattingen kennen. Weet men wat er speelt? Uit empirisch-juridisch onderzoek blijkt dat de opvattingen in de maatschappij niet altijd overeenkomen met wat rechters zien als de maatschappelijke opvatting. Vraag is daarom of hun oordeel wel hierop gebaseerd zou moeten worden.

1 Inleiding

De rechter maakt bij juridische oordeelsvorming soms gebruik van zogeheten maatschappelijke opvattingen.¹ Hij gebruikt dan de opvattingen die in de maatschappij over een bepaalde kwestie leven om tot een juridisch oordeel te komen of om een juridisch oordeel te rechtvaardigen. Het *Hangmat*-arrest is hiervan een goed voorbeeld.² Daarin oordeelde de Hoge Raad met een verwijzing naar de 'maatschappelijke opvatting' dat een bezitter tegenover een medebezitter aansprakelijk kan zijn voor een gebrekkige opstal. Verder wordt bijvoorbeeld in het strafrecht de 'sociaal-ethische aanvaardbaarheid' – een begrip dat indirect ook naar maatschappelijke opvattingen verwijst – gebruikt als maatstaf om te bepalen of seksueel contact tussen minderjarigen al dan niet strafbaar is.³

Een vraag die het gebruik van maatschappelijke opvattingen bij juridische oordeelsvorming oproept, is hoe een rechter kan vaststellen welke opvattingen er in de maatschappij leven. Voelt hij dat zelf goed aan of zou hij daarvoor empirisch onderzoek moeten (laten) verrichten?

Een vraag die het gebruik van maatschappelijke opvattingen bij juridische oordeelsvorming oproept, is hoe een rechter kan vaststellen welke opvattingen er in de maatschappij leven. Voelt hij dat zelf goed aan of zou hij daarvoor empirisch onderzoek moeten (laten) verrichten? Momenteel licht een rechter vrijwel nooit toe hoe hij een maatschappelijke opvatting vaststelt.⁴ Dit doet vermoeden dat hij dat doorgaans zelf doet op basis van intuïtie of aan de hand van de op dat moment beschikbare informatie, maar geen uitgebreid empirisch onderzoek verricht of laat verrichten naar de opvattingen die in de maatschappij leven. Om erachter te komen of dat gebrek aan empirisch onderzoek problematisch is, hebben wij samen met een aantal collega's een surveyonderzoek uitgevoerd.⁵ Wij hebben onderzocht of de maatschappelijke opvattingen die (in hoofdzaak) door de Hoge Raad worden gebruikt, overeenstemmen met de opvattingen die in de maatschappij leven. Daaruit is gebleken dat de (hoogste) Nederlandse rechter over het algemeen vrij goed aanvoelt wat de maatschappij over bepaalde thema's vindt. Er zijn echter ook verschillende discrepanties gevonden tussen de maatschappelijke opvattingen die de rechter gebruikt en de opvattingen van respondenten in ons onderzoek. Daarom zijn wij voorstander van meer transparantie over het besluitvormingsproces van de rechter. Het risico bestaat dat indien een rechter geen toegang heeft tot empirisch onderzoek aan de hand waarvan hij een maatschappelijke opvatting kan staven, dit kan leiden tot verhullend motiveren. Daarom

* Mr.dr. L. Dalhuisen is universitair docent forensische psychiatrie bij het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen aan de Universiteit Utrecht en als onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (hierna: UCALL), mr.dr. T. Bouwman is postdoc bij het Instituut voor Privaatrecht aan de Universiteit Leiden. De auteurs bedanken Elbert de Jong en Ivo Giesen voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

1 Dit artikel is gebaseerd op T. Bouwman, L. Dalhuisen, I. Giesen & E.R. de Jong (red.), *Opvattingen onderzoeken. Een verkennend juridisch-empirisch onderzoek naar het gebruik van maatschappelijke opvattingen in Nederlandse rechtspraak* (UCALL-reeks 21), Den Haag: Boom juridisch 2021.
2 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*).
3 HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, NJ 2010/376, m.nt. N. Keijzer (*Trioeks*).
4 Zo constateert ook Memelink in het kader van verkeersopvattingen. Zie P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 90.
5 Het surveyonderzoek is mede uitgevoerd door Ivo Giesen en Elbert de Jong. De vragen zijn bedacht door verschillende onderzoekers binnen UCALL.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

menen wij dat hij in een dergelijk geval – mits daartoe mogelijkheid bestaat⁶ – moet aangeven dat zijn oordeel gestoeld is op een (eigen) normatieve afweging.

Ter nadere onderbouwing van deze stelling gaan wij in deze bijdrage eerst in op de aard en functie van verwijzingen naar maatschappelijke opvattingen in het recht (paragraaf 2). Daarna bespreken wij ons surveyonderzoek en de resultaten daarvan (paragraaf 3). Vervolgens gaan wij in op de betekenis van deze resultaten voor het gebruik van maatschappelijke opvattingen in het recht (paragraaf 4) en sluiten wij af met een korte conclusie (paragraaf 5).

Het risico bestaat dat indien een rechter geen toegang heeft tot empirisch onderzoek aan de hand waarvan hij een maatschappelijke opvatting kan staven, dit kan leiden tot verhullend motiveren. Daarom menen wij dat hij in een dergelijk geval moet aangeven dat zijn oordeel gestoeld is op een (eigen) normatieve afweging

2 Maatschappelijke opvattingen in het recht

In verschillende wetteksten en rechterlijke uitspraken, met name op het terrein van het privaatrecht, wordt expliciet gerefereerd aan maatschappelijke opvattingen.⁷ Het begrip 'maatschappelijke opvattingen' wordt in de juridische literatuur verder ook gebruikt als verzamelterm voor verschillende andere juridische begrippen waarbij de in de maatschappij levende opvattingen een rol spelen. Het bekendste privaatrechtelijke voorbeeld hiervan is de 'verkeersopvatting'.⁸ De opvattingen die in het maatschappelijk verkeer leven, zijn onder meer relevant bij de toerekening van een onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 3 BW) en bij de toerekening van een gedraging van een natuurlijke persoon aan een rechtspersoon.⁹ Een voorbeeld van een maatschappelijke opvatting die in het strafrecht een rol speelt, is de eerder aangehaalde 'sociaal ethische aanvaardbaarheid' van seksueel contact tussen minderjarigen.¹⁰

Deze voorbeelden van maatschappelijke opvattingen in het recht hebben twee gemeenschappelijke kenmerken. Ten eerste ontleen zij hun inhoud en invulling aan in de maatschappij levende opvattingen. Een maatschappelijke opvatting is daardoor geen 'autonoom door juristen te definiëren begrip' maar een verwijzing naar een 'buitenjuridische opvatting', aldus Tjong Tjin Tai.¹¹ Ten tweede hebben maatschappelijke opvattingen in het recht als gemeenschappelijk kenmerk dat zij relevant zijn voor juridische oordeelsvorming. De buitenjuridische opvatting bepaalt (mede) hoe een juridisch geschil

6 Soms moet de rechter op grond van de wet gebruikmaken van een maatschappelijke opvatting of omdat dat vaste jurisprudentie is. Zie verder paragraaf 4 van deze bijdrage.

7 Deze paragraaf bouwt voort op T. Bouwman & R. Roorda, 'Opvattingen onderzoeken: theoretisch kader', in: Bouwman, Dalhuisen, Giesen & De Jong 2021, p. 25-40.

8 Zie uitgebreid Memelink 2009.

9 HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34 (*Kleuterschool Babel*).

10 HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, NJ 2010/376, m.nt. N. Keijzer (*Triozeke*).

11 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Boekbespreking. De verkeersopvatting. Proefschrift van mr. P. Memelink', *MvV* 2010, p. 101. Tjong Tjin Tai stelt dit in het kader van verkeersopvattingen, maar hetgeen hij stelt, geldt ook voor maatschappelijke opvattingen in het algemeen.

moet worden beslecht. Of een onrechtmatige daad kan worden toegerekend of niet, kan bijvoorbeeld aan de hand van de verkeersopvatting ex artikel 6:162 lid 3 BW worden beslist. Het recht bepaalt overigens zelf of een maatschappelijke opvatting relevant is voor juridische oordeelsvorming of niet. Niet elke opvatting die in de maatschappij leeft is daardoor relevant voor juridische oordeelsvorming.

Maatschappelijke opvattingen in het recht zijn vaak vervat in open normen met een zogeheten vensterfunctie.¹² Zij openen voor het recht als het ware het venster naar de maatschappelijke werkelijkheid, zodat die werkelijkheid in het recht geïncorporeerd kan worden. Doordat maatschappelijke opvattingen in het recht de rechter ruimte bieden om rekening te houden met maatschappelijke ontwikkelingen, houden zij het recht flexibel en toekomstbestendig.¹³ Wat op dit moment maatschappelijk aanvaardbaar wordt geacht, was dat bijvoorbeeld veertig jaar geleden mogelijk niet. Door de maatschappelijke aanvaardbaarheid als maatstaf te hanteren kan de rechter rekening houden met veranderde maatschappelijke ontwikkelingen op een bepaald terrein.

De kritiek op het gebruik van maatschappelijke opvattingen is dat het kan leiden tot rechtsonzekerheid en dat een maatschappelijke opvatting voor de rechter niet altijd kenbaar is.¹⁴ In de parlementaire geschiedenis bij artikel 3:4 lid 1 BW wordt aangenomen dat de rechter over het algemeen in staat is om zelfstandig, zonder nader empirisch onderzoek, de verkeersopvatting te bepalen.¹⁵ Het gevaar daarvan is echter dat de maatschappelijke opvatting een machtswoord van de rechter wordt, althans verhullend motiveren in de hand werkt doordat het de mogelijkheid opent dat een onderliggend normatief oordeel van de rechter hierdoor niet expliciet als zodanig wordt gepresenteerd.¹⁶ Het lijkt dan alsof een maatschappelijke opvatting verwijst naar de opvattingen die in de maatschappij leven, maar in de praktijk heeft het dan toch meer weg van een 'autonoom door juristen te definiëren begrip'.¹⁷

Het is ons inziens belangrijk om rekening te houden met maatschappelijke opvattingen, omdat anders het risico bestaat dat het recht zijn connectie met de werkelijkheid verliest. Empirisch juridisch onderzoek is de aangewezen methode om deze opvattingen (beter) te leren kennen

Dit kritiekpunt verwijst naar een bredere vraag die rond maatschappelijke opvattingen in het recht speelt: zijn het feitelijke of juridische begrippen?¹⁸ Maatschappelijke opvattingen zijn allereerst feiten in die zin dat zij naar een stand van zaken in de wereld verwijzen – het sociale feit dat er in de maatschappij bepaalde opvattingen over een on-

derwerp leven.¹⁹ Het zijn daarnaast echter ook juridische normen in de zin dat de maatschappelijke opvattingen een specifieke, normatieve rol krijgen wanneer deze door de rechter worden gebruikt. Zij veranderen daarmee van feiten over de opvattingen die er bestaan naar juridische normen.²⁰ Ongeacht de kwalificatie van maatschappelijke opvattingen, is het ons inziens belangrijk om rekening te houden met deze opvattingen omdat anders het risico bestaat dat het recht zijn connectie met de werkelijkheid verliest.²¹ Empirisch juridisch onderzoek is de aangewezen methode om deze opvattingen (beter) te leren kennen.

3 De daadwerkelijke opvattingen die in de maatschappij leven

Om te onderzoeken of de rechter inderdaad – zoals in de parlementaire geschiedenis bij artikel 3:4 lid 1 BW wordt aangenomen – zonder nader empirisch onderzoek te verrichten de maatschappelijke opvatting kan vaststellen, hebben wij een aantal casussen en bijbehorende vragen voorgelegd aan een opiniepanel van een commercieel onderzoeksbureau wat dusdanig samengesteld is dat het een representatieve steekproef van de Nederlandse bevolking vormt. Uiteindelijk hebben 1058 participanten de survey ingevuld. De participanten kregen een vragenlijst met vragen over zeven thema's, gebaseerd op casussen uit de rechtspraak, die allen een vorm van het gebruik van maatschappelijke opvattingen in het recht behelzen.²²

Per thema werden drie tot vijf stellingen voorgelegd. Zo luidt bijvoorbeeld een stelling over consensuele seks tussen jongeren: 'De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag worden beperkt door de strafrechter wanneer het onderlinge leeftijdsverschil 3 jaar of meer is'. Of de stelling: 'Als een monteur van een garagebedrijf motorolie in de sloot gooit en daarmee de sloot vervuult, komt dit voor rekening van het garagebedrijf' over de toerekening van gedragingen van natuurlijke personen aan rechtspersonen. Participanten konden vervolgens op een 7-punts likertschaal lopend van 1 (zeer mee eens) tot 7 (zeer mee oneens) aangeven wat ze van de stellingen vonden. Participanten konden daarnaast aangeven de vraag niet te begrijpen.²³ Hoewel antwoorden op vragen die niet werden begrepen niet zijn meegenomen in de analyse, blijft het een beperkt onderzoek met gestileerde een vereenvoudigde casussen, waarbij de respondenten een beperkte hoeveelheid informatie tot hun beschikking hadden. Desondanks geeft de opiniepeiling vanwege de omvang en representativiteit van de steekproef alsnog beter inzicht in de mening van de samenleving.

Samengevat leverde het surveyonderzoek per thema de onderstaande resultaten op.

1 Sociaal-ethische aanvaardbaarheid van consensuele seks tussen jongeren

De respondenten vinden over het algemeen dat als sprake is van vrijwilligheid en een beperkt leeftijdsverschil, jongeren seksuele autonomie moeten hebben. Deze opvatting strookt met de rechtspraak.²⁴ Wel is de meerderheid van de respondenten van mening dat een verdergaande aard van de seksuele handeling – bijvoorbeeld groepsseks

12 J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel* ***, Deventer: Kluwer 2005/86.

13 Zie uitgebreid over de functies van maatschappelijke opvattingen Bouwman & Roorda 2021, p. 29-32.

14 Bouwman & Roorda 2021, p. 32-35.

15 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 78 (M.O.).

16 Memelink 2009, p. 61-64.

17 Tjong Tjin Tai 2010, p. 101.

18 Zie over deze discussie vanuit het perspectief van de toetsing van verkeersopvattingen in cassatie: H.A. Groen & E. Korthals Altes, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Procesrecht. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/162-165.

19 Tjong Tjin Tai 2010, p. 103.

20 Vergelijk K.J.O. Jansen, 'Verkeersopvattingen en private regelgeving. Over maatschappelijke opvattingen als bron van ongeschreven privaatrecht', *NTBR* 2020, afl. 2, p. 28.

21 Bouwman & Roorda 2021, p. 35-39.

22 Elke aan het project deelnemende onderzoeker mocht zelf een thema kiezen. De zeven thema's leveren daarom geen representatief beeld op van alle maatschappelijke opvattingen binnen het recht, te meer omdat de onderzoeksgroep (UCALL) gericht is op aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid. Verkeersopvattingen in het goederenrecht zijn bijvoorbeeld niet uitgevraagd.

23 Sommige vragen werden door alle respondenten begrepen, andere vragen bleken moeilijker. Het maximale aantal respondenten dat een vraag niet begreep was 31 van de 1058. Overigens zijn deze antwoorden als 'missing variables' bestempeld en niet meegenomen in de verdere analyse. Zie uitgebreid over de opzet van het onderzoek en ook de beperkingen daarvan I. Giesen e.a., 'Opvattingen onderzoeken: inleiding', in: Bouwman, Dalhuisen, Giesen & De Jong 2021, p. 19-21.

24 Zie voor een uitgebreide analyse van de rechtspraak en verdere verwijzingen daarnaar L. Dalhuisen & R. Kool, 'Sociaal-ethische aanvaardbaarheid van consensuele seks tussen jongeren', in: Bouwman, Dalhuisen, Giesen & De Jong 2021, p. 51-55.

25 Zie verder Dalhuisen & Kool 2021, p. 41-64.

26 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *NJ* 2006/328, m.nt. P. Mevis (*Drijfmeest*). Zie voor een uitgebreide analyse van de eerste zogeheten drijfmeestomstandigheid A.L.M. Schaap, *Het ouderschap van*

de rechtspersoon. Een onderzoek naar het Drijfvestkader als richtinggevend kader voor het daderschap van de rechtspersoon (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 119-167.

- 27 Zie verder F. Kristen & M. Lokin, 'Maatschappelijke verkeersopvattingen en toerekening van gedragingen aan rechtspersonen', in: Bouwman, Dalhuisen, Giesen & De Jong 2021, p. 65-85.
- 28 Rb. 's-Gravenhage 17 september 1982, ECLI:NL:RBSGR:1982:AG9741 (CEP/Sensor); Rb. Zutphen 10 februari 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV8592; Rb. Zutphen 12 maart 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV8603; Rb. Den Haag 25 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6301; Rb. Rotterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2860.
- 29 Zie verder C. Ryngaert, 'De impact van Amerikaanse economische sancties op het Nederlandse contractenrecht', in: Bouwman, Dalhuisen, Giesen & De Jong 2021, p. 87-113.
- 30 HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708, NJ 2010/95, m.nt. C.E. du Perron (Staat/Wherestad).
- 31 Zie verder I. Giesen & E. van Dongen, 'Over het "normaal maatschappelijke risico" of "normale bedrijfsrisico" bij schade door politie-inval', in: Bouwman, Dalhuisen, Giesen & De Jong 2021, p. 115-131.
- 32 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (Hangmat). De vraag of medebezitters aansprakelijkheid mogelijk is bij schade door een gebrekkige roerende zaak is nog niet door de Hoge Raad beantwoord.
- 33 HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, NJ 2016/173, m.nt. T. Hartlief (Paard Imagination); zie verder I. Giesen & E. de Jong, 'Hangmatten en paarden. Over de redelijkheid van medebezittersaansprakelijkheid', in: Bouwman, Dalhuisen, Giesen & De Jong 2021, p. 133-148.
- 34 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082 (Miragelplombe); HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090 (PIP implantaten). Zie verder R. Rijnout & S. Wiznitzer, 'Risicoverdeling in geval van gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen', in: Bouwman, Dalhuisen, Giesen & De Jong 2021, p. 149-169.
- 35 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen (Meetinstructie). Zie verder A. Kuiper-Slendeboek, 'Van "praktische handleiding" tot onrechtmatige handeling', in: Bouwman, Dalhuisen, Giesen & De Jong 2021, p. 171-188.
- 36 Deze paragraaf bouwt voort op T. Bouwman e.a., 'Opvattingen onderzoeken: slotbeschouwing', in: Bouwman, Dalhuisen, Giesen & De Jong 2021, p. 189-199.

– die autonomie zou moeten begrenzen, terwijl dit niet zozeer blijkt uit rechtspraak. Ook is er een verschil tussen respondenten en rechtspraak zichtbaar wat betreft de invloed van de aard van de relatie tussen sekspartners. Dit lijkt voor de meeste respondenten juist weer minder van belang, terwijl uit rechtspraak blijkt dat dit vaak als leidraad wordt genomen bij de invulling van de sociaal-ethische aanvaardbaarheid.²⁵

2 De toerekening van gedragingen aan rechtspersonen

Onrechtmatige en strafbare gedragingen van een directeur van een bedrijf worden door de meeste respondenten gemakkelijker aan dat bedrijf toegerekend dan dergelijke gedragingen van medewerkers van dat bedrijf. Deze opvatting komt overeen met de rechtspraak.²⁶ Wel lijken gedragingen van lagergeplaatste personen in het bedrijf door de substantiële meerderheid van de respondenten sneller aan de rechtspersoon toe te worden gerekend dan in de rechtspraak gebeurt. Verder is er ook een vrij grote spreiding in antwoorden over deze werknemers, hetgeen het bestaan van dé verkeersopvatting hierover ter discussie kan stellen.²⁷

3 De impact van Amerikaanse economische sancties op het Nederlandse contractenrecht

Bij de vraag of contractspartijen die blootgesteld worden aan Amerikaanse sanctiewetgeving onder hun contractuele verplichtingen uit kunnen komen, blijkt uit de antwoorden dat de maatschappelijke opvatting die rechters in het kader van de redelijkheid en billijkheid hanteren min of meer stroken met wat de respondenten hier in het algemeen over vinden.²⁸ Zo blijkt de opvatting aanwezig dat partijen in beginsel hun overeenkomst moeten nakomen en dat een slechte internationale reputatie van een land niet als factor van betekenis moet worden gezien bij de vraag of het beëindigen van een bankrelatie rechtmatig is.²⁹

4 Het normaal maatschappelijke risico of normale bedrijfsrisico bij schade door politie-inval

Net als in de rechtspraak wordt aangenomen, vinden respondenten het over het algemeen redelijk dat de Staat de kosten van de schade vergoedt die derden oplopen door een politie-inval.³⁰ Het onderscheid dat door de Hoge Raad wordt gemaakt tussen een sociale of commerciële verhuurder en de invloed daarvan op het normaal maatschappelijk risico wordt bij de substantiële meerderheid van respondenten echter niet gezien.³¹

5 De redelijkheid van medebezittersaansprakelijkheid

De meeste respondenten vinden dat aansprakelijkheid van een medebezitter gerechtvaardigd is als een woning of een boot schade veroorzaakt aan een andere bezitter. Dit is, in ieder geval met betrekking tot onroerende zaken, in lijn met de rechtspraak.³² Met betrekking tot de medebezittersaansprakelijkheid voor door een dier veroorzaakte schade is echter het verschil dat de Hoge Raad, anders dan het gemiddelde standpunt van de respondenten, oordeelt dat de medebezitter in dat geval niet (gedeeltelijk) aansprakelijk is.³³

6 De verkeersopvatting over risicoverdeling in geval van gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen

De surveyantwoorden laten zien dat indien sprake is van het gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen, in dit geval borstimplantaten, een substantiële meerderheid van de respondenten vindt dat het ziekenhuis hiervoor aansprakelijk is. Dit is ook het geval als het ziekenhuis niet verzekerd is of de fabrikant failliet, maar niet bij fraude van de producent. Dan zijn de respondenten minder duidelijk in hun antwoord. De Hoge Raad heeft er juist voor gekozen om de aansprakelijkheidsdrempels van het ziekenhuis te verhogen, en faillissement van de producent en het risico van beperkte verzekeraarbaarheid lijken volgens de Hoge Raad argumenten te zijn om het gevolg van het verwezenlijkte risico bij patiënten te leggen.³⁴

7 Private regelgeving ter invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm

Uit de antwoorden van de respondenten blijkt dat als een makelaar niet volgens de meetinstructies de woonoppervlakte gemeten heeft, dit als onrechtmatig moet worden beschouwd. Dat is met name het geval als het een wettelijke meetinstructie of een NVM-meetinstructie betreft, maar ook bij enkel een interne instructie (zij het in iets mindere mate). Dit komt hoofdzakelijk overeen met de rechtspraak.³⁵

Uit het bovenstaande blijkt dat de (hoogste) rechter over het algemeen vrij goed aanvoelt wat de maatschappij vindt over bepaalde thema's, en dat de gebruikte maatschappelijke opvattingen grotendeels stroken met hetgeen de meerderheid van de respondenten in ons onderzoek aangaf. Echter zijn er ook verschillende discrepanties gevonden

4 Het gebruik van maatschappelijke opvattingen: een aanbeveling

Uit het bovenstaande blijkt dat de (hoogste) rechter over het algemeen vrij goed aanvoelt wat de maatschappij vindt over bepaalde thema's, en dat de gebruikte maatschappelijke opvattingen grotendeels stroken met hetgeen de meerderheid van de respondenten in ons onderzoek aangaf.³⁶ Echter zijn er ook verschillende discrepanties gevonden, bijvoorbeeld wat betreft seks door minderjarigen buiten een relatie en medebezittersaansprakelijkheid voor schade aangericht door een dier. De vraag is wat deze resultaten zouden moeten betekenen voor het toekomstige gebruik van maatschappelijke opvattingen bij juridische oordeelsvorming.

Soms moet de rechter gebruikmaken van maatschappelijke opvattingen omdat de wettekst hem daartoe verplicht of omdat dat bijvoorbeeld vaste jurisprudentie is. Hoewel uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever dit onnodig acht, menen wij dat in deze gevallen het uitgangspunt moet zijn dat een rechter op basis van (door anderen uitgevoerd) empirisch onderzoek kennisneemt van deze opvatting voordat hij die gebruikt. Zo wordt voorkomen dat de in het recht gebruikte maatschappelijke opvattingen losgezon- gen raken van de werkelijkheid. In 1999 benoemde Rogmans al de mogelijkheid om verkeersopvattingen empirisch te (laten) toetsen, maar merkte op dat dit vaak kostbaar en tijdrovend is.³⁷ Door de komst van het internet is dat echter minder het geval. Het is tegenwoordig relatief eenvoudig en betaalbaar om aan een representatieve steekproef van de Nederlandse samenleving een vraag voor te leggen.³⁸ Het is daarbij wel een uitdaging om de vraag zo eenvoudig mogelijk te stellen zonder (te veel) juridische nuance te verliezen.³⁹ Ons inziens is dat echter geen onoverkomelijk probleem.⁴⁰ Uiteraard moet bij dit alles wel in ogenschouw worden genomen dat het ook de vraag is in welke mate het procesrechtelijke kader ruimte biedt voor het verkrijgen van empirische informatie over de in de maatschappij levende opvatting.⁴¹

Als toch geen empirisch onderzoek naar een maatschappelijke opvatting wordt uitgevoerd, achten wij het van belang dat de rechter in zijn motivering toelicht hoe hij een maatschappelijke opvatting heeft vastgesteld. Dan bestaat er in ieder geval transparantie over hoe een maatschappelijke opvatting is vastgesteld en in hoeverre die al dan niet gestoeld is op empirisch onderzoek. Mogelijk zou dat dan uiteindelijk tot een bredere discussie kunnen leiden over de vraag of de wetgever terughoudender moet zijn met het hanteren van juridische begrippen die naar maatschappelijke opvattingen verwijzen omdat rechters niet altijd kennis (kunnen) nemen van die opvattingen.

Naast het wettelijk voorgeschreven gebruik van maatschappelijke opvattingen komt het ook voor dat de rechter op eigen initiatief naar een maatschappelijke opvatting verwijst, zoals in het eerder genoemde *Hangmat*-arrest.⁴² Wij zijn van mening dat de rechter dat enkel kan en mag doen als hij die maatschappelijke opvatting ook daadwerkelijk

kan staven aan de hand van empirisch onderzoek. Het door ons uitgevoerde onderzoek laat immers zien dat, hoewel de rechter de feitelijke maatschappelijke opvattingen vaak wel aan lijkt te voelen, er ook verschillende discrepanties bestaan tussen wat de samenleving vindt en datgene wat volgens de rechter gevonden wordt. Indien er geen empirische kennis is over bepaalde opvattingen is het ons inziens transparanter als de rechter duidelijk maakt dat een eigen normatieve (rechtspolitieke) keuze wordt gemaakt en niet alsnog naar een maatschappelijke opvatting verwijst. Het probleem van rechtsonzekerheid kan dan weliswaar blijven bestaan, maar dat is tot op zekere hoogte inherent aan het gebruik van open normen in het algemeen.

Indien er geen empirische kennis is over bepaalde opvattingen is het ons inziens transparanter als de rechter duidelijk maakt dat een eigen normatieve (rechtspolitieke) keuze wordt gemaakt en niet alsnog naar een maatschappelijke opvatting verwijst

5 Afronding

Hoewel het, al dan niet op eigen initiatief, gebruik van maatschappelijke opvattingen in het recht kortom een mooie manier lijkt om het recht beter te doen aansluiten bij de continu veranderende maatschappij en de opvattingen die daarin leven, bestaat het risico dat het recht juist zijn aansluiting bij de maatschappij verliest als deze opvattingen niet worden gestaafd. Uit ons surveyonderzoek blijkt weliswaar dat de (hoogste) rechter de maatschappelijke opvatting vaak goed aanvoelt, maar meer empirisch onderzoek en transparantie zijn nodig als waarborg ter voorkoming van oneigenlijk gebruik daarvan bij juridische oordeelsvorming. Dat is onze opvatting, het is de vraag wat de maatschappij daarvan vindt.

37 R. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon. BW nr. 10), Deventer: Kluwer 1999, p. 33.

38 Eventueel zouden de procespartijen hem daarbij kunnen helpen.

39 Zie daarom kritisch op het nut van empirisch onderzoek om de verkeersopvatting vast te stellen Memelink 2009, p. 86-93.

40 Zie uitgebreider Bouwman, Dalhuisen, Giesen & De Jong 2021, p. 189-196.

41 Zie over dezelfde vraag in het kader van macro-effecten E.R. de Jong & T. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten? Een bespreking van de mogelijkheden om rekenschap te geven van macro-effecten in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2017, afl. 2, p. 11-14.

42 HR 8 oktober 2010, ECLI:NI:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*).