

MET RECHT, RAAD EN DAAD

LIBER AMICORUM PHILIP LANGBROEK

REDACTIE:

E. BAUW

A.W.G.J. BUIJZE

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

BOOM JURIDISCH

Den Haag

2023

MAATSCHAPPELIJKE IMPACT VAN RECHTSPRAAK EN DE 'SPANKRACHT' VAN DE CIVIELE RECHTER

Ivo Giesen en Elbert de Jong

1 INTRODUCTIE

Philip Langbroek heeft in zijn werkende leven steeds weer onze aandacht gevraagd voor – en ons fraaie inzichten en empirische vergezichten aangereikt over – de werking van de rechterlijke organisatie, zowel in Nederland als elders.¹ Bereikt die rechterlijke organisatie de gestelde doelen eigenlijk wel, en in welke mate dan? Wat is de impact van de (nieuw verzonnen) financiële structuren op die organisatie? Wat schort er aan het doelbereik, en wat kan en moet er daarom anders en beter? Dat zijn de belangrijke en pregnante vragen die Philip in zijn werk veelvuldig centraal gesteld heeft. Te kort gezegd: hoe is het met de effectiviteit van de rechtspraak en de rechterlijke organisatie gesteld?

In deze bijdrage – ons eerbetoon aan Philip – nemen wij de vrijheid om dit type vraagstelling naar de effectiviteit van de rechterlijke macht vanuit een andere invalshoek te benaderen, te weten die van de rechter en diens uitspraak zelf, en dus niet die van de organisatie. We willen namelijk de vraag beantwoorden in hoeverre de rechter – in ons geval de civiele rechter – in zijn uitspraak, en dan specifiek bij diens keuze om in de uitspraak rechtsvormend te werk te gaan, rekening zou moeten houden met de vermeende (in)effectiviteit van het rechtsvormende oordeel dat hij zal gaan vellen.

Het gaat hierbij om het volgende. In het bijzonder bij gebods- en verbodsacties zien we dat het civiele aansprakelijkheidsrecht heden ten dage mede wordt ingezet om aandacht te vragen voor de maatschappelijke problemen van deze tijd, om het debat daarover op gang

* Deze bijdrage is een bewerking van par. 7 uit ons recente preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht (VBR): E.R. de Jong & I. Giesen, 'De spankracht van de civiele rechter in het publieke domein', in: I. Giesen, E.R. de Jong & R.J.B. Schutgens, *De spankracht van de civiele rechter*, Zutphen: Paris 2022. Gegeven de compleet andere doelgroep van de VBR, meenden wij dat het geen kwaad zou kunnen om enkele van onze gedachten over de (rechtsvormende) rol van de rechter nogmaals aan een ander publiek te openbaren.

¹ We noemen hier slechts een recent voorbeeld, gericht op Nederland: P.M. Langbroek, 'Rechtspleging – Empirisch onderzoek naar het functioneren van de rechterlijke organisatie', in: C. Bijleveld, A. Akkermans, M. Malsch, B. Marseille & M. Smit (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 133-159.

te brengen,² om informatie over een bepaald maatschappelijk probleem te genereren en, uiteindelijk, om de maatschappelijke koers te veranderen. In het kort: de civiele rechter wordt aangeschreven om maatschappelijke en beleidsmatige impact te genereren (om effect teweeg te brengen). Hier rijst echter meteen de vraag of dit ook een doel is dat de civiele rechter zou moeten nastreven met zijn uitspraak. Uit de (sporadische) literatuur³ komt bovendien naar voren dat ook de maatschappelijke impact van rechtspraak een belangrijk aspect van het wegingskader van de civiele rechter zou moeten zijn. Dat roept de voor deze bijdrage centrale vraag op of, en zo ja, in welke mate, de ruimte voor rechtsvorming die de civiele rechter heeft of neemt, diens 'spankracht', dan (mede) dient te worden bepaald aan de hand van de maatschappelijke en beleidsmatige impact en effectiviteit van zijn uitspraak.⁴ We onderzoeken deze vraag hierna eerst aan de hand van de bekende klimaatprocedures (par. 2 en 3) en zoomen dan wat verder uit (deels al in par. 3, doch vooral in par. 4), alvorens tot een afronding te komen (in par. 5).

2 ZIJN KLIMAATPROCEDURES EFFECTIEF WAT BETREFT MITIGATIE?

De hier gestelde vraag is, in de nationale context, met name gerezen naar aanleiding van de bekende *Urgenda*-zaak en de *Shell*-zaak.⁵ Deze zaken zijn door sommigen geprezen voor de bijdrage die ze kunnen leveren aan het oplossen van het klimaatprobleem; ook de Intergouvernementele Werkgroep inzake Klimaatverandering (IPCC) merkt op dat rechtszaken een bijdrage (kunnen) leveren aan het behalen van klimaatdoelen.⁶ Anderen wijzen er, en dan in het bijzonder in relatie tot de *Shell*-zaak, echter ook op dat het vonnis contraproductieve effecten heeft op het behalen van de klimaatdoelen (lees: of de maatregelen die worden geïmplementeerd leiden niet tot een mondiale uitstootreductie of zij doen misschien zelfs die uitstoot toenemen) en op bepaalde punten niet uitvoerbaar is (waardoor het klimaat er ook niet mee geholpen zou zijn).⁷ De effectiviteit (impact) van dit soort zaken zou daarmee dus (te) gering zijn. Soms zouden ze zelfs contraproductief zijn.

2 Zie hierover bijv. A. Wonneberger & R. Vliegthart, 'Agenda-Setting Effects of Climate Change Litigation: Interrelations Across Issue Levels, Media, and Politics in the Case of Urgenda Against the Dutch Government', *Environmental Communication* 2021, afl. 5.

3 Zie hierna, in par. 2.

4 Hetgeen hierna volgt, is deels gebaseerd op delen uit de nog te verschijnen Utrechtse oratie van De Jong: E.R. de Jong, *Aansprakelijkheidsrecht (als redder) in nood?* (oratie UU) (in druk, verschijnt in 2023).

5 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 m.nt. J. Spier (*Urgenda*) en Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/ Shell*).

6 IPCC, *Climate Change 2022. Mitigation of Climate Change* (Werkgroep III bijdrage aan het zesde IPCC Assessment Report), 2022, hfdst. 13.

7 Vooropgesteld: is gebrek aan effectiviteit een probleem van slechte rechtspraak of van slechte implementatie?

De vraag die daardoor op tafel ligt, is scherp gezegd deze: is een (voorzienbaar/te verwachten) gebrek aan effectiviteit een reden om geen rechtsbescherming te bieden?⁸ Extra ingewikkeld is dat die vraag waarschijnlijk met name rijst in gevallen waarin het recht geen houvast biedt en die (beoogde) effectiviteit op voorhand lastig te bepalen is. Onder anderen Spier en Smeehuijzen⁹ menen in het kader van klimaatprocedures dat als voorwaarde om te spreken van een legitiem oordeel, moet gelden (dat voldoende vaststaat) dat dit oordeel ook daadwerkelijk bijdraagt aan het oplossen van het achterliggende maatschappelijke probleem. Dat is in dit geval het feit dat thans onvoldoende mitigerende maatregelen worden genomen om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen.¹⁰ Zo'n voorwaarde kan als boodschap aan verschillende partijen gericht zijn: aan de wetgever ('leg dit soort procedures aan banden als blijkt dat ze niet effectief zijn'), aan procespartijen ('zorg ervoor dat je zo procedeert dat de uitspraak ook effectief is'), aan wetenschappers ('in de discussie over de wenselijkheid moeten wetenschappers de effectiviteit betrekken') én aan de civiele rechter zélf ('bij het geven van het inhoudelijke oordeel, en dus bij het bepalen van de eigen rol, moet de rechter oog hebben voor de effectiviteit en impact van zijn voorgenoemde uitspraak'). Wij richten ons hier op de uitwerking van deze voorwaarde aan het adres van de civiele rechter.

3 EFFECTIVITEIT ALS CRITERIUM BIJ DE KEUZE VOOR EEN RECHTSVORMENDE UITSPRAAK?

3.1 Inleiding: logisch, maar met uitdagingen

Op het eerste gezicht klinkt deze voorwaarde best logisch: wie wil er nu klimaatzaken die niet (per se) goed zijn voor het klimaat? Bovendien wordt dit soort procedures juist gevoerd om klimaatverandering tegen te gaan: het ligt dan voor de hand om de procedures ook te beoordelen op hun daadwerkelijke bijdrage aan het behalen van dat doel. Maar bij nader inzien is het haast ondoenlijk om van de *civiele rechter* te verlangen dat hij bij het bepalen of hij al dan niet een bepaalde rechtsontwikkeling in gang zal zetten, de (verwach-

⁸ Een alternatieve vraag zou kunnen zijn of er pas sprake is van rechtsbescherming als deze ook effectief is. Wij menen dat dit niet het geval is: rechtsbescherming voor een procespartij, zoals die bijv. aan de stichting Urgenda geboden is, is er ook als dezelfde uitspraak geen werkelijk milieueffect zou hebben.

⁹ L. Smeehuijzen, 'De veroordeling van Shell tot 45% CO₂-reductie in 2030. Over legitimiteit en effectiviteit', *NJB* 2022/458; J. Spier, 'Milieudefensie v Shell: een sirenenzang? Suggesties voor een beter alternatief', in: W.J.M. van Veen, A. Hammerstein, J.L. Smeehuijzen, A.F. Verdam & J. Spier, *De klimaatzaak tegen Shell* (ZIFO-reeks nr. 35), Deventer: Wolters Kluwer 2022; J. Spier, 'SDGs: tussen droom en daad: een processie van Echternach: Het Shell-vonnis: stormram of eendagsvlieg', *TvOB* 2021, afl. 6.

¹⁰ 'Voorwaarde zou m.i. wel moeten zijn dat het klimaat er daadwerkelijk beter van wordt', zie Spier 2021, p. 176.

te) effectiviteit in relatie tot het oplossen van het achterliggende maatschappelijke vraagstuk mee laat wegen.

Voor de civiele rechter brengt het hanteren van deze voorwaarde namelijk de nodige uitdagingen met zich.¹¹ Hij is allereerst afhankelijk van partijen voor bruikbare gegevens over, onder meer, de consequenties en uitvoerbaarheid, maar die gegevens zullen ongetwijfeld, zoals Spier ook meermaals heeft aangegeven, door partijen (enigszins) gekleurd gepresenteerd worden.¹²

Bovendien zal het hier doorgaans complexe gegevens betreffen waarvoor niet-juridische materiedeskundigheid vereist is om ze op juiste waarde te (kunnen) schatten. Een gebrek daaraan, zo noteert ook Spier, 'kan tot ongelukken en mogelijk ongelukkige precedënten leiden'. Enigszins paradoxaal kan men zich afvragen of met het nadruk leggen op de noodzaak van de effectiviteit van een oordeel, de kans op zulke ongelukken niet juist groter wordt, aangezien de rechter dan vaker met deze moeilijke kwesties geconfronteerd zal worden en partijen er dan (meer) belang bij hebben om die gegevens naar voren te brengen die passen in hun betoog.¹³

3.2 Effectiviteitsonzekerheid

Een (wellicht nog) grotere uitdaging hierbij houdt verband met de toepasselijke onzekerheden. In die gevallen waarin er *evident* sprake is van een gebrek aan effectiviteit of zelfs contraproductiviteit, valt er best iets te zeggen voor een terughoudende opstelling van de civiele rechter. Maar in de meeste gevallen zal daarvan géén sprake zijn en kan men op grond van de beschikbare en ingebrachte informatie verschillend denken over de verwachte effectiviteit. Ook is het denkbaar dat het niet mogelijk is om met voldoende zekerheid vast te stellen of, en onder welke omstandigheden, een uitspraak (dat wil zeggen een inhoudelijk oordeel) effectief zal zijn.¹⁴ Die onzekerheid kan verschillende oorzaken hebben: de benodigde kennis komt pas beschikbaar *nadat* een rechtsontwikkeling in gang is gezet, de benodigde kennis is in het geheel niet beschikbaar, de wél beschikbare kennis is niet direct toepasbaar op de voorliggende casus of de uitwerking van een uitspraak is afhankelijk van toekomstige omstandigheden en andere onzekere variabelen.

11 Zo erkent Spier zelf ook.

12 Als we *full swing* zouden overgaan tot de introductie van de *amicus curiae* (zie nader hierna) in civiele procedures, zou hier wellicht wat verlichting mogelijk zijn, maar zover is het nog niet.

13 In dat licht bezien, valt het te prijzen dat in de *Urgenda*-zaak is aangenomen dat als de staat een bepaalde reductieverplichting zinvol heeft gevonden, hij dan daaraan ook gehouden moet kunnen worden zonder dat de effectiviteit van die reductieverplichting moet worden vastgesteld.

14 Eveneens rijst de vraag welke effecten hierbij dan in ogenschouw moeten worden genomen: alleen de directe of ook de indirecte effecten?

De civiele procedure is bovendien om verschillende redenen geen geschikt forum voor het wegnemen van dit soort kennisgebreken. Wil men impact en effectiviteit centraler stellen bij het bepalen van de rol van de rechter in *concrete zaken*, dan zijn dus *generieke* maatregelen nodig die de civiele rechter hiertoe ook daadwerkelijk in staat stellen. We denken hierbij bijvoorbeeld aan een vorm van structurele ondersteuning door kennisinstututen of aan het uitbreiden van de *amicus curiae*-regeling zoals die thans geldt in de prejudiciële vraagprocedure en de cassatie in het belang der wet-procedure.¹⁵

3.3 *Bewijsperikelen bij effectiviteitsvraagstukken*

Uiteraard speelt bij dit alles ook nog een belangrijke bewijsrechtelijke dimensie, aangezien onder meer moet worden vastgesteld welke (bewijs)maatstaf wordt gehanteerd om te bepalen of voldoende vaststaat dat een voorgenomen uitspraak al dan niet effectief is ('een redelijke mate van zekerheid?'). Ook rijst de vraag wie die effectiviteit dan zou moeten 'bewijzen' of 'ontkrachten'. Zijn hier de gangbare bewijsrechtelijke regels van toepassing?

Bij het beantwoorden van deze vraag speelt op de achtergrond in ieder geval de normatieve vraag naar de betekenis van onzekerheid over effectiviteit. In essentie wordt de rechter in geval van onzekerheid over de effectiviteit en/of de mogelijkheid van contraproductiviteit van een voorgenomen uitspraak met een dilemma geconfronteerd: moet hij terughoudend zijn omdat de mogelijkheid bestaat dat een uitspraak niet bijdraagt aan het behalen van de klimaatdoelen of moet hij die mogelijkheid voor lief nemen omdat het niet ondernemen van actie in ieder geval géén bijdrage levert aan de oplossing van het klimaatprobleem (waarvan de aanpak toch al niet echt voortvarend plaatsvindt)? Hoe dit dilemma wordt opgelost, hangt samen met de bewijsrechtelijke vraag naar de te hanteren (bewijs) maatstaf. Als te gemakkelijk wordt meegegaan in een (in)effectiviteitsbetoog, wordt daarmee de deur geopend om twijfel te zaaien over de effectiviteit van een bepaalde uitspraak en – uiteindelijk – om op basis van dit soort argumenten uit te komen onder de eigen verantwoordelijkheid. Bovendien speelt ook nog de vraag wat de uiteindelijke oorzaak is van een gebrek aan effectiviteit van een uitspraak. Worden bepaalde (broeikasgasreductie) doelen niet gehaald door een gebrek aan wil om een uitspraak na te komen of legt de uitspraak een onhaalbare/contraproductieve verplichting op? Bijvoorbeeld: dat de *Urgen-*

¹⁵ Over dat laatste is recent veel te doen in het bestuursrecht, zie het KB van 10 juni 2021, *Stb.* 2021, 181 (*Kamerstukken II 2020/21*, 35550). Zie verder de publicaties van De Poorter, waaronder J. de Poorter & L. van Heusden, 'Een evaluatie van de *amicus curiae*: Over de inzet van de *amicus curiae* door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', in: *Inspraak in de rechtspraak: de rol van derden in de procedure* (Preadvieszen Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 11-24. Zie verder bijv. ook M. Hermans, 'Amicus curiae en kruisbenoemingen bij de hoogste bestuursrechters', *NJB* 2021/844 en I.S. Ouweland, 'De *amicus curiae* en de bijzondere kamer', *NTB* 2022/72.

da-norm in 2020 werd gehaald, kwam (voornamelijk) door externe omstandigheden, zoals een zachte winter en de pandemie.¹⁶ Anders gezegd: zonder die externe omstandigheden waren de tot nu toe genomen beleidsmaatregelen (waarschijnlijk) niet afdoende om de *Urgenda*-norm te halen. Wij vragen ons dan (retorisch) af of dit iets zegt over de effectiviteit van de uitspraak in *Urgenda* of dat dit eerder getuigt van een gebrek aan politieke wil om de *Urgenda*-norm na te leven (of zelfs nog erger: van een gebrek aan respect voor de rechtsstaat). Als dat laatste het geval is, dan is dat wat ons betreft totaal irrelevant voor het bepalen van de legitimiteit van de uitspraak van de rechter: onwil om (in de geest van een uitspraak) te handelen mag niet worden beloond.

3.4 Tussenconclusie

De mogelijk gebrekkige effectiviteit van een (voorgenomen) uitspraak is voor ons dus geen reden voor de civiele rechter om in het algemeen terughoudendheid te betrachten. We zien enkel nog ruimte voor een (negatieve) 'effectiviteitsvoorwaarde' die in specifieke, voorkomende, gevallen kan worden gehanteerd. Aan de voorwaarde mag echter niet te gemakkelijk zijn voldaan. De civiele rechter zou dan bijvoorbeeld kunnen toetsen of aan de strenge 'evident ineffectief' - of 'contraproductief' - maatstaf is voldaan.¹⁷

4 EN BUITEN KLIMAATZAKEN? EEN BREDERE TENDENS NAAR DE WEGING VAN MACRO-IMPLICATIES

Een andere vraag die zich nog aandient, is of deze (negatieve) voorwaarde dan ook in andere zaken dan klimaatzaken moet worden gehanteerd:¹⁸ wordt maatschappelijke impact een in bredere zin te hanteren criterium voor de keuze voor of tegen een rechtsvormende (in plaats van terughoudende) uitspraak?

Sowieso ligt in toenemende mate de vraag voor naar de macro-implicaties van civiele rechtspraak.¹⁹ Daarmee wordt – kort gezegd – bedoeld dat vanwege de (vermeende) bredere maatschappelijke effecten van een oordeel (denk aan 'een stortvloed aan claims' of

¹⁶ Zie www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2022/06/urgenda-doel-uitstoot-broeikasgassen-in-2020-gehaald.

¹⁷ Een minder strenge uitwerking van deze gedachte kan worden gevonden in een 'vermoeden van effectiviteit' dat dan wordt gehanteerd.

¹⁸ Zie over die macroargumenten en de weging daarvan in de *Urgenda*-zaak: E.R. de Jong, 'Urgenda en de beoordeling van macro-argumenten', *MvV* 2019, afl. 4, p. 133-145.

¹⁹ Daarvoor zijn verschillende redenen aan te dragen: ontwikkelingen in het procesrecht (denk aan de prejudiciëlevraagprocedure, collectieve acties, enz.), de omvang van de feitelijke problemen én de stellingen van partijen (zeker *repeat players* en de overheid dragen nogal eens macroargumenten aan), enz.

'onverzekerbare aansprakelijkheid'), wordt gepleit voor of tegen dat oordeel. Deze ontwikkeling zien we over de gehele bandbreedte van het verbintenissenrecht;²⁰ er zijn vele voorbeelden te geven, zoals het belang van een beheersbaar, verzekeraar (en betaalbaar) aansprakelijkheidsrecht bij aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor ongeschikte medische middelen,²¹ verjaring en overgangsrecht,²² de verzekeraar van medebezittersaansprakelijkheid,²³ een mogelijk *floodgate* en de financiële gevolgen van het accepteren van affectieschade,²⁴ defensieve geneeskunde bij medische aansprakelijkheid,²⁵ eventuele *floodgate*-effecten van het te ver oprekken van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel,²⁶ en talloze overheidsaansprakelijkheidszaken (Iraanse vluchteling,²⁷ en de invloed van de dreiging van aansprakelijkheid op de bereidheid van de overheid om vredesmissies aan te

20 In zekere zin kan de discussie over duurzaamheidsdoelen in het consumentenrecht ook hieronder worden geschaard: waar het voorheen ging om het beschermen van de consumenten *in relatie* tot de producent, wordt tegenwoordig ook veel meer gekeken naar de negatieve effecten van die verregaande bescherming voor het milieu en duurzaamheidsdoelen. Zie C.M.D.S. Pavillon, 'Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (Preadviezen 2021 Uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Paris 2021. Voor het aansprakelijkheidsrecht is lezenswaardig: J. Spier, 'Gedachten over een vastgelopen stelsel', *AV&S* 2014/6.

21 Zie in het bijzonder HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.9.1, *NJ* 2021/16 m.nt. S.D. Lindenbergh. Zie over aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpmiddelen ook HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082, *NJ* 2021/15 m.nt. S.D. Lindenbergh, waar de (on)verzekeraar (en in mindere mate de mogelijkheid tot defensieve innovatie) zich voordeed.

22 Zie HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:726, *NJ* 2018/397 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, over de weging van administratieve en financiële lasten bij het bepalen van de ingangsdatum van art. 7:842 (oud) BW, zie in het bijzonder r.o. 3.5.3-3.5.4.

23 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465 m.nt. T. Hartlief (Hangmat), i.h.b. r.o. 4.3.5. In tegenstelling tot in de zaak Hangmat, kwam het verzekeringsargument in de zaak Paard Imagine wel gewicht toe, HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, r.o. 3.5.2 en 3.6.3 e.v. Zie ook de conclusie van A-G J. Spier 20 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2307, par. 7.3.1 voor HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162.

24 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*).

25 Zie de rechtspraak in voetnoot 21. Zie ook E.R. de Jong, 'Aansprakelijkheid en defensieve innovatie: staat het aansprakelijkheidsrecht nieuwe medische behandelmethoden in de weg?', in: I. Giesen, S. Wiznitzer, A. Keirse & W. de Zanger (red.), *Assumpties annoteren. Rechterlijke veronderstellingen empirisch en juridisch getoetst*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 67-83; zie verder, en uitgebreider, ook S.N.P. Wiznitzer, *Defensieve dokters?* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2021.

26 Zie bijv. de conclusie van A-G B.J. Drijber 22 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1432, par. 3.20 en 3.21; HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536, *NJ* 2018/291 m.nt. J. Spier (*Zwembad de Dimpel*).

27 HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576 m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchteling*). De Hoge Raad benoemt het niet expliciet, maar algemeen wordt aangenomen dat rechtspolitieke, financiële en beleidsmatige overwegingen zeer belangrijk waren voor de Hoge Raad. Zie J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:LAZ8751, *NJ* 2008/576; conclusie A-G J. Spier 13 april 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8751, par. 3.2 e.v.; T. Hartlief, 'Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht?', *AA* 2015, p. 914-926, p. 924.

gaan),²⁸ en vrijheid van meningsuiting en 'defensive journalism'.²⁹ Men dient er natuurlijk voor te waken om dit alles zonder meer op één op hoop te gooien: de juridische kaders voor de beoordeling die hier leidend zijn en dus bepalen of, en zo ja in hoeverre macro-argumenten gewicht toekomen, verschillen uiteraard. Bovendien zijn de verschillende mogelijke macro-implicaties uiteenlopend. Het kan gaan om de vrees voor een toename in claims, maar ook om een ongewenste rem op innovatie. Het antwoord op de vraag of zulke effecten ongewenst zijn, verschilt (natuurlijk) per effect en de juridische context waarin die vraag zich aandient.

We stellen echter wel vast dat deze ontwikkeling de toegenomen relevantie onderstreept van geschiloverstijgend (ook wel: 'casusdominant'³⁰) werken door de hoogste rechter, een manier van werken dus waarbij de rechtsoverwegingen in een specifieke zaak dat individuele geval overstijgen. Daarnaast illustreert het voorgaande dát er in de rechtspraak al aandacht voor impact is, hetgeen een indicatie is dat impact een indicator zou kunnen zijn om een rechtsvormende uitspraak na te streven. Het is daardoor de vraag of de impact, het effect en/of de effectiviteit van een rechterlijke uitspraak in complexe zaken, wel buiten beschouwing kan worden gelaten bij het bepalen van de (rechtsvormende) rol van de rechter.

Allereerst merken wij in dit verband op dat die impact er vaak gewoon is, of men dat nu wil/zoekt of niet. De *Srebrenica*-zaak³¹ had (politieke en maatschappelijke) impact, net als de *Urgenda*-zaak,³² de uitspraak over levenslang gestraften,³³ en vele andere kwesties. Dat is ten eerste relevant, omdat in het maatschappelijke en politieke debat de neiging bestaat om uit het gegeven dat een uitspraak politieke en/of beleidsmatige implicaties en dus impact heeft, (ten onrechte) af te leiden valt dat die uitspraak dan ook (mede) is ingegeven door zulke overwegingen, terwijl dat niet het geval hoeft te zijn, bijvoorbeeld omdat het de rechter om rechtsbescherming te doen was. Voor een deel zal dit er ook mee te maken kunnen hebben dat in algemeenbelangacties politieke impact wel veelal het ultieme doel is en dat deze procedures, indien ze succesvol zijn, (verstrekken) consequenties voor het overheidsbeleid (kunnen) hebben. Voor een ander deel heeft dit ermee te maken

28 Zie in het bijzonder de conclusie van A-G Vlas van 3 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ9225, par. 5.41. Zie hierover ook N. Mileva, 'State Responsibility in Peacekeeping. The effect of responsibility on future contributions', *Utrecht Law Review* 2016, afl. 1, p. 122-138.

29 I. Giesen, "'Defensive Journalism' en het 'chilling effect'" in de journalistiek: feit of nepfeit?, in: I. Giesen, S.N.P. Wiznitzer, A.L.M. Keirse & W.S. de Zanger (red.), *Assumpties annoteren. Rechterlijke veronderstellingen empirisch en juridisch getoetst*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 51-66.

30 I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht (Monografieën BW nr. A3)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 58.

31 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356 m.nt. J. Spier & C.M.J. Ryngaert (*Srebrenica*).

32 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

33 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, NJ 2021/43 m.nt. N. Jörg (*Levenslang*).

dat vaak fundamentele juridische vragen voorliggen die verschillend beantwoord kunnen worden. Omdat dat het geval is (men kan nu eenmaal verschillende antwoorden geven), zou men kunnen betogen dat dit punt met name geadresseerd dient te worden via een bredere communicatiestrategie tussen rechter en maatschappij en niet zozeer in uitspraken in specifieke gevallen.

5 CONCLUSIE: IMPACT MEEWEGEN? TOCH MAAR NIET ...

Zo rijst een laatste maal de vraag wat de civiele rechter met de impactvraag moet, *if anything*. Hiervoor is er al op gewezen dat zich de nodige uitdagingen aandienen wanneer de civiele rechter zich rekenschap wil geven van de mogelijke impact van zijn rechtspraak. Die uitdagingen hebben betrekking op het vergaren en beoordelen van impactinformatie (hoe komt de rechter aan betrouwbare en volledige informatie?) en op het normatief wegen van de waarde die moet worden toegedicht aan bepaalde impact (welke gevolgen wil men al dan niet voorkomen en waarom, en maakt het daarbij nog uit in welke mate het onzeker is of bepaalde gevolgen zich aandienen?). Gegeven de eerder besproken onzekerheden, zouden we uiteindelijk, maar toegegeven aarzelend, toch niet voor de zware, *all-inclusive* variant van het meewegen van effectiviteit willen kiezen. Dat de rechter macro-effecten weegt en van geval tot geval bezien in ogenschouw neemt, is prima, menen wij. Tegelijkertijd menen we ook dat het beter is om de maatschappelijke impact van de uitkomst van een zaak niet als een in brede zin bruikbare indicator voor het al dan niet nastreven van een rechtsvormende uitspraak te gaan hanteren. De uitdagingen die dit voor de civiele rechter met zich brengt, zowel wat betreft (de methodologische uitdagingen bij) het in kaart brengen van die impact als het normatief wegen van die impact, zijn onzes inziens daarvoor te omvangrijk.