

Opvattingen onderzoeken



OPVATTINGEN ONDERZOEKEN

*EEN VERKENNEND JURIDISCH-EMPIRISCH ONDERZOEK
NAAR HET GEBRUIK VAN MAATSCHAPPELIJKE
OPVATTINGEN IN DE NEDERLANDSE RECHTSPRAAK*

ONDER REDACTIE VAN:

T. BOUWMAN

L. DALHUISEN

I. GIESEN

~~E. R.~~ DE JONG

BOOM JURIDISCH

Den Haag

2021

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag
Opmaak binnenwerk: Ambrac, Deventer

© 2021 De auteurs | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-993-9
ISBN 978-90-5189-185-0 (e-book)
NUR 822

www.boomjuridisch.nl

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	11
1 Opvattingen onderzoeken: inleiding	13
<i>Ivo Giesen, Lydia Dalhuisen, Tom Bouwman en Elbert de Jong</i>	
1	13
1.1	13
1.2	14
1.3	15
2	16
2.1	16
2.2	18
2.3	19
2.3.1	19
2.3.2	19
2.3.3	20
2.3.4	21
2.3.5	21
2.4	22
3	22
2 Opvattingen onderzoeken: theoretisch kader	25
<i>Tom Bouwman en Lucas Roorda</i>	
1	25
2	26
3	29
4	32
5	35
6	37
7	39

3	Sociaal-ethische aanvaardbaarheid van consensuele seks tussen jongeren – In the name of ‘love’	41
	<i>Lydia Dalhuisen en Renée Kool</i>	
1	Introductie	41
2	De juridische betekenis van ontuchtige handelingen in het licht van de sociaal-ethische aanvaardbaarheid	42
2.1	Ontuchtige handelingen en het Trioseks-arrest	42
2.2	Ontuchtige handelingen in de wet	44
2.3	Wijziging van de zedenwetgeving	46
3	Wat is er al bekend?	48
3.1	Introductie	48
3.2	De seksuele moraal onder én over jongeren	49
3.3	Invulling van de sociaal-ethische norm door de strafrechter	51
3.3.1	Rechtspraakonderzoek	51
3.3.2	Algemene kenmerken	52
3.3.3	<i>Sociaal-ethische aanvaardbaarheid</i>	53
4	Hoe denkt de burger over de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van seksuele contacten met en tussen minderjarigen?	55
4.1	Hypothese	55
4.2	Vragen voor het opiniepanel	55
4.3	Resultaten empirisch onderzoek	57
4.4	Statistische analyse	60
5	Discussie en conclusie	63
4	Maatschappelijke verkeersopvattingen en toerekening van gedragingen aan rechtspersonen	65
	<i>François Kristen en Manuel Lokin</i>	
1	Inleiding	65
2	Juridisch kader voor toerekening aan rechtspersonen	66
3	De wijze waarop de maatschappelijke opvattingen zijn getoetst	73
3.1	Algemene opmerkingen	73
3.2	Drie situaties	74
3.3	De aard van de verboden gedraging	74
3.4	Wat aan respondenten is voorgelegd	75
4	De uitkomsten van het onderzoek	76
5	Duiding van de uitkomsten	79

5.1	Generieke bevindingen	79
5.2	Statistische data-analyse	81
6	Bevindingen en implicaties	82
5	De impact van Amerikaanse economische sancties op het Nederlandse contractenrecht – Tussen hamer en aambeeld	87
	<i>Cedric Ryngaert</i>	
1	Inleiding	87
2	Weigering om goederen of diensten te leveren	89
2.1	Introductie	89
2.2	Voorzieningenrechter Den Haag, 17 september 1982	90
2.3	Voorzieningenrechter Zutphen, 12 maart 2012	92
2.4	Voorzieningenrechter Den Haag, 25 juni 2019	93
2.5	Voorzieningenrechter Zutphen, 10 februari 2012	95
2.6	Rechtbank Rotterdam, 1 april 2020	97
3	Opschorting en beëindiging bankrelatie	99
3.1	Introductie	99
3.2	Voorzieningenrechter Amsterdam, 18 oktober 2017	99
3.3	Voorzieningenrechter Amsterdam, 6 februari 2020	100
3.4	Gerecht in eerste aanleg Curaçao (kort geding), 22 november 2019	103
4	Een empirische toetsing van rechterlijke assumpties inzake maatschappelijke verkeersopvattingen	105
5	Analyse van de empirische resultaten	111
6	Afsluitende opmerkingen	112
6	Over het ‘normaal maatschappelijke risico’ of ‘normale bedrijfsrisico’ bij schade door politie-inval	115
	<i>Ivo Giesen en Emanuel van Dongen</i>	
1	Introductie	115
2	De juridische betekenis van het ‘normale maatschappelijke risico’ of ‘het bedrijfsrisico’	119
3	Wat is er al bekend?	123
4	Hoe denkt de burger over de maatschappelijke opvatting dat het redelijk is dat de Staat de schade van strafvorderlijk optreden betaalt?	124
5	Discussie en conclusie	130

7	Hangmatten en paarden – Over de redelijkheid van medebezittersaansprakelijkheid	133
	<i>Ivo Giesen en Elbert de Jong</i>	
1	Introductie	133
2	De juridische betekenis van ‘de maatschappelijke opvatting’	135
3	Wat is er al bekend?	137
4	Hoe denkt de burger over medebezittersaansprakelijkheid?	138
	4.1 Inleiding: drie vragen	138
	4.2 De antwoorden	139
	4.3 Nadere statistische data-analyse	143
5	Analyse: verhullend motiveren?	145
8	Risicoverdeling in geval van gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen	149
	<i>Rianka Rijnhout en Shosha Wiznitzer</i>	
1	Inleiding	149
2	Juridisch vraagstuk	151
	2.1 Achtergrond	151
	2.2 De Hoge Raad aan het woord	154
	2.3 De juridische discussie die is ontstaan	158
3	Methode	160
	3.1 Algemeen: stellingen in omvangrijkere vragenlijst	160
	3.2 Stellingen	160
4	Resultaten	161
	4.1 Beschrijvende statistiek	161
	4.2 Verschillen tussen de stellingen	165
	4.3 Een kanttekening bij ons onderzoek	166
5	Discussie	167
	5.1 Drie relevante inzichten voor het recht	167
	5.2 Betekenis inzicht 1: de schade zou betaald moeten worden door het ziekenhuis	167
	5.3 Betekenis inzicht 2: het ziekenhuis moet de schadelast dragen, ook als het ziekenhuis niet is verzekerd of als de producent failliet is	168
	5.4 Betekenis inzicht 3: er bestaat geen duidelijke opvatting over schadeverdeling als sprake is van fraude door de producent	168

5.5	Afsluiting	169
9	Van ‘praktische handleiding’ tot onrechtmatige handeling – Over interne instructies als invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm	171
	<i>Anneloes Kuiper-Slendebroek</i>	
1	Meten is weten	171
2	Aanleiding: private regelgeving en het <i>Meetinstructie</i> -arrest	172
3	Het gebruik van private regelgeving door de Hoge Raad	177
4	Geteld, gewogen, gemeten	181
4.1	Inleiding	181
4.2	De voorgelegde stellingen en hypothesen	182
4.3	De resultaten	184
5	Afsluitende analyse: de rechtspraak en de maatschappij	187
10	Opvattingen onderzoeken: slotbeschouwing	189
	<i>Tom Bouwman, Lydia Dalhuisen, Ivo Giesen en Elbert de Jong</i>	
1	Introductie	189
2	Eén kader, zeven inhoudelijke onderdelen: overkoepelende conclusies?	190
2.1	Vaak heeft de rechtspraak de maatschappelijke opvattingen in de smiezen	190
2.2	Maar in bepaalde gevallen niet	191
2.3	Kan de rechtspraak iets meenemen voor zijn toekomstige rechtspraak?	192
3	Bruikbaarheid van (empirisch onderzoek naar) maatschappelijke opvattingen	193
3.1	Moet de rechter ook iets meenemen uit het voorgaande?	193
3.2	En als de rechter er dan inderdaad iets mee moet, hoe dan?	195
4	Afronding	199
	Bijlage – Vragenlijst	201



VOORWOORD

Bij de juridische oordeelsvorming maakt de rechter soms gebruik van zogenoemde ‘maatschappelijke opvattingen’. Een bekend voorbeeld is het *Hangmat*-arrest (zie nader hoofdstuk 6 in deze bundel), waarin de Hoge Raad oordeelde, met onder meer een verwijzing naar de ‘maatschappelijke opvatting’, dat een bezitter tegenover een medebezitter aansprakelijk kan zijn voor een gebrekkige opstal. Het gebruik van dergelijke ‘maatschappelijke opvattingen’ of ‘verkeersopvattingen’, of aanverwante terminologie is gemeengoed. Wat wij echter vrijwel nooit zien, is dat de rechter expliciet maakt hoe of waar zij die maatschappelijke opvatting gevonden heeft, en ook niet of en hoe zij dan onderzocht heeft wat die maatschappelijke opvatting is of zou kunnen zijn. Dit roept de vraag op of die maatschappelijke opvattingen die gebruikt worden voor de juridische oordeelsvorming eigenlijk wel overeenstemmen met de opvattingen die in de maatschappij leven, onder het Nederlandse volk. Wanneer de rechter zich daarvan niet vergewist, brengt dat het gevaar met zich dat zij maatschappelijke opvattingen formuleert die niet overeenkomen met de opvattingen in de maatschappij. Vandaar dat in deze bundel de vraag centraal staat: stemmen de maatschappelijke opvattingen die in de rechtspraak leven en benut worden in uitspraken overeen met de opvattingen in de maatschappij?

Ter beantwoording van die – in de kern – empirische vraag wordt in dit boek, mede door middel van een via een opiniepanel uitgezette vragenlijst, voor een zevental maatschappelijke opvattingen die daadwerkelijk gebruikt zijn in de rechtspraak, onderzocht of de daaraan door de rechter gegeven inhoud inderdaad overeenstemt met de opvattingen die in de maatschappij leven. Het antwoord op die vraag vindt u in de hoofdstukken hierna. Op basis van deze hoofdstukken vindt u in de conclusie ook een beschouwing van de wenselijkheid van het gebruik van maatschappelijke opvattingen in de juridische oordeelsvorming.

Dit boek is het resultaat van de collectieve inspanningen van de onder de naam ‘*Ucall’s empire*’ opererende groep onderzoekers, allen verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall). Samen hebben zij eerst de opzet en insteek bedacht en uitgewerkt voor deze bundel (zie hoofdstuk 1), waarna de verschillende auteurs aan de slag konden met de door hen geselecteerde ‘maatschappelijke opvatting’ die zij juridisch en empirisch (via een opinieonderzoek) onderzocht wilden hebben. Deze bundel kan daarmee gezien worden als een vervolg op de Ucall-bundel ‘*Assumptions annoteren*’ (J. Giesen, S.N.P. Wiznitzer, A.L.M. Keirse en W.S. de Zanger (red.), *Assumptions annoteren. Rechterlijke veronderstellingen empirisch en juridisch getoetst*, Den Haag: Boomjuridisch, 2019), met dien verstande dat voor die bundel enkel reeds bestaand empirisch materiaal benut werd door de auteurs, terwijl in dit project door de redactie en auteurs zelf de

VOORWOORD

benodigde data werd gegenereerd. De groep heeft dus de stap gezet van ‘secundaire ELS’ naar ‘primaire ELS’, hopelijk met succes.

Wij, als redactie, hebben het gezamenlijke proces richting een werkbaar opzet geleid, opzetten van de specifieke hoofdstukken en de te stellen vragen opgehaald, het opinieonderzoek opgezet en laten uitvoeren, de eerste analyse van de resultaten daarvan gemaakt, deze teruggekoppeld, en alle bijdragen (meermaals) van commentaar voorzien. Het resultaat van de noeste arbeid van alle auteurs en redacteuren treft u hierna aan.

Deze uitgave werd mede mogelijk gemaakt door de extra financiële ondersteuning vanuit Ucall. Wij bedanken de leiding van Ucall voor het daarmee in ons gestelde vertrouwen. Verder gaat onze dank uit naar de mensen bij Boom juridisch die het proces van drukken en uitgeven, alweer, geweldig goed en fijn begeleid hebben.

Utrecht, 29 augustus 2021

Tom Bouwman, Lydia Dalhuisen, Ivo Giesen en Elbert de Jong

1 OPVATTINGEN ONDERZOEKEN: INLEIDING

*Ivo Giesen, Lydia Dalhuisen, Tom Bouwman en Elbert de Jong**

1 INTRODUCTIE

1.1 *Vraagstelling*

In juridische kwesties over verantwoordelijkheid en (civiel- of strafrechtelijke) aansprakelijkheid wordt voor de juridische oordeelsvorming door de rechter soms gebruik gemaakt van zogenoemde ‘maatschappelijke opvattingen’. Een voorbeeld hiervan is het *Hangmat*-arrest van de Hoge Raad, zoals nader besproken in hoofdstuk 6 hierna.¹ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad met onder meer een verwijzing naar ‘maatschappelijke opvattingen’ dat een bezitter tegenover een medebezitter aansprakelijk kan zijn voor een gebrekkige opstal. Het gebruik van ‘maatschappelijke opvattingen’ of ‘de verkeersopvattingen’ of dat wat ‘in het maatschappelijke verkeer gebruikelijk is’, of aanverwante terminologie is gemeengoed.² Dit komt vooral doordat diverse open normen in het BW (o.m. de artt. 3:12, 6:2, 6:248 en 6:162 BW) de ruimte geven aan het gebruik van dergelijke opvattingen. Maar ook in het naar de aard veel meer legalistisch ingeklede strafrecht met een nadruk op duidelijk afgebakende regels en de rechtszekerheid, zien we dit type opvattingen hun opwachting maken in juridische redeneringen van rechters, zoals we nog zullen zien in hoofdstuk 3 en 4.³

Hoewel de rechter bij verschillende gelegenheden gebruik maakt van dergelijke maatschappelijke opvattingen, komt zelden naar voren hoe of waar zij die maatschappelijke opvatting gevonden heeft, en ook niet of en hoe zij dan onderzocht heeft wat die maat-

* Ivo Giesen, Lydia Dalhuisen, Tom Bouwman en Elbert de Jong zijn respectievelijk als hoogleraar, universitair docent, promovendus en hoogleraar verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht.

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

2 Zie verder over deze terminologie en hoe deze verschillende begrippen met elkaar verband houden paragraaf 2 van hoofdstuk 2.

3 In andere landen spelen de verkeersopvattingen, of sociale normen, ook een rol, bijv. in het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht bij de beoordeling van de aanwezigheid van ‘negligence’ door jury’s. Zie nader M. Geistfeld, ‘Folk Tort Law’, in: H. Dagan & B. Zipursky (eds.), *Research Handbook of Private Law Theories*, Edward Elgar: 2020, ook te vinden via <https://ssrn.com/abstract=3443205>. Het rechtsvergelijkende aspect laten wij in deze bijdrage verder onbesproken.

schappelijke opvatting is of zou kunnen zijn. Dat roept de vraag op tot op welke hoogte die maatschappelijke opvattingen die gebruikt worden voor de juridische oordeelsvorming overeenstemmen met de opvattingen die in de maatschappij leven, onder het Nederlandse volk. Omdat de rechter zich tot nu toe zelden (wellicht: niet) empirisch vergewist van de toepasselijke maatschappelijke opvatting, bestaat de kans dat hij een opvatting formuleert en benut in zijn juridische oordeelsvorming die in de werkelijkheid niet overeenkomt met de maatschappelijke opvatting. Ook bestaat het gevaar dat de rechter ervan uitgaat dat er een eenduidige maatschappelijke opvatting bestaat, terwijl dit in de werkelijkheid niet het geval is. Zulke discrepanties kunnen als problematische consequentie hebben dat de rechter ofwel de toepasselijke maatstaf (lees: de maatschappelijke opvatting of verkeersopvatting) verkeerd toepast of dat hij in essentie zijn eigen oordeel aan de beslissing ten grondslag legt maar dit ‘verhult’ onder de noemer van de maatschappelijke opvatting. In het licht van deze mogelijke problemen en bezwaren is het nodig om uit te zoeken wat nu daadwerkelijk plaatsvindt. Vandaar dat in deze bundel de volgende vraag centraal staat: stemmen de maatschappelijke opvattingen die in de rechtspraak leven en benut worden in uitspraken wel overeen met de opvattingen in de maatschappij? Het onderzoek naar deze vraag in deze studie heeft een exploratief karakter. Onderzocht wordt of de maatschappelijke opvattingen zoals door de rechter geformuleerd in specifieke casussen, zich ook daadwerkelijk zo voordoen in de maatschappij. Voor het onderzoek hebben wij derhalve geen brede, algemene hypothese inzake ‘de rechtspraak in zijn totaliteit’ opgesteld, maar we toetsen impliciet natuurlijk wel de (bredere) aanname dat de rechtspraak de maatschappelijke opvattingen op een juiste wijze ‘aanvoelt’ en vervolgens ook hanteert. Per onderzocht deelthema zullen we daarop reflecteren. In hoofdstuk 10 zullen we ten slotte op geaggregeerd niveau naar de empirische resultaten kijken en hier enkele conclusies aan verbinden.

1.2 Opzet

Ter beantwoording van die empirische vraag wordt in dit onderzoek, en in het verslag daarvan in dit boek, mede door middel van een door ons opgestelde en via een opiniepanel uitgezette vragenlijst onderzocht voor een zevental maatschappelijke opvattingen die daadwerkelijk gebruikt zijn in de rechtspraak bij de juridische oordeelsvorming, of de daaraan door de rechter gegeven inhoud inderdaad overeenkomt met de opvattingen die in de maatschappij leven. De maatschappelijke opvattingen die onderzocht worden, variëren van de hiervoor genoemde aansprakelijkheid van medebezitters, tot het ‘normaal maatschappelijk risico van bedrijven’, en de ‘sociaal-ethische aanvaardbaarheid’ van consensuele seks tussen jongeren. In welke mate stemt bijvoorbeeld het rechterlijke oordeel over de aanvaardbaarheid van consensuele seks tussen jongeren overeen met de maatschappelijke opvatting daarover? En wanneer wordt het door burgers juist geacht dat het ziekenhuis

aansprakelijk is voor schade door een gebrekkig medisch hulpmiddel? In hoeverre stemt de rechtspraak van de Hoge Raad op dit terrein overeen met die opvatting?

Dit empirisch onderzoek – methodologisch en qua opzet nader toegelicht in paragraaf 2 hierna – vormt een belangrijk element van het grootste onderdeel (hoofdstukken 3-9) van dit project waarin in breder verband onderzocht wordt welke rol maatschappelijke opvattingen in het (civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheids)recht spelen. Daarbij wordt niet alleen onderzocht of de maatschappelijke opvattingen die door rechters worden gebruikt daadwerkelijk overeenkomen met opvattingen die in de maatschappij leven, maar ook wat de theoretische kaders rondom die maatschappelijke opvattingen zijn (hoofdstuk 2) en wat het betekent als de onderzochte opvattingen uit de rechtspraak niet overeenstemmen met de realiteit, en in hoeverre dat dan problematisch is of zou kunnen zijn, mede met het oog op de juridische functies van maatschappelijke opvattingen (zie verder hoofdstuk 2 en hoofdstuk 10).

1.3 Doel en relevantie

Al doende beogen wij bij te dragen aan de theorievorming over het gebruik van maatschappelijke opvattingen (in ruime zin) binnen het (civiele en strafrechtelijke) aansprakelijkheidsrecht door de rechter. Daarmee beogen wij tevens om de beroepspraktijk te voorzien van extra kennis over en begrip van dat concept, en daarmee uiteindelijk ook de maatschappij als zodanig.

Naast de relevantie van dit onderzoek voor de specifieke deelonderwerpen die in de hoofdstukken 3-9 aan de orde komen, is de bredere theoretische en maatschappelijke relevantie van dit onderzoek hierin gelegen dat gereflecteerd wordt op het (brede) gebruik (door rechters) van maatschappelijke opvattingen bij de juridische oordeelsvorming. Maatschappelijke opvattingen kunnen een doorslaggevende rol hebben bij de beantwoording van de vraag of iemand strafrechtelijk dan wel civielrechtelijk aansprakelijk is. Doordat rechters echter slechts zelden expliciet maken hoe zij hebben vastgesteld of een bepaalde maatschappelijke opvatting ‘leeft’ of niet, is een nadere reflectie gewenst op de vraag of de maatschappelijke opvattingen die de rechter gebruikt doorgaans overeenkomen met de daadwerkelijke maatschappelijke opvattingen, en als dat niet zo is, in hoeverre dat dan wellicht problematisch is. Daar komen dan ook nog de vragen bij of en hoe de rechter die opvattingen dan kent of kan kennen.⁴

⁴ Zie over die relevantie ook W. van Boom, H. Pluut & J.I. van der Rest, ‘Burgers over burgerlijk recht’, AA 2018, p. 106-108.

2 OPZET EN METHODOLOGIE

2.1 *Onze theoretische kaders*

Dit onderzoek wortelt rondom de gedachte dat de rechter bij haar uitspraken soms terug kan of zelfs moet grijpen naar wat in ‘de maatschappij’ leeft. Veelal heeft de wetgever die ruimte aan de rechter gegeven vanuit de gedachte dat de rechter de op dat moment in tijd en plaats geldende opvattingen kan (reconstrueren en) benutten, en (dus) beter in staat is dat in een concreet geval te doen dan de wetgever, die zich niet bij voorbaat op alle mogelijke situaties kan voorbereiden en daarop specifiek kan wetgeven. De gedachte dat open normen een belangrijke rol (kunnen) vervullen in de rechtspraak en dus door de wetgever gecreëerd moeten worden, brengt met zich dat die open normen vervolgens ingevuld moeten worden in concrete gevallen, waarbij maatschappelijke opvattingen van belang kunnen zijn.⁵ Het daaraan gekoppelde debat over nut, noodzaak en wenselijkheid van open normen, is vervolgens vooral in het privaatrecht gevoerd (o.a. door Barendrecht, Schoordijk en Hesselink)⁶ maar kent ook zijn momenten in het strafrecht (zie de bijdrage van Kristen en Lokin in deze bundel).

Meer concreet sluit het onderzoek dat wij opgezet en uitgevoerd hebben, aan bij een onderzoek uit de vorige eeuw waarover Rogmans rapporteert en bij een tweetal onderzoeken die de afgelopen jaren door de Universiteit Leiden zijn uitgevoerd.⁷ Vooral die laatste onderzoeken hebben als inspiratie gediend, hoewel de insteek daarbij net een andere was. In die zin vullen de onderzoeken elkaar aan en bieden ze samen een betere basis om over het type vragen dat wij stellen, uitspraken te kunnen doen. Wat behelsden die Leidse onderzoeken?

5 Wij realiseren ons daarbij dat allerlei (sub)vormen van zelfregulering (of alternatieve regelgeving of ‘soft law’, of hoe men het ook noemen wil) in de praktijk benut (kunnen) worden om, al dan niet via het tussenstation van ‘de maatschappelijke opvattingen’, de bestaande open normen in te vullen. We gaan hier niet separaat in op de status en mogelijke rol en functie van zelfregulering; zie meer recent daarover bijvoorbeeld, met verwijzingen, A.G. Castermans, ‘De burger en de betamelijkheidsnorm’, in: G. Sniijders en A.G. Castermans, *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht*, Preadvies VASR, Deventer: Wolters Kluwer 2021, m.n. p. 69 e.v.; C.O. Hoekstra, ‘Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak’, *AV&S* 2020, p. 224-231.

6 Zie bijv. J.M. Barendrecht, *Recht als model voor rechtvaardigheid*, (diss. [KUB](#)), 1992, en het daaropvolgende debat tussen Barendrecht en Schoordijk: J.M. Barendrecht, ‘Vragen aan Schoordijk over open normen’, *RM Themis* 1995, pp. 142-144, en H.C.F. Schoordijk, ‘Falende rechtswetenschap? Antwoord aan Barendrecht’, *RM Themis* 1995, p. 144-149. Zie ook M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europees privaatrecht*, (diss. [UU](#)), 1999, en de reactie daarop van M.J. Borgers (e.a.), ‘Een alternatieve visie op de functies van de redelijkheid en billijkheid en de taak van de rechter. Vragen aan Hesselink’, *NJB* 2000/42, p. 2029-2031.

7 Wij doelen op B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Mon. Nieuw BW A-20, 2e druk, Deventer: Kluwer 1999, p. 33-34; Van Boom e.a. 2018, en W. van Boom, H. Pluut & J.I. van der Rest, ‘Eigen verantwoordelijkheid of bescherming tegen verkeerde keuzes?’, *NJB* 2019/2352, p. 2869 e.v.

In 2018 rapporteerden Van Boom, Pluut en Van der Rest in *Ars Aequi* over hun empirisch onderzoek naar de manier waarop burgers verantwoordelijkheid toedelen en schade verdelen.⁸ Op basis van een aantal casus, gebaseerd op bestaande rechtspraak uit het aansprakelijkheidsrecht, die zij aan ruim 1000 respondenten voorlegden, peilden zij onder gewone burgers hoe deze de schade zouden verdelen, op een schaal van 0 tot 100, teneinde dat te vergelijken met wat de rechter gedaan heeft in de werkelijke zaak. Zo werd getoetst of het rechterlijk oordeel aansluit bij wat de burger ervan denkt. Komen die burgers tot hele andere uitspraken of juist niet? De auteurs koppelen hun onderzoek qua belang aan de mogelijke kloof tussen ‘wereldvreemde rechters’ en ‘de gewone burger’ alsmede aan het gegeven dat via art. 3:12 BW ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’ een plek in de rechterlijke oordeelsvorming claimen, terwijl onduidelijk is hoe de rechter die overtuigingen dan kan kennen. De uitkomst van het onderzoek, op hoofdlijnen, is een genuanceerd verhaal: soms sluit het rechterlijk oordeel wel, en soms niet aan.

Met een bij dit onderzoek aansluitend artikel in het *NJB* gaan dezelfde drie auteurs op min of meer vergelijkbare empirisch-juridische voet verder, maar dan met een focus op de balans tussen eigen verantwoordelijkheid en bescherming door het privaatrecht tegen ‘verkeerde’ keuzes.⁹ Zij onderzochten wat burgers vinden van de bescherming die het recht (niet) biedt tegen de consequenties van gemaakte keuzes. Er werd daarbij (wederom) een vragenlijst voorgelegd aan een steekproef uit de bevolking (‘een opiniepeiling over het recht’) waarin dat spanningsveld werd aangesneden: men kreeg stellingen voorgelegd waarover reeds al keuzes zijn gemaakt, met de vraag om aan te geven in hoeverre men het ermee eens is. Dit type onderzoek sluit aan bij wat wij (beogen te) doen in deze bundel, namelijk het in kaart brengen van de opvattingen van burgers over juridische oordelen. Een verschil zit in de gekozen rechtsregels en rechtspraak die diende om de casus te construeren. Van Boom e.a. zetten in op casus waarin de verdeling van de schade tussen slachtoffer en dader moest worden bepaald (‘ik wijs ... procent van de schade toe aan ...’) en casus waarin de eigen verantwoordelijkheid en de juridische verantwoordelijkheid voor het welzijn van een ander moesten worden afgewogen. Wij zetten daarentegen in op rechtspraak waarin voor de juridische oordeelsvorming door de rechter gebruik wordt gemaakt van ‘maatschappelijke opvattingen’, waarin de rechter aldus expliciet meeneemt wat het volk – naar zijn inschatting – vindt. Bij de casus die Van Boom e.a. gebruikten, was dat niet noodzakelijk het geval. Het recht bepaalt bijvoorbeeld duidelijk wanneer consumenten beschermd worden tegen colportage. De maatschappelijke opvatting daarover is daarvoor niet – direct – relevant voor de juridische oordeelsvorming.

Zoals hiervoor al gemeld, is er ook al in een verder verleden gerapporteerd over vergelijkbaar onderzoek naar verkeersopvattingen. In zijn *Monografie Nieuw BW – Verkeersop-*

⁸ Van Boom e.a. 2018, p. 105 e.v.

⁹ Zie Van Boom e.a. 2019, p. 2869 e.v.

vattingen bespreekt Rogmans¹⁰ in het hoofdstuk over vindplaatsen voor verkeersopvattingen dat het soms nuttig kan zijn om te trachten een verkeersopvatting te achterhalen via (sociologisch) opinieonderzoek. Daarna bespreekt hij dat hij via een onderzoeksbureau een enquête heeft uitgezet waarin aan een representatieve groep uit de Nederlandse bevolking gevraagd is hun oordeel te geven over zeven situaties, gebaseerd op toen recente rechtspraak, o.a. over verkeersaansprakelijkheid (waarbij een minderheid van respondenten oordeelde zoals de Hoge Raad dat heeft gedaan) en medische aansprakelijkheid (waarbij een uitspraak van een feitenrechter ruim navolging kreeg). Van breder belang voor ons, hier en nu, lijkt met name de observatie van Rogmans dat om te kunnen concluderen dat er een opvatting bestaat onder de bevolking, nodig is dat is voldaan aan twee voorwaarden: het aantal mensen dat geen mening heeft, mag niet te groot zijn, en de meningen mogen niet al te zeer verdeeld zijn. Dat nemen we mee in onze analyses.

2.2 Opzet van deze studie

De totstandkoming van dit onderzoek is mede het resultaat van een groeiende aandacht en enthousiasme voor empirisch-juridisch onderzoek binnen Ucall. Deze aandacht resulteerde al eerder in een bundel,¹¹ waarbij het om secundaire ELS (Empirical Legal Studies) ging. De wens om ook primair ELS¹² uit te voeren resulteerde in het onderhavige onderzoek. Binnen de eigen onderzoeksgroep namen dertien auteurs (alleen of in tweetallen) deel aan het onderzoeksproject.

Deze studie bestaat uit een theoretisch kader (hoofdstuk 2) over de rol van maatschappelijke opvattingen, gekoppeld aan een zevental deelstudies (hoofdstuk 3-9), elk over een specifiek onderwerp uit het strafrecht en/of privaatrecht. Al die studies zijn juridisch-empirisch van aard, doordat naast de juridische beschouwing over de gekozen uitspraak en het gekozen thema ook een empirisch onderzoekdeel wordt toegevoegd. Dit empirisch deel bestaat uit een inventarisatie van bestaand empirisch onderzoek, indien aanwezig,¹³ en de resultaten van een surveyonderzoek. Voor dit onderzoek is een aantal vragen voorgelegd aan een opiniepanel dat een doorsnee van de Nederlandse bevolking vormt, teneinde te achterhalen of de opvatting zoals in de rechtspraak op dat vlak benut, ook daadwerkelijk strookt met wat de maatschappij vindt.

10 Zie Rogmans 1999, p. 33-34.

11 Zie 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.

12 Over de begrippen primair en secundair ELS, zie W.H. van Boom & I. Giesen, 'Tien jaar civilologie: hoe ver staan de luiken open?', in: J. Baeck (red.), *Privaatrecht in actie!*, Brugge: Die Keure 2018, p. 19-20.

13 Hetgeen vrij breed niet zo bleek te zijn, overigens.

2.3 Methoden van onderzoek

2.3.1 Introductie

Omdat de methoden voor alle deelonderzoeken in hoofdstuk 3-9 gelijk zijn, worden deze hier centraal besproken. In hoofdstuk 10 en de deelhoofdstukken daarvoor staat dan de bespreking van de resultaten centraal. Hierna zullen we eerst nader ingaan op de werkwijze, de participanten, de vragenlijst (het meetinstrument), en de wijze waarop de data is geanalyseerd.

2.3.2 Werkwijze

Per deelthema zijn door de auteurs vragen opgesteld conform een door de redactie opgestelde richtlijn.¹⁴ De conceptvragen zijn vervolgens gereviseerd, waarbij de vragen ‘eenvoudiger’ zijn gemaakt wat betreft taal door jargon en moeilijke(re) woorden te omzeilen en de casus die aan de vragen ten grondslag lag, in weinig en simpele bewoordingen te omschrijven. Daarna zijn de vragen – onder andere op begrijpelijkheid – getest onder ongeveer een zestigtal door onszelf in eigen kringen aangezochte respondenten, deels met een juridische en deels zonder juridische achtergrond. De daaruit voortvloeiende feedback is verwerkt, de vragenlijst daarna nogmaals getest en bijgewerkt, en met die tweemaal bijgewerkte lijst vragen zijn we naar een commercieel onderzoeksbureau (CG Research) gegaan.¹⁵ Zij hebben de vragen nogmaals bekeken, enkele kleine wijzigingen voorgesteld en toen de vragen (in maart 2021) uitgezet onder hun vaste opiniepanel (een representatieve gestratificeerde steekproef uit de Nederlandse bevolking¹⁶), totdat er, zoals door ons uitgevraagd, 1000 respondenten gereageerd hadden.¹⁷

Hoewel we in beginsel een descriptief onderzoek voor ogen hadden, is dit aantal ruim voldoende om eventueel statistisch significante verschillen te kunnen vaststellen.¹⁸ De nadruk bij de analyse van de data ligt op descriptieve statistiek (bijv.: wat is de gemiddelde mening van de respondenten over de stellingen?), maar indien relevant en mogelijk zijn er ook nadere analyses uitgevoerd, bijvoorbeeld om de verschillen in mening op bepaalde

14 In totaal zijn uiteindelijk 35 vragen gesteld, steeds drie tot vijf vragen per deelonderwerp, plus acht algemene vragen, zie de Bijlage.

15 Met dank aan de subsidie, uit de reguliere universitaire geldstromen, door de onderzoeksgroep *Ucall*.

16 CG Research heeft zijn eigen, bestaande panel ingezet hiervoor (via e-mail en/of WhatsApp) en de deelnemers conform hun beleid een kleine vergoeding gegeven voor hun deelname. We citeren uit een e-mail van CG Research aan ons: ‘De beloning wordt uitgekeerd in de vorm van ‘spaarpunten’ waarmee onze panelleden saldo opbouwen. Omgerekend komt dat in dit geval neer op ongeveer 50 Eurocent (een kleine beloning is netjes, maar de motivatie moet vooral intrinsiek zijn).’

17 De Facultair Ethische Toetsingscommissie (FETC) van de Utrechtse REBO faculteit heeft de opzet van het surveyonderzoek begin maart 2021 goedgekeurd.

18 Een poweranalyse laat bijvoorbeeld zien dat om een power van 0,95 te bereiken bij het uitvoeren van een onafhankelijke t-toets waarbij de gemiddelden van twee groepen worden vergeleken, 210 participanten nodig zijn.

stellingen binnen een thema te onderzoeken of om de mening van bepaalde groepen te kunnen vergelijken (mensen die het oneens zijn met een bepaalde stelling versus mensen die het daar wel mee eens zijn, man versus vrouw, oud versus jong, etc.). Zie daartoe verder paragraaf 2.4.5 en de individuele bijdragen in hoofdstuk 3-9.

2.3.3 Participanten

Ons doel was om 1000 participanten in de studie te betrekken.¹⁹ In totaal bestond het onderzoekspanel uiteindelijk uit 1058 personen, 513 mannen (48,5%) en 540 vrouwen (51,0%). De gemiddelde leeftijd was 47,24 jaar ($SD = 16,38$, range 18-86). *Tabel 1* hieronder geeft de leeftijdscategorie, opleidingsniveau en woonplaats (conform de gebieden opgesteld door Nielsen)²⁰ weer.

Tabel 1 Leeftijdscategorie, opleidingsniveau en woonplaats van de participanten

	Frequentie	%
Leeftijdscategorie		
18-29 jaar	197	18.6
30-44 jaar	288	27.2
45-59 jaar	257	24.3
60 plus	316	29.9
Opleidingsniveau		
Laag	184	17.4
Midden	464	43.9
Hoog	406	38.4
Woonplaats		
1. De agglomeraties Amsterdam, Rotterdam en Den Haag	144	13.6
2. De administratieve provincies Noord-Holland, Zuid-Holland en Utrecht minus gebied 1	326	30.8
3. De administratieve provincies Groningen, Friesland en Drenthe	93	8.8

19 Respondenten die te snel waren of onze controlevraag foutief beantwoord hebben, zijn door CG research uitgesloten. De vragenlijst heeft open gestaan totdat de 1000 'goede' respondenten bereikt waren.

20 Nielsen-gebieden zijn gebieden in Nederland die zijn ingedeeld door het marktonderzoekbureau Nielsen. Het betreft:

- 1: de agglomeraties Amsterdam, Rotterdam en Den Haag
- 2: de administratieve provincies Noord-Holland, Zuid-Holland en Utrecht minus gebied 1
- 3: de administratieve provincies Groningen, Friesland en Drenthe
- 4: de administratieve provincies Overijssel, Gelderland en Flevoland
- 5: de administratieve provincies Zeeland, Noord-Brabant en Limburg.

	Frequentie	%
4. De administratieve provincies Overijssel, Gelderland en Flevoland	224	21.2
5. De administratieve provincies Zeeland, Noord-Brabant en Limburg	271	25.6

2.3.4 Vragenlijst

De participanten kregen een vragenlijst met zeven thema's. Per thema waren er 3 tot 5 vragen te beantwoorden.²¹ Vragen konden worden beantwoord op een 7-punts Likertschaal lopend van 1 (zeer mee eens) tot 7 (zeer mee oneens).²² Er was daarnaast ook een optie 'Ik begrijp het niet'. Vragen waarop aangegeven werd dat men de vraag niet begreep, zijn niet meegenomen in de analyse. Dat verklaart waarom het totaal per vraag niet altijd 1058 is. Om de data-analyse begrijpelijker te maken zijn de gegeven antwoorden vervolgens nog gehercodeerd zodat 1 nu staat voor 'zeer mee oneens' en 7 voor 'zeer eens'.

2.3.5 Statistische analyse

De data²³ zijn geanalyseerd met gebruikmaking van SPSS, versie 27.²⁴ Om te onderzoeken of de vragen binnen een bepaald thema onderling anders zijn beantwoord, is per deelhoofdstuk een one-way repeated measures ANOVA's (variantie-analyse) uitgevoerd. Deze toets kan gebruikt worden om de antwoorden van participanten op verschillende vragen die op eenzelfde schaal zijn gesteld te vergelijken.²⁵ Als uit de ANOVA blijkt dat er een significant verschil is in gemiddelde scores op de vragen, is vervolgens post hoc getoetst om meer inzicht te krijgen welke vragen precies van elkaar verschillen. Hierbij is de Bonferroni-correctie toegepast, om de kans op type-I fouten (vals positief) te verkleinen.²⁶ Voor de significante paren zijn vervolgens gepaarde t-testen uitgevoerd. Gepaarde t-testen vergelijken de gemiddelde scores op 2 vragen met elkaar en geven meer duidelijkheid over de aard van de verschillen dan de post hoc toets van de ANOVA. Bij enkele thema's zijn vervolgens ook nog mixed measures ANOVA's uitgevoerd om te kijken of bepaalde tussen-subject factoren (zoals geslacht of politieke voorkeur) van invloed zijn op de beantwoording van de vragen (binnen-subject factor).²⁷

21 De volledige lijst van vragen is te vinden in de Bijlage.

22 De precieze antwoordopties waren 1=zeer mee eens, 2=mee eens, 3=een beetje mee eens, 4=neutraal, 5=een beetje mee oneens, 6=mee oneens, 7=zeer mee oneens; 8=ik begrijp het niet.

23 De dataopslag is conform de regels van de UU geschied, in YODA. De SPSS-bewerking van de aan ons geleverde data is opvraagbaar bij de redacteuren.

24 IBM Corp. Released 2020. IBM SPSS Statistics for Windows, Version 27.0. Armonk, NY: IBM Corp.

25 J. Pallant, *SPSS Survival manual: A step by step guide to data analysis using SPSS for Windows*, McGraw-Hill: Open University Press 2007, p. 251.

26 Zeker aangezien de aanname van sfericiteit in alle gevallen was geschonden, heeft deze, wat meer behoudende correctie, de voorkeur, A. Field, *Discovering Statistics using SPSS*, London: Sage Publications 2009, p. 472.

27 Field 2009, p. 507.

2.4 *Kracht en beperkingen*

De gekozen opzet brengt enige beperkingen met zich, welke overigens sterk vergelijkbaar zijn met de eerdergenoemde studie van Van Boom e.a.²⁸ Zo zijn onze introducties, stellingen en vragen gestileerd en qua taalgebruik aangepast (eenvoudiger) gemaakt. Ook zijn deze veel minder informatief dan de echte zaken die eraan ten grondslag lagen. De respondenten moesten het met weinig informatie doen. We hebben bovendien geen motivering voor de gemaakte keuzes gevraagd of teruggekregen en die keuzes zijn steeds vrij vlot, althans niet na lang wikken en wegen, gemaakt, hetgeen uiteraard van invloed kan zijn op de uitkomsten. We hebben ook geen interviews gehouden om die motieven alsnog uit te vragen. We weten dus nog heel veel niet. Maar tegelijk weten we ook wel weer meer dan voorheen.

De kracht van deze studie zit in het grote, representatieve aantal respondenten, en ook dat is in lijn met de eerdere Van Boom e.a. studie.²⁹ ‘Het volk’ vindt hetgeen gevonden is, en niet een kleine groep van experts of betrokkenen, mensen die de materie door en door kennen. En als je wilt weten wat de maatschappij vindt omdat je dat als rechter wilt gebruiken in je oordeel, dan is dat, het volk, het domein waar je moet zoeken. We bieden dus in zekere zin voor een zevental kwesties een opiniepeiling (weliswaar achteraf, maar toch) waar de rechterlijke macht zijn voordeel mee kan doen (door vast te kunnen houden aan de gekozen lijn of zo wellicht een opening te zien om voor een andere route te kiezen). Ook bieden we vanuit die zeven casus een voorzichtige, exploratieve inkijk in (de wenselijkheid van) het gebruik van maatschappelijke opvattingen in den brede, als fenomeen.

3 WAT VOLGT?

In hoofdstuk 2 hierna volgt eerst een (rechts)theoretische beschouwing van Tom Bouwman en Lucas Roorda over het concept ‘maatschappelijke opvattingen’. Daarna worden in de hoofdstukken 3 tot en met 9 achtereenvolgens zeven concrete maatschappelijke opvattingen getoetst door middel van de al besproken vragenlijst.

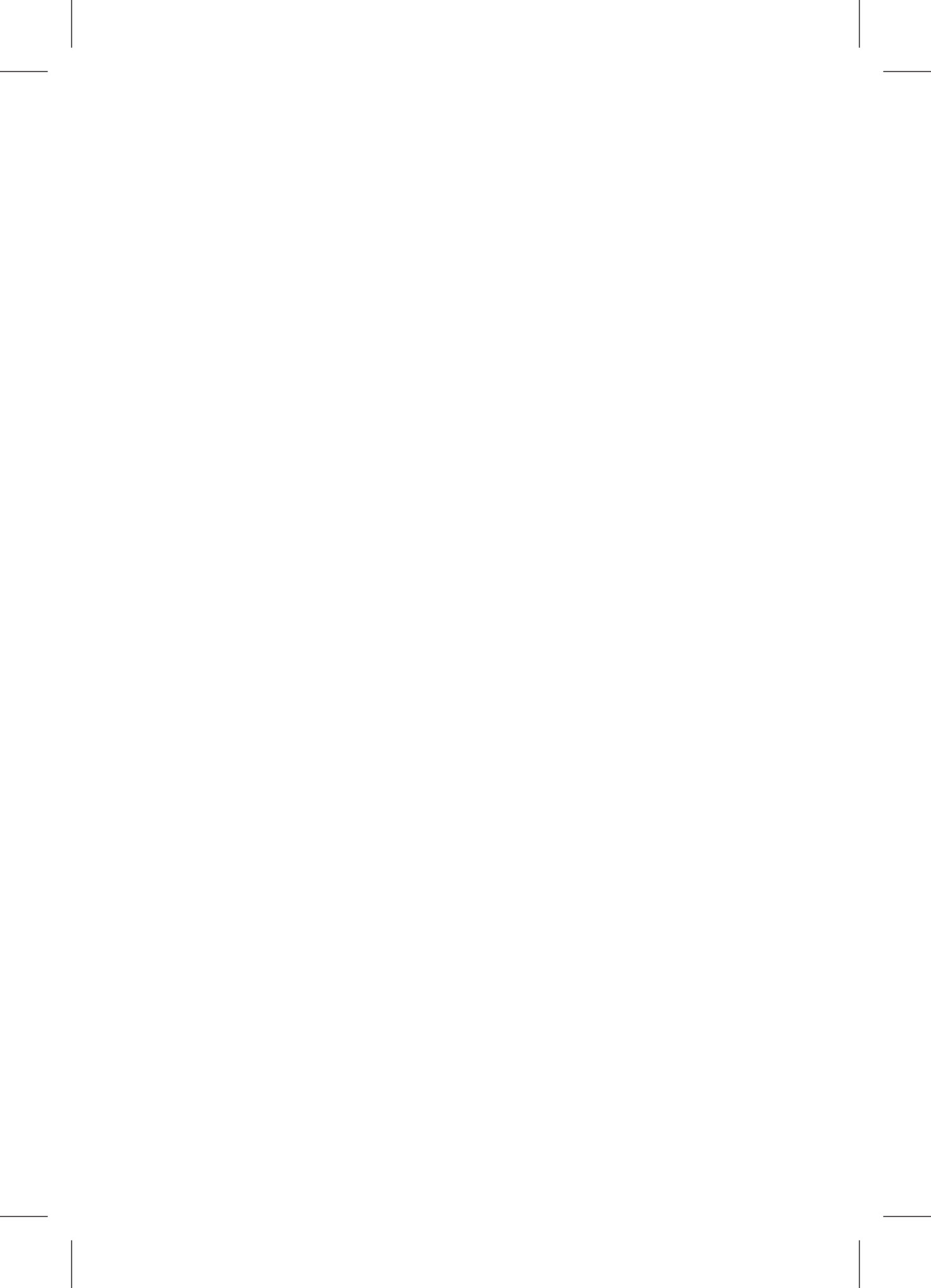
Het betreft (in volgorde) de strafrechtelijke bijdrage van Lydia Dalhuisen en Renée Kool (hoofdstuk 3) over de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van consensuele seks tussen jongeren, waarna vervolgens in hoofdstuk 4 François Kristen en Manuel Lokin ingaan op de rol van verkeersopvattingen in het maatschappelijk verkeer voor het toerekenen van een (strafrechtelijk of privaatrechtelijk relevante) gedraging van een natuurlijke persoon aan een rechtspersoon. Vanuit privaatrechtelijke invalshoek vervolgt de bundel met een bijdrage (in hoofdstuk 6) over het ‘normaal maatschappelijke risico’ of ‘bedrijfsrisico’ bij

²⁸ Zie Van Boom e.a. 2018, p. 121.

²⁹ Ibidem.

~~schade door politie invallen, door Ivo Giesen en Emanuel van Dongen~~, gevolgd door hoofdstuk 7 waarin Ivo Giesen en Elbert de Jong ingaan op medebezittersaansprakelijkheid. De ~~redelijkheid en billijkheid komt voordien in hoofdstuk 5 aan de orde in de bijdrage~~ Cedric Ryngaert over de impact van Amerikaanse economische sancties op het ~~Nederlandse contractenrecht~~. Anneloes Kuiper gaat vervolgens in hoofdstuk 9 in op ~~versopvattingen over de aansprakelijkheid van een makelaar voor het (onjuist) gebruik van een meetinstructie, nadat eerst in hoofdstuk 8 Rianka Rijnhout en Shosha Wiznitzer ingaan op verkeersopvattingen omtrent de toerekening van het gebruik van een gebrekkig medisch hulpmiddel aan de zorgverlener.~~

Aan het einde van dit boek, in hoofdstuk 10, zal niet nogmaals per onderzochte opvatting op de concrete deelresultaten worden ingezoomd, maar wordt juist uitgezoomd en wordt bezien wat die deelresultaten potentieel in een breder verband zeggen en kunnen betekenen waar het om (het gebruik van) maatschappelijke opvattingen door de rechter gaat. Zit die rechter er soms, vaak of zelfs geregeld naast? En wat zegt dat dan, linksom of rechtsom, over het concept van ‘maatschappelijke opvattingen’? Immers, gegeven de her en der geconstateerde discrepanties tussen de maatschappelijke opvattingen, zoals die naar voren komen uit ons surveyonderzoek, en de rechterlijke invulling van die maatschappelijke opvattingen, rijst de vraag hoe nuttig en wenselijk het gebruik van maatschappelijke opvattingen voor juridische oordeelsvorming eigenlijk is. En wat betekent het antwoord op die vraag voor het toekomstige gebruik ervan? Moeten we, met andere woorden, afstappen van ‘de maatschappelijke opvatting’ als juridische maatstaf? Moeten waarborgen worden ingebouwd bij het gebruik daarvan? Of is er geen aanleiding tot het doorvoeren van veranderingen?



2 OPVATTINGEN ONDERZOEKEN: THEORETISCH KADER

*Tom Bouwman en Lucas Roorda**

1 INLEIDING

In deze bundel staat de empirische bestudering van maatschappelijke opvattingen centraal. Alvorens tot de kern daarvan over te gaan en specifieke maatschappelijke opvattingen te bespreken, is het zinvol het begrip ‘maatschappelijke opvatting’ eerst in een theoretisch kader te plaatsen. Het begrip ‘maatschappelijke opvatting’ en de empirische bestudering ervan roept namelijk een aantal vragen op. Dit zijn allereerst de vragen wat er precies bedoeld wordt met de term ‘maatschappelijke opvatting’, hoe die term relateert aan vergelijkbare terminologie zoals ‘de verkeersopvatting’, en in welke verschijningsvormen maatschappelijke opvattingen terugkomen in het recht. Deze vragen komen aan bod in paragraaf 2. In paragraaf 3 wordt ingegaan op een belangrijke vervolgvraag, namelijk welke rollen en functie(s) maatschappelijk opvattingen in het recht vervullen, of althans waarom de wetgever of rechter maatschappelijke opvattingen een rol geven binnen juridische leerstukken. Hierbij kan, zo zal blijken, onderscheid worden gemaakt tussen de vensterfunctie, flexibiliteitsfunctie en objectiverende functie van maatschappelijke opvattingen. Tegenover deze functies die maatschappelijke opvattingen kunnen vervullen, staan twee belangrijke kanttekeningen die geplaatst kunnen worden bij het gebruik ervan, namelijk dat dit de rechtszekerheid onder druk kan zetten en de opvattingen die in de maatschappij leven niet altijd kenbaar zijn voor de rechter waardoor er een mismatch kan ontstaan tussen die opvattingen en de maatschappelijke opvattingen die de rechter gebruikt. Deze twee kanttekeningen worden in paragraaf 4 nader toegelicht. De laatste vraag die relateert aan de empirische bestudering van maatschappelijke opvattingen is of zij gezien moeten worden als een op zichzelf staand, ‘door juristen te definiëren’¹ juridische begrip of als een feitelijk, empirisch toetsbaar begrip met juridische relevantie. Ongeacht het antwoord op die vraag, menen wij dat de empirische bestudering van maatschappelijke opvattingen juridisch relevant is omdat, zoals wij in paragraaf 6 zullen betogen, het de rechter kan helpen

* Tom Bouwman en Lucas Roorda zijn respectievelijk als promovendus en post doc/universitair docent verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht.

1 T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Boekbespreking. De verkeersopvatting. Proefschrift van mr. P. Memelink’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010, p. 101.

maatschappelijke opvattingen te onderbouwen en een ‘*reality check*’ kan vormen. Een korte afronding van deze bijdrage volgt in paragraaf 7.

Overigens heeft een deel van de hiervoor genoemde vragen tot de nodige discussies in de literatuur geleid, te meer omdat – zoals hieronder verder uiteengezet – zowel de wets-historie als de jurisprudentie betrekkelijk summier zijn over de functies van maatschappelijke opvattingen. In deze bijdrage gaan wij op een aantal punten nader in op die discussies, zonder daarin een enkel standpunt te willen verdedigen; het doel is alleen om aan de hand van die discussies de relevantie van empirisch onderzoek naar maatschappelijke opvattingen te duiden, en de achtergrond te schetsen waartegen dit onderzoek in deze bundel plaatsvindt. Het is voor de doeleinden van dit stuk niet nodig om ten aanzien van de hierboven genoemde vragen een scherp standpunt in te nemen. Wij zullen naar aanleiding van de vraag of maatschappelijke opvattingen als juridisch of feitelijk begrip functioneren, wel betogen dat ongeacht het antwoord op die vraag de feitelijke achtergrond van maatschappelijke opvattingen nooit helemaal uit het oog verloren mag worden. Tot slot zal dit stuk zich niet uitspreken over de wenselijkheid van het gebruik van maatschappelijke opvattingen bij juridische oordeelsvorming; wij brengen enkel in kaart welke redenen er kunnen zijn gebruik te maken van maatschappelijke opvattingen of daar juist terughoudend mee te zijn.²

2 MAATSCHAPPELIJKE OPVATTINGEN: EEN (BEGRIJS)VERKENNING

Maatschappelijke opvattingen komen op velerlei manieren terug in het recht. In algemene zin kan gesteld worden dat maatschappelijke opvattingen meer verschijningsvormen kennen in het privaatrecht dan in (bijvoorbeeld) het strafrecht.³ In verschillende wetteksten en rechterlijke uitspraken, met name dus op het terrein van het privaatrecht, wordt expliciet gerefereerd aan maatschappelijke opvattingen. Zo bepaalt artikel 6:3 lid 2 BW dat maatschappelijke opvattingen relevant zijn ter beantwoording van de vraag of een dwingende morele verplichting kwalificeert als een natuurlijke verbintenis. Ook achtte de Hoge Raad in het *Hangmat*-arrest maatschappelijke opvattingen relevant bij de beantwoording van de vraag of een bezitter van een gebrekkige opstal aansprakelijk kan zijn tegenover een medebezitter.⁴ Daarnaast functioneert het begrip ‘maatschappelijke opvatting’ ook als verzamelterm, die verwijst naar verschillende andere juridische begrippen waarbij in de maatschappij levende opvattingen een rol spelen bij het vormen van een juridisch oordeel.

2 In de slotbijdrage van deze bundel, hoofdstuk 10, wordt de wenselijkheidsvraag wel besproken.

3 Het bestuursrecht komt in deze bijdrage niet aan bod omdat in deze bundel geen enkele bijdrage daarover gaat.

4 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*). Zie verder uitgebreid hoofdstuk 6 van deze bundel.

Het bekendste voorbeeld hiervan is de ‘verkeersopvatting’, dat als begrip in 1992 door de wetgever werd geïntroduceerd bij de herziening van het Burgerlijk Wetboek, hoewel het daarvoor al gebruikt werd in de rechtspraak.⁵ Die verkeersopvatting zien we bijvoorbeeld terug in het artikel over bestanddeelvorming (artikel 3:4 BW), en de nauw verwante term ‘in het verkeer geldende opvattingen’, wordt onder meer gebruikt in het artikel over aansprakelijkheid voor gebruikte zaken (artikel 6:77 BW), dwaling (artikel 6:228 BW) en toerekening van onrechtmatige daad (artikel 6:162 lid 3 BW).⁶ Andere voorbeelden van maatschappelijke opvattingen zijn de ‘sociaal-ethische aanvaardbaarheid’ van seksueel contact tussen minderjarigen,⁷ het ‘normaal maatschappelijk risico’ bij schade door politie-invallen,⁸ en natuurlijk de onrechtmatigheidscategorie over hetgeen in het ‘maatschappelijk verkeer betamelijk is’ bij onrechtmatige daad (artikel 6:162 lid 2 BW).⁹ Meer in brede zin kan daarnaast verwezen worden naar de aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Artikel 3:12 BW bepaalt bijvoorbeeld dat ‘bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen’ onder meer rekening moet worden gehouden met ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’. Schelhaas stelt dat voor de invulling daarvan ‘moet worden vastgesteld wat in de maatschappij in het algemeen wordt waargenomen ten aanzien van opvattingen en overtuigingen’.¹⁰

Al deze expliciete en impliciete verschijningsvormen van maatschappelijke opvattingen hebben twee gemeenschappelijke kenmerken. Ten eerste ontleen zij hun inhoud en invulling aan in de maatschappij levende opvattingen. Een maatschappelijk opvatting is daardoor, in de woorden van Tjong Tjin Tai, geen ‘autonoom door juristen te definiëren begrip’ maar een verwijzing naar een ‘buitenjuridische opvatting’, die vervolgens wel juridische relevantie krijgt.¹¹ Verschillende auteurs maken verder onderscheid tussen

5 Zie verder over de herkomst en historie van het begrip ‘verkeersopvatting’: R. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon. BW nr. A10), Deventer: Kluwer 2007, p. 7-8. Zie nader over de verhouding tussen het begrip ‘maatschappelijke opvatting’ en ‘verkeersopvatting’: P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 202-213.

6 Memelink betoogt dat deze termen in beginsel inwisselbaar gebruikt kunnen worden, zie: Memelink 2009, p. 11. Tjong Tjin Tai werpt daarop tegen dat ‘verkeersopvatting’ in enkelvoud suggereert dat er een eenvoudige, homogeen begrip bestaat, terwijl dat mogelijk niet het geval is, zie: Tjong Tjin Tai 2010, p. 101.

7 Zie onder meer: HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, *NJ* 2010, 376, m.nt. N. Keijzer (*Trioseks*). Zie verder uitgebreid hoofdstuk 3 van deze bundel.

8 HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708; *NJ* 2010/95 m.nt. Du Perron (*Staat/Wherestad*). Zie verder uitgebreid hoofdstuk 5 van deze bundel.

9 ‘Maatschappelijke betamelijkheid’ wordt hier genoemd omdat het evenzeer verwijst naar een in beginsel open categorie aan normen, ontleend aan de publieke opvatting. De oorspronkelijke formulering in het arrest *Lindenbaum/Cohen* verwees eveneens naar de ‘goede zeden’ en de ‘zorgvuldigheid’; HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161, (*Lindenbaum/Cohen*).

10 H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 8.

11 Tjong Tjin Tai 2010, p. 101.

maatschappelijke opvattingen in het goederenrecht en in het verbintenissenrecht,¹² waarbij de eerste categorie vooral bestaat uit meer beschrijvende opvattingen,¹³ zoals de opvatting dat een zadel gewoonlijk onderdeel is van een fiets; en de laatste meer normatieve opvattingen bevat,¹⁴ zoals de regel dat schade door onrechtmatige of later vernietigde regelgeving krachtens verkeersopvattingen voor de rekening van de overheid komt.¹⁵ Dit onderscheid en hoe het doorwerkt in de kwalificatie van maatschappelijke opvattingen, komt later verder aan de orde (paragraaf 5).

Wat de hiervoor genoemde verschijningsvormen van maatschappelijke opvattingen ten tweede gemeenschappelijk hebben, is dat zij relevant zijn voor juridische oordeelsvorming door de rechter. De opvattingen die in de maatschappij leven, bepalen namelijk (mede) hoe het recht luidt. Voor bijvoorbeeld het antwoord op de vraag of een bezitter tegenover een medebezitter aansprakelijk kan zijn voor een gebrekkige opstal is onder meer de maatschappelijke opvatting over of dat redelijk is relevant gebleken.¹⁶ Niet elke opvatting die in de maatschappij leeft over hoe het recht hoort te luiden, is echter relevant voor juridische oordeelsvorming. Een opvatting is pas relevant als de wet of jurisprudentie daar als het ware het venster voor openzet door te verwijzen naar een maatschappelijke opvatting – zie ook de hierna te bespreken vensterfunctie van maatschappelijke opvattingen (paragraaf 3). Wordt het venster niet opengezet, dan is een maatschappelijke opvatting niet (direct) relevant voor juridische oordeelsvorming. Artikel 7:28 BW bepaalt bijvoorbeeld dat bij een consumentenkoop de rechtsvordering tot betaling van de koopprijs verjaart na twee jaar. Stel, in de maatschappij leeft de opvatting dat een verjaringstermijn van vier jaar rechtvaardiger zou zijn. Die opvatting is dan niet direct van invloed op de rechtsregel van artikel 7:28 BW, omdat daarin nergens is bepaald dat opvattingen die in de maatschappij leven relevant zijn voor de lengte van die verjaringstermijn. Overigens is ook niet elke maatschappelijke opvatting een opvatting over hoe het recht *hoort* te luiden. Dat veel mensen een zadel en pedalen als onlosmakelijke onderdelen van een fiets zien, betekent nog niet dat zij de opvatting hebben dat pedalen per definitie bestanddelen *moeten* zijn van een fiets;¹⁷ evenmin is het zo dat de opvatting dat seks tussen minderjarigen sociaal-ethisch onaanvaardbaar is, neerkomt op de opvatting dat het strafbaar zou *moeten* zijn.¹⁸

12 Rogmans 207, p. 2 e.v.; Memelink 2009, p. 39-40; Tjong Tjin Tai 2010, p. 103; K.J.O. Jansen, 'Verkeersopvattingen en private regelgeving. Over maatschappelijke opvattingen als bron van ongeschreven privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2020, p. 29.

13 Door Jansen aangeduid als 'beslissingsnorm', zie: Jansen 2020, p. 29.

14 Door Jansen aangeduid als 'gedragsnormen', zie: Jansen 2020, p. 29.

15 HR 9 mei 1986, NJ 1987/252, m.nt. M. Scheltema (*Staat/Van Gelder*), besproken in Jansen 2020, p. 29.

16 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*). Zie verder uitgebreid hoofdstuk 6 van deze bundel.

17 Zoals beginnende wielrenners bij aankoop van hun eerste racefiets tot hun lichte ontsteltenis zullen hebben ervaren.

18 Nader daarover de bijdrage van Dalhuisen en Kool in deze bundel (hoofdstuk 3).

3 FUNCTIES VAN MAATSCHAPPELIJKE OPVATTINGEN

Uit het voorgaande blijkt dat maatschappelijke opvattingen worden gebruikt ter invulling van open normen, en daardoor relevant kunnen zijn voor juridische oordeelsvorming, ook al gaat het om opvattingen die in beginsel niet juridisch of zelfs normatief van aard zijn. Maatschappelijke opvattingen zijn hierdoor, zoals hiervoor reeds opgemerkt, in de woorden van Vranken een ‘venster op de maatschappelijke werkelijkheid’¹⁹ – zij maken het mogelijk de maatschappelijke werkelijkheid te incorporeren in het recht, zonder daarbij het recht zelf te hoeven wijzigen. Deze vensterfunctie is echter vooral een methodologische verklaring voor het gebruik van maatschappelijke opvattingen in het recht,²⁰ en verklaart niet *waarom* de wetgever en rechter het binnen sommige leerstukken nodig vinden om dat venster naar de maatschappelijke werkelijkheid open te zetten. Met andere woorden, het verklaart niet welke normatieve redenen er zijn om die vensterfunctie in te zetten. Die verklaring valt eerder te vinden in de flexibiliseringsfunctie die maatschappelijke opvattingen en open normen in brede zin hebben: de mate waarin de maatschappelijke opvatting flexibiliteit in het recht kan brengen, en de mate waarin dat door de wetgever of rechter wenselijk wordt geacht. Omdat zowel wet als jurisprudentie relatief summier zijn over de functies van de maatschappelijke opvattingen en de wenselijkheid daarvan,²¹ wordt bij de bespreking hiervan vooral aangesloten bij de literatuur, met name de literatuur rond de verkeersopvatting in het privaatrecht.

Op basis van die literatuur kunnen drie, nauw met elkaar samenhangende en deels overlappende, aspecten van flexibilisering van het recht worden onderscheiden, waaruit ook de mogelijke wenselijkheid ervan naar voren komt.²² Ten eerste kan flexibiliteit gewenst zijn als er zich een grote diversiteit van gevallen kan voordoen. Het is bijvoorbeeld vrijwel onmogelijk om vooraf voor elke denkbare rechtshandeling te bepalen of iemand van onder de achttien jaar die mag verrichten zonder toestemming van zijn ouders en, indien dat het geval is, vanaf welke leeftijd hij dat mag. Het is niet alleen efficiënter de rechter dat achteraf te laten bepalen aan de hand van wat ‘in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is’ (artikel 1:234 BW), maar in sommige gevallen zal de rechter daar ook beter toe in staat zijn dan de wetgever, bijvoorbeeld omdat hij dat dient te doen tegen de achtergrond van een specifiek feitencomplex. Deze functie van open normen wordt daarom ook wel de delegatiefunctie genoemd.²³ Deze functie ligt ook ten grondslag aan de onrechtmatigheids-

19 Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005/86.

20 Zie over het onderscheid tussen methodologische en materiele functies uitgebreid Memelink 2009, p. 252.

21 Memelink 2009, p. 2, 15.

22 Memelink 2009, p. 48-56. De drie redenen zijn hier toegespitst op open normen die door een maatschappelijke opvatting inhoud krijgen, maar gelden in beginsel voor alle soorten open normen.

23 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid, Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 8.

categorie ‘in het maatschappelijk verkeer betaamt’ van artikel 6:162 lid 2 BW: niet ieder mogelijk schadeveroorzakend handelen kan in wetgeving worden vervat, en de open norm stelt de rechter in staat om – mede op basis van maatschappelijke opvattingen – te bepalen wanneer een bepaalde handeling onrechtmatig is. Dit speelde recentelijk nog een rol in het vonnis van de Rechtbank Den Haag, over de vraag of Shell verplichtingen heeft om CO₂-emissies terug te brengen en daarmee schade aan het klimaat te voorkomen. Bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm kende de rechtbank veel gewicht toe aan de veranderende maatschappelijke verwachtingen ten aanzien van gedragingen van (grote) ondernemingen, zelfs al zijn die verwachtingen (nog) niet vertaald in wetgeving.²⁴ Shell was dus niet direct gebonden aan het EVRM of het Akkoord van Parijs, maar er wordt desondanks verwacht dat het bedrijf zich inzet om niet alleen haar eigen uitstoot, maar ook die van haar afnemers en toeleveranciers te verminderen.

Ten tweede kan flexibiliteit gewenst zijn omdat bij codificaties maar tot op zekere hoogte rekening kan worden gehouden met toekomstige ontwikkelingen. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan technologische ontwikkelingen, die maar ten dele door formele wetgeving zullen kunnen worden bijgehouden. Open normen, ingevuld aan de hand van maatschappelijke opvattingen, bieden die flexibiliteit wel, waardoor het recht makkelijker met de tijd mee kan gaan. Met name dit aspect kan ook de reden zijn om van maatschappelijke opvattingen gebruik te maken en niet van een ander soort open norm. Discussies over natuurrecht buiten beschouwing latend, is het immers de wetgever die bepaalt hoe het recht luidt. De reden daarvoor is dat de wetgever democratisch is gelegitimeerd, en wordt verondersteld de algemene wil te vertegenwoordigen. Met de tijd verandert echter de maatschappij en daarmee ook die algemene wil. Zestig jaar geleden werden waarschijnlijk andere vormen van seks tussen minderjarigen sociaal-ethisch aanvaardbaar geacht dan tegenwoordig.²⁵ Het kan wenselijk zijn dat het recht meebeweegt met dergelijke ontwikkelingen. Door ruimte te bieden voor maatschappelijke opvattingen vindt die verandering in het recht als het ware vanzelf plaats; individuele uitspraken waarin een dergelijke opvatting door de rechter wordt gevonden fungeren daarbij als ‘markeerpunten’, meetpunten waar de opvattingen van een bepaald moment worden erkend. Dat maatschappelijke opvattingen geacht worden deze functie te kunnen vervullen, blijkt onder meer uit de opmerking in de parlementaire geschiedenis bij Boek 3 over verkeersopvattingen dat ‘de “verkeeropvatting” als het ware met de tijd meebeweegt en telkens een ander inhoud heeft’.²⁶ Hiervan wordt het volgende voorbeeld gegeven:

24 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

25 Zie verder hoofdstuk 3, par. 3.1.

26 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 77 (M.O.).

‘Was immers vroeger de vraag of een verwarmingsinstallatie bij een gebouw behoort tot op zekere hoogte dubieus (HR 11 december 1953 NJ 1954, 115 met noot J.D. inzake Stafmateriaal), thans zal niemand daaraan meer twijfelen, althans niet in de normale gevallen’.²⁷

Naarmate de ontwikkeling van de techniek sneller gaat, neemt dit aspect van de flexibiliteit van het recht in belang toe, en daarmee ook de rol van open normen en, meer specifiek, maatschappelijke opvattingen. Dezelfde vraag over wat gewoonlijk een bestanddeel is van een gebouw kan ook gesteld worden bij mobiele telefoons en andere communicatietechnologie, waar de ontwikkelingen razendsnel gaan.

Ten derde kan een reden voor flexibilisering zijn dat in individuele zaken uitzonderingen op de gestelde regel wenselijk zijn, bijvoorbeeld omdat het een zeldzaam geval betreft in een bijzondere maatschappelijke context. Zo kan op basis van de redelijkheid en billijkheid de lange verjaringstermijn – 30 jaar – van artikel 3:310 BW buiten werking worden gesteld, zoals door de Hoge Raad is bepaald in het arrest *Van Hese/Schelde*.²⁸ Dit idee werd onder meer benut in de zaak van een groep Indonesische weduwen tegen de Staat, omtrent de door Nederlandse militairen uitgevoerde executies in het dorp Rawagedeh in 1947.²⁹ De Staat had het verweer gevoerd dat de vordering verjaard was, maar dit werd door de rechtbank verworpen met een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Daarbij verwees de rechtbank expliciet naar de maatschappelijke inzichten over de onaanvaardbaarheid van buitengerechtelijke executies,³⁰ en de nog steeds relevante historische context en daarmee samenhangende opvattingen over het handelen van de Staat in Indonesië ten tijde van de onafhankelijkheidsoorlog.³¹

Tot slot voegt Rogmans nog een derde functie toe, waar hij meent dat specifiek maatschappelijke opvattingen niet alleen een flexibiliserende functie kunnen hebben, maar ook een objectiverende functie.³² Niet iedere open norm verwijst immers naar een maatschappelijke opvatting, en een andere invulling daarvan is mogelijk – bijvoorbeeld de rechtsopvatting van de rechter zelf. Door gebruik te maken van maatschappelijke opvattingen als open norm wordt in beginsel voorkomen dat een rechter of partijen daaraan een eigen invulling geven. Een maatschappelijke opvatting dwingt hen om zich niet zozeer af te vragen hoe zij vinden dat die open norm moet worden ingevuld, maar hoe de maatschappij vindt dat dat moet. Of zoals Rogmans het stelt:

27 *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 77 (M.O.).

28 HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430 (*Van Hese/Schelde*).

29 Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793.

30 Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793, r.o. 4.14.

31 Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793, r.o. 4.16-4.17.

32 Rogmans 2007, p. 21-22.

‘Niet wat partijen vinden van de inhoud van een begrip of de toedeling van een risico is maatgevend, maar wat men in de samenleving daarvan vindt.’³³

4 KANTTEKENINGEN BIJ MAATSCHAPPELIJKE OPVATTINGEN

In de literatuur worden verschillende kanttekeningen geplaatst bij het gebruik van maatschappelijke opvattingen. Zo kan het leiden tot rechtsonzekerheid,³⁴ en kan het strijdig zijn met het beginsel dat het recht voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn.³⁵ Rechterlijke uitspraken worden minder voorspelbaar als de invulling van een norm – gedeeltelijk – onbepaald wordt gelaten. Er is immers geen ‘catalogus’ met maatschappelijke opvattingen, op dezelfde manier waarop er geschreven wetgeving en jurisprudentie is die tot op zekere hoogte zekerheid biedt over hoe het recht luidt en wat de mogelijke uitkomsten van een zaak zijn. Uit de aard en functies van de maatschappelijke opvatting in het recht volgt ook dat die jurisprudentie maar beperkt inzicht geeft in wat rechters beschouwen als de ‘maatschappelijke opvatting’. Zeker wanneer de maatschappelijke opvatting wordt gebruikt om het recht gelijke tred te laten houden met technologische ontwikkelingen, ligt voor de hand dat eerdere jurisprudentie soms weinig aanknopingspunten kan bieden, en is het dus moeilijk voorzienbaar tot welke conclusie een rechter zal kunnen komen. Nu zou gesteld kunnen worden dat ondanks het gebrek aan een geschreven vaststelling, de maatschappelijke opvattingen kenbaar kunnen zijn omdat de inhoud daarvan niet wordt vastgesteld door de rechter zelf, maar bepaald wordt door wat de maatschappij vindt. Vanuit dit idee kan het gebruik van maatschappelijke opvattingen niet leiden tot rechtsonzekerheid. Zoals hierna zal blijken, gaat dit argument echter niet helemaal op omdat de rechter redelijk wat vrijheid geniet in hoe hij vaststelt wat de maatschappelijke opvatting is. In het ergste geval kan dat leiden tot conflicterende uitspraken over wat de maatschappelijke opvattingen rond een bepaald onderwerp zijn. Illustratief is het voorbeeld dat Memelink aanhaalt van twee uitspraken van twee verschillende hoven over de vraag of een bowlingbaan bestanddeel is van een gebouw.³⁶ In de ene uitspraak

33 Rogmans 2007, p. 21.

34 Zie, met verdere verwijzingen, Memelink 2009, p. 64-68.

35 Deze eis is het meest duidelijk geformuleerd in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, zie EHRM 22 juni 2000, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 en 33210/96 (*Coëme e.a./België*), r.o. 145. Zeker in de strafrechtspraak wordt deze toets het meest geciteerd. Overigens verzet het EVRM zich in beginsel niet tegen open normen die in jurisprudentie verder geconcretiseerd worden, zolang die jurisprudentie zelf voldoende houvast biedt en de redenering van de rechter voldoende voorzienbaar was. Zie EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980/146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times*), r.o. 49, EHRM 22 november 1995, 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*CR/Verenigd Koninkrijk*), en EHRM 11 november 1996, 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*), r.o. 31.

36 Hof Den Bosch 18 januari 1983, NJ 1984/13; Hof Den Haag 1 juli 1993, NJ 1997/211.

bleek dat naar verkeersopvattingen niet het geval en in de andere wel. Dit creëert mogelijk rechtsongelijkheid, en voor toekomstige zaken ook een grotere mate van rechtsonzekerheid.

Dergelijke bezwaren gaan nog zwaarder wegen wanneer maatschappelijke opvattingen gebruikt worden in het strafrecht. Maatschappelijke opvattingen, en open normen in het algemeen, kunnen op gespannen voet staan met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. De ruimte die de wetgever expliciet heeft geboden voor maatschappelijke opvattingen in het strafrecht is daarom zeer beperkt, maar zoals het voorbeeld van de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van seksueel contact tussen twee minderjarigen aangeeft, is er in de rechtspraak desondanks toch enige ruimte voor gevonden. Daarbij moet wel worden benadrukt dat het hier om uitzonderingssituaties gaat.³⁷

Een tweede, gerelateerd argument dat tegen het gebruik van maatschappelijke opvattingen wordt ingebracht, is dat een maatschappelijke opvatting voor een rechter vaak niet zomaar kenbaar is en daardoor een verkapt machtswoord kan worden.³⁸ Zeker wanneer het gaat om een kwestie waaromtrent de maatschappelijke opvattingen relatief nieuw, in ontwikkeling of nogal verdeeld zijn, speelt de vraag hoe de rechter eigenlijk kennis kan nemen van die opvatting. Welke methode dient te worden gehanteerd om de maatschappelijke opvatting te achterhalen? Rogmans meent dat voor het achterhalen van de verkeersopvatting sociologisch onderzoek kan worden verricht, mits het onderwerp zich daar naar aard en omvang voor leent. Hij wijst erop dat er instituten zijn 'die op wetenschappelijk verantwoorde wijze in een kort tijdsbestek zo'n onderzoek kunnen doen'.³⁹ Memelink laat zich hier kritisch over uit door te stellen dat niet enkel praktische bezwaren, maar ook methodologische problemen ervoor zorgen dat de verkeersopvatting maar beperkt meetbaar is.⁴⁰ Zo stelt zij dat het niet gemakkelijk is een representatieve steekproef samen te stellen en de vraagstelling niet van invloed te laten zijn op de uitkomst van het onderzoek. Verder merkt zij op dat de vraag kan rijzen wiens opvattingen nou eigenlijk moeten worden meegenomen bij het vaststellen van 'de' maatschappelijke opvatting omtrent een bepaalde kwestie. Is dat die van de maatschappij als geheel? Of enkel die van personen die te maken hebben met de kwestie of daar verstand van hebben? Een reden om voor dit laatste te kiezen, kan zijn dat van personen die niets te maken hebben met een kwestie mogelijk ook niet

37 Een ander voorbeeld wordt gegeven door Memelink, over de discussie binnen het strafrecht in de jaren '60 en '70, over het gebruik van maatschappelijke opvattingen om te bepalen of bepaalde afbeeldingen of films 'aanstotelijk voor de eerbaarheid' waren, in de zin van art. 239 en art. 240 Sr. Zie Memelink 2009, p. 205. Weer een ander voorbeeld zijn situaties waar de rechter in specifieke gevallen besluit tot straffeloosheid buiten de wettelijke strafuitsluitingsgronden om, gebaseerd op maatschappelijke opvattingen rond een delict en de omstandigheden waarin dat begaan zou zijn. Zie S.R. Bakker, '(On)geschreven Excepties', *Boom Strafbblad* 2020, nr. 4, p. 227 e.v.

38 Zie voor het belang van kenbaarheid K. Van Aeken, 'De kenbaarheid van wetgeving vanuit rechtssociologisch perspectief', in: M. van Nieuwenhove & P. Popelier (red.), *Toegang tot de wet*, Brugge: Die Keure 2008, p. 152.

39 Rogmans 2007, p. 33.

40 Memelink 2009, p. 86-93.

verwacht kan worden dat zij een (geïnformeerde) opvatting daarover hebben. Dit kan een reden zijn om een maatschappelijke opvatting niet te zien als de meest voorkomende opvatting, maar als de opvatting van het ‘weldenkende, goedgeïnformeerde deel van de bevolking’;⁴¹ waarmee overigens ogenblikkelijk de vraag rijst of het dan nog wel een ‘maatschappelijke’ opvatting is – het is immers geen gegeven dat de opvatting van dit ‘weldenkende, goedgeïnformeerde deel’ ook echt representatief is. Het kan niet zo zijn dat de ‘maatschappelijke opvatting’ een vehikel wordt om bepaalde groepen uit te sluiten van vorming van ongeschreven recht, c.q. de flexibilisering van het recht.

Over de vraag *wiens* maatschappelijke opvattingen ertoe doen en hoe de rechter die dient vast te stellen, is de wetgever in de parlementaire geschiedenis in het kader van de verkeersopvatting bij bestanddeelvorming (artikel 3:4 lid 1 BW) overigens betrekkelijk kort. Hij stelt dat de rechter:

‘rekening [moet] houden met de opvattingen die in de praktijk op het onderhavige punt bestaan. Deze kunnen bijvoorbeeld blijken uit overeenkomsten waarbij partijen nader omlijnen wat tot een bepaalde zaak behoort en in de praktijk bestaande voorstellingen omtrent hetgeen in overdracht daarvan is begrepen. Daarbij dient in het bijzonder te worden gelet op hetgeen leeft in de kring van personen die zich bezig houden met zaken als waarom het in het gegeven geval gaat. [...] En wat tenslotte de in procedures gevreesde complicaties betreft: de praktijk heeft bewezen dat in de meeste gevallen een moeilijk en tijdrovend onderzoek naar de inhoud van de “verkeersopvatting” achterwege kan blijven, waardoor dus de zaak soepel verloopt, en dat slechts bij uitzondering de noodzaak tot een bewijsopdracht complicaties zou kunnen veroorzaken.’⁴²

Er wordt, kortom, van uitgegaan dat de rechter in staat is zelfstandig, zonder nader empirisch onderzoek, de in de maatschappij levende opvattingen te bepalen. Het is waarschijnlijk ook om deze reden dat de invulling van de maatschappelijke opvatting doorgaans niet of slechts summier onderbouwd wordt; bij geen van de in dit project onderzochte maatschappelijke opvattingen werd verwezen naar eerder empirisch onderzoek.⁴³ Het gevaar hiervan is echter dat het gebruik van de maatschappelijke opvatting een machtswoord van de rechter wordt dat niet per definitie aansluit bij wat de maatschappelijke opvatting daadwerkelijk is.⁴⁴ Het lijkt dan alsof maatschappelijke opvattingen verwijzen naar meningen die in de maatschappij leven, maar in de praktijk heeft het dan toch meer weg van een

41 Memelink 2009, p. 88.

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

43 Ook Memelink doet deze constatering, zie Memelink 2009, p. 90.

44 Memelink 2009, p. 61-64.

‘autonoom door juristen te definiëren begrip’.⁴⁵ Dit laatste kritiekpunt wijst naar een bredere vraag rond maatschappelijke opvattingen in het recht die hierna aan bod komt.

5 MAATSCHAPPELIJKE OPVATTINGEN: FEIT OF NORM?

Die vraag is of maatschappelijke opvattingen feitelijke of juridische begrippen zijn en of dat verschilt naar gelang de opvattingen meer descriptief of meer normatief van aard zijn, zoals hierboven in paragraaf 2 al uiteengezet. Voor beide opvattingen vallen argumenten aan te dragen. Maatschappelijke opvattingen zijn 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 onderwerp leven.⁴⁶ Het zijn echter ook juridische normen, in de zin dat de maatschappelijke opvattingen een specifieke, normatieve betekenis krijgen wanneer deze door de rechter worden gebruikt. De hiervoor in paragraaf 4 geciteerde opmerking in de parlementaire geschiedenis over de verkeersopvatting suggereert dat de wetgever het laatste voor ogen had: de rechter maakt bij de toepassing van een maatschappelijke opvatting een vertaalslag van sociaal feit naar juridisch begrip, en trekt het sociale feit daarmee los van het ‘feitelijke’ maatschappelijke bestaan van die opvatting. Daarbij speelt niet alleen de expliciete wettelijke verankering van de maatschappelijke opvatting een rol, maar ook het feit dat de rechter vaak uit een diversiteit aan opvattingen een norm zal moeten destilleren die in een concrete zaak bruikbaar is. Daarmee verdwijnt automatisch de diversiteit aan visies die samen de ‘naakte’, feitelijke werkelijkheid van de maatschappelijke opvatting vormen. Wordt naar de rechtspraak gekeken, dan komt men tot dezelfde conclusie. De Hoge Raad toetst de verkeersopvatting volledig of behandelt vragen daaromtrent als gemengde beslissing, wat anders zou zijn als het enkel om de vaststelling van feiten zou gaan – dat zou hij overlaten aan de feitenrechter.⁴⁷

Om deze redenen is de heersende leer in de literatuur dat maatschappelijke opvattingen en, meer specifiek, verkeersopvattingen juridisch begrippen zijn.⁴⁸ Zo stelt Bloembergen dat de verkeersopvatting beschouwd moet worden als ‘aanknopingspunt voor autonome rechtsvinding door de rechter’.⁴⁹ Memelink gaat nog iets verder, en beargumenteert dat het concept ‘verkeersopvattingen’ verwijst naar gewoonterecht dat aan de hand van verschillende rechtsvindings technieken kan worden vastgesteld.⁵⁰ Daarbij betoogt Memelink

45 Tjong Tjin Tai 2010, p. 101.

46 Tjong Tjin Tai 2010, p. 103.

47 Zie uitvoerig met verwijzingen naar rechtspraak: Memelink 2009, p. 108-115. Zie tevens: *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/162-165.

48 *Asser/Sieburgh* 6-IV 2019/122.

49 Zie paragraaf 4 van zijn annotatie bij: HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR: 1998:ZC2588, NJ 1998/526 m.nt. Bloembergen.

50 Memelink 2009, p. 136.

dat ook opvattingen die in eerste instantie meer descriptief zouden kunnen worden opgevat – bijvoorbeeld of een bepaald object bestanddeel is van een grotere zaak, zoals een dakpan van een huis – eigenlijk normatieve opvattingen zijn: een huis behoort dakpannen te hebben, en een fiets behoort een zadel te hebben.⁵¹ Of een dakpan deel is van een huis volgt immers uit wat maatschappelijk wordt verstaan onder een ‘huis’; een huis is in die zin een sociaal construct, waarbij het construct opgebouwd is uit een complex van normatieve opvattingen. Dit is anders bij de observatie dat een appel een vrucht van de appelboom is: dat laatste is een natuurlijk feit, ongeacht de sociaal-maatschappelijke opvattingen omtrent appelbomen.

Tjong Tjin Tai is een andere opvatting toegedaan, althans voor wat betreft het gebruik van verkeersopvattingen. Volgens hem kan uit het gegeven dat ‘verkeersopvattingen’ als juridisch begrip gebruikt worden, niet direct worden afgeleid dat het enkel een juridisch of zelfs normatief begrip is. Veel aannemelijker is het dat de wetgever, zeker binnen het goederenrecht, een meer descriptieve invulling van verkeersopvattingen voor ogen stond. Dat de invulling ervan aan de hand van rechtsvindings technieken wordt vastgesteld, betekent namelijk niet dat het enkel een juridisch begrip is.⁵² Tjong Tjin Tai verwijst daarbij naar hetzelfde dakpanvoorbeeld: het sociale feit dat de meeste mensen een dakpan als onderdeel van een huis beschouwen, is niet hetzelfde als dat zij vinden dat het ook zo zou moeten zijn. Dat wij in deze maatschappij ervan uitgaan dat dakpannen bij een huis horen, is een sociaal feit; dat er juridische gevolgen kunnen ontstaan uit die opvatting is een gevolg van een transformatie van dat feit naar recht, door de rechter. Tjong Tjin Tai bekritiseert bovendien de opvatting dat maatschappelijke opvattingen gelijk staan aan gewoonterecht. Hoewel zij in sommige gevallen wel degelijk verwijzen naar ongeschreven rechtsregels – hierbij valt in eerste plaats te denken aan 6:162 BW, en überhaupt de meer normatieve verschijningsvorm van de maatschappelijke opvatting in het verbintenissenrecht – hoeft dat niet voor andere verschijningsvormen te gelden. Dat mensen een bepaalde norm als gedragsnorm zien is nog niet hetzelfde als dat zij dit ook als juridische norm zien – zie eerder paragraaf 2. In die zin onderscheidt de rechtsvinding van een ongeschreven norm – die al als juridische regel aanwezig was – zich van het vinden van een maatschappelijke opvatting, die nog een vervolgstap nodig heeft om daadwerkelijk tot recht te leiden.⁵³ Jansen meent, in lijn hiermee, dat verkeersopvattingen hierdoor twee parallele gedaantes hebben: die als juridisch begrip en als feitelijk begrip. Hierover stelt hij:

‘De verkeersopvatting die de rechter in een concreet geval toepast, is een rechtsbegrip, vatbaar voor toetsing in cassatie en niet voor bewijs. De in het

51 Memelink 2009, p. 119.

52 Tjong Tjin Tai 2010, p. 101-102.

53 Tjong Tjin Tai 2010, p. 103.

maatschappelijk verkeer levende opvattingen waaruit de rechter dat rechtsbegrip afleidt (of zou moeten afleiden), zijn feitelijk van aard.⁵⁴

Overigens doen noch Tjong Tjin Tai, noch Jansen hiermee af aan de opvatting van Memelink dat verkeersopvattingen een rechtsbegrip zijn; zij onderstrepen slechts dat die rechtsbegrippen verwijzen naar een stand van zaken in de werkelijkheid – het sociale feit dat er in de maatschappij bepaalde opvattingen leven over een onderwerp.

6 WISSELWERKING EMPIRIE EN RECHT

Het voorgaande brengt ons bij de vraag wat de juridische relevantie is van de empirische bestudering van maatschappelijke opvattingen. Wordt de opvatting van Memelink aangehangen dat verkeersopvattingen louter juridische begrippen zijn, dan is empirisch onderzoek naar maatschappelijke opvattingen maar zeer beperkt relevant om de inhoud daarvan te bepalen; rechtsvindingstechnieken volstaan daar in beginsel voor. Worden maatschappelijke opvattingen daarentegen, zoals Tjong Tjin Tai en Jansen betogen ten aanzien van verkeersopvattingen, gezien als juridische begrippen die verwijzen naar sociale feiten, dan kan empirisch onderzoek naar maatschappelijke opvattingen wel juridisch relevant zijn om de inhoud daarvan te bepalen. In die opvatting beogen maatschappelijke opvattingen namelijk een koppeling te maken tussen het recht en de werkelijkheid, en hoewel de rechter die koppeling vaak zelf kan maken zonder empirisch onderzoek uit te voeren, kan empirisch onderzoek daarbij hulp bieden. Het kan de rechter de juiste richting wijzen of, achteraf, bevestigen of ontkennen dat hij het bij het juiste eind heeft, en inzicht bieden in hoe de rechter tot een oordeel heeft kunnen komen.

Ongeacht of maatschappelijke opvattingen gezien worden als enkel juridische begrippen of ook als een verwijzing naar de werkelijkheid, zijn er onzes inziens daarnaast twee redenen waarom empirisch onderzoek wel degelijk relevant kan zijn ter vaststelling van de inhoud van maatschappelijke opvattingen. Ten eerste kan daarmee tegemoet worden gekomen aan de in paragraaf 4 besproken kanttekening, dat een onduidelijke methodologie om maatschappelijke opvattingen vast te stellen, ertoe kan leiden dat de verwijzing naar de maatschappelijke opvatting eigenlijk maskeert dat de rechter zijn eigen visie op een probleem toepast. Ten tweede is het überhaupt wenselijk het recht, ongeacht of het tracht te verwijzen naar de werkelijkheid of niet, (eens in de zoveel tijd) aan een *reality check* te onderwerpen – een opvatting die steeds breder gedragen wordt zoals ook blijkt uit de opkomst van *Empirical Legal Studies*. Van Boom benadrukt het belang daarvan voor het privaatrecht in het algemeen als volgt:

⁵⁴ Jansen 2020, p. 28.

‘Aspireert men niet te weten hoe de civielrechtelijke werkelijkheid in elkaar steekt, dan werkt men aan een privaatrecht zonder *‘reality check’*, dat losgezongen kan raken van de werkelijkheid (...). Empirische aspiraties van de privaatrechtwetenschap zijn kort gezegd nodig om de functie van het privaatrecht (...) te kunnen vervullen.’⁵⁵

Hierbij kan worden opgemerkt dat in het bijzonder wanneer de functie van een maatschappelijke opvatting is het recht mee te laten veranderen met de tijd, empirisch onderzoek naar de opvattingen die in de maatschappij leven nodig is om te voorkomen dat de rechter recente ontwikkelingen ten aanzien van opvattingen in de maatschappij over het hoofd ziet.

Tot slot dient zich de vraag aan wat de rechter moet doen, mocht uit empirisch onderzoek blijken dat de maatschappelijke opvatting anders is dan gedacht. Hoewel het voor de hand ligt dat de rechter de gevonden opvatting(en) volgt, is hij onzes inziens – mede gelet op het onderscheid dat er bestaat tussen feit en norm⁵⁶ – daartoe niet verplicht.⁵⁷ Hij kan en mag ervoor kiezen het empirisch onderzoek (deels) te negeren en tot een ander oordeel te komen. Die ruimte volgt uit het feit dat de rechter uiteindelijk autonoom tot de vaststelling van een opvatting kan komen: de transformatie van feit naar recht. De maatschappelijke opvattingen die gebruikt worden in het recht staan vaak ook niet op zichzelf, maar zijn ingebed in een breder juridisch kader. Dat kader dwingt de rechter ertoe ook oog te hebben voor andere zaken dan enkel de maatschappelijke opvattingen, zoals specifieke belangen van bepaalde groepen die anders zijn dan die van de maatschappij als geheel, andere rechtsnormen en mogelijke gevolgen van het hanteren van een bepaalde opvatting. Die ruimte zal groter zijn als het de invulling van een open norm betreft waarbij de rechter meer dan alleen de maatschappelijke opvatting kan betrekken, zoals bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid, dan wanneer er direct verwezen wordt naar de verkeersopvatting. Dat geldt zeker als het een verkeersopvatting betreft die als beslissingsnorm fungeert.

Dit kan natuurlijk op gespannen voet staan met de hiervoor besproken objectiverende functie van de maatschappelijke opvatting, en de expliciete keuze van de wetgever om de invulling van een open norm juist niet door de rechter of partijen zelf te laten doen. Tegelijk kan het ook niet zo zijn dat de rechter slechts een doorgeefluik is van een simpele meerderheidsopvatting. Dit valt te illustreren met een voorbeeld. Stel dat de (tamelijk extreme) situatie zich voordoet dat uit empirisch onderzoek blijkt dat de maatschappelijke

55 W.H. van Boom, ‘Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap’, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2013, p. 49.

56 T. Bouwman, ‘Empirisch-juridisch onderzoek en de sprong van feit naar nom’, *Nederlands Juristenblad* 2020, p. 888-889. Zie tevens: I. Giesen, ‘The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning’, *Utrecht Law Review* 2015, p. 4-17.

57 Zie hieromtrent ook hoofdstuk 10 in deze bundel.

opvatting is dat seks tussen minderjarigen enkel sociaal-ethisch aanvaardbaar is bij jongeren met een bepaalde afkomst. In dat geval is er voor de rechter ter voorkoming van discriminatie een (zeer) goede reden die maatschappelijke opvatting niet als leidend te beschouwen voor juridische oordeelsvorming. Het is echter cruciaal dat deze keuze expliciet, inzichtelijk en toetsbaar is – en niet verkapt wordt gemaakt door simpelweg te stellen dat de maatschappelijke opvatting anders is. Indien de rechter in zijn motivatie expliciet benoemt waarom hij het empirische onderzoek niet volgt, komt hij ook (deels) tegemoet aan de kritiek dat de verwijzing naar de maatschappelijke opvatting eigenlijk maskeert dat de rechter zijn of haar eigen visie op een probleem toepast.


Hierbij moet, tot slot, niet worden vergeten dat de rechter met bepaalde uitspraken ook weer kan bijdragen aan de verdere vorming van de maatschappelijke opvatting. Noch de rechtsvorming, noch het bepalen van de maatschappelijke opvatting vinden in een vacuüm plaats. Net zoals de rechter in constante dialoog is met de wetgever over de vorming van het recht, is hij in dialoog met de maatschappij over hoe er gedacht wordt over het recht. Dat geldt zowel voor vaststellingen omtrent wat de maatschappelijke opvatting zou zijn, als over redenen waarom de rechter ervoor kiest om een bepaalde maatschappelijke opvatting al dan niet te volgen: beiden dragen verder bij aan meningsvorming over het recht buiten de rechtszaal. De interactie tussen de maatschappelijke opvatting en het recht is niet eenzijdig, het is niet alleen een venster van buiten naar binnen – evenzeer van binnen naar buiten. Transparantie over wat de rechter naar buiten wil communiceren wordt daarmee des te belangrijker, met inbegrip van de empirische basis waarop de rechter tot bepaalde inzichten is gekomen.

7 AFRONDING

In deze bijdrage is getracht, alvorens in deze bundel wordt overgegaan op de bespreking van enkele specifieke maatschappelijke opvattingen, het begrip ‘maatschappelijke opvatting’ in een theoretisch kader te situeren. Daarbij is aandacht geweest voor de diverse verschijningsvormen van maatschappelijke opvattingen, de functies die het gebruik ervan vervult in het recht, kanttekeningen ten aanzien van dat gebruik, en de onderliggende vraag of het hier nu een juridisch of een feitelijk begrip betreft. Er is geconstateerd dat, mede vanwege de parallele gedaantes van de opvatting de rechter de nodige vrijheid heeft bij het vaststellen van maatschappelijke opvattingen in de context van een concrete zaak, en niet direct gebonden is aan empirisch onderzoek naar die opvatting. Tegelijkertijd betekent dat niet dat empirisch onderzoek naar maatschappelijke opvattingen geen relevantie heeft voor het recht. Integendeel, juist als de rechter zelf een opvatting kan vaststellen is een goede onderbouwing en transparante besluitvorming essentieel. Empirisch onderzoek kan zowel bijdragen aan die onderbouwing, als een ‘*reality check*’ vormen ten aanzien van in de

jurisprudentie aangenomen opvattingen. Daar ligt, naar ons inzicht, ook de meerwaarde van deze bundel: een basis bieden voor verder debat over hoe bepaalde opvattingen in de jurisprudentie tot stand zijn gekomen, en de mate waarin er een wisselwerking is tussen die in de jurisprudentie aangenomen opvattingen, en de opvattingen die daadwerkelijk in de maatschappij leven. Hoe opener dat debat gevoerd kan worden, hoe beter er ook gereflecteerd kan worden op de vraag of de maatschappelijke opvatting in het recht ook daadwerkelijk de veronderstelde functies vervult en wat het betekent voor het gebruik daarvan als dat niet zo is.

3 SOCIAAL-ETHISCHE AANVAARDBAARHEID VAN CONSENSUELE SEKS TUSSEN JONGEREN

 *the name of 'love'*

*Lydia Dalhuisen en Renée Kool**

1 INTRODUCTIE

Voor consensuele seks door en met minderjarigen van twaalf tot zestien jaar is het uitgangspunt van de wetgeving dat de minderjarige recht heeft op seksuele autonomie. Dergelijk handelen kan onder omstandigheden echter worden gekwalificeerd als zijnde ontuchtig, namelijk als het seksuele contact in strijd wordt geacht met de sociaal-ethische aanvaardbaarheid, een maatschappelijke opvatting.

Doel van deze bijdrage is de maatstaf van de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van het seksuele contact tegen het licht te houden. Vormt deze maatstaf een gezaghebbend criterium waaraan de (feiten)rechter de strafwaardigheid van seksuele contacten tussen jongeren kan toetsen? Heeft de strafrechter goed zicht op wat volgens de maatschappelijke opvattingen aan jongeren moet worden gegund, of geeft de rechtspraak blijk van een 'seksueel keurslijf'?

Om deze vragen te kunnen beantwoorden beschrijven we eerst de juridische betekenis van het bestanddeel 'ontuchtige handelingen' in verhouding tot de sociaal-ethische aanvaardbaarheid (par. 2). Dat doen we door te kijken naar toonaangevende jurisprudentie en de wetsgeschiedenis. Daarbij geven we ook aan hoe de term ontuchtige handeling zich verhoudt tot het recent ter consultatie voorgelegde wetsvoorstel seksuele misdrijven.¹ Vervolgens brengen we in beeld wat uit hoofde van sociaalwetenschappelijk onderzoek bekend is over de maatschappelijke opvattingen over 'seks onder je zestiende' en presenteren

* Lydia Dalhuisen en Renée Kool zijn respectievelijk als universitair docent en universitair hoofddocent verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht.

1 Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven). Te vinden via: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/03/08/wetsvoorstel-seksuele-misdrijven. Voor de memorie van toelichting: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/03/08/memorie-van-toelichting-bij-wetsvoorstel-seksuele-misdrijven.

we de resultaten van een door ons uitgevoerd kwantitatief rechtspraakonderzoek (par. 3). De neerslag van deze twee deelonderzoeken vormt de opmaat voor onze weergave van de resultaten van een opiniepeiling (par. 4), waarna we de uitkomsten tegen elkaar kunnen afzetten om te bezien of, en in hoeverre de uitleg door de strafrechter daadwerkelijk de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van seks met en tussen jongeren reflecteert.

2 DE JURIDISCHE BETEKENIS VAN ONTUCHTIGE HANDELINGEN IN HET LICHT VAN DE SOCIAAL-ETHISCHE AANVAARDBAARHEID

2.1 *Ontuchtige handelingen en het Trio-seks-arrest*

Als kapstok voor deze bijdrage fungeert het Trio-seks-arrest.² Daarin heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de betekenis van het bestanddeel ‘ontuchtige handelingen’ van artikel 245 en 247 Sr.³ Deze overwegingen vormen tot op heden het raamwerk waarbinnen de feitenrechter oordeelt over de toelaatbaarheid van seksuele contacten tussen meerderjarigen en minderjarigen in de leeftijd tussen twaalf en zestien jaar. Hoewel in het voorgelegde wetsvoorstel seksuele misdrijven deze term vervangen wordt door ‘seksuele handelingen’,⁴ blijft de vraag wanneer precies sprake is van strafwaardige seks met jongeren in deze leeftijdscategorie onbeantwoord (zie verder par. 2.3). De graadmeter daarvoor zijn sinds jaar en dag de maatschappelijke opvattingen over de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van seksuele handelingen, en dat zal zo blijven.

In het Trio-seks-arrest ging het om de vraag of een trio tussen een meisje van vijftien jaar en twee jongens (zeventien en zestien jaar oud) kon worden gekwalificeerd als ‘ontuchtig handelen’ van de jongens. De jongeren waren geen onbekenden en het meisje en een van de jongens hebben eerder seks met elkaar gehad. Het meisje is verliefd op deze jongen; met de andere jongen is ze al jarenlang bevriend. Na een bezoek aan de disco gaat ze met hen naar de kamer van de jongen op wie ze verliefd is. Daar aangekomen begint ze te strippen en heeft uiteindelijk geslachtsgemeenschap met beiden. Beide jongens worden in eerste en tweede aanleg veroordeeld; het meisje wordt door de rechter als slachtoffer beschouwd. In cassatie voert een van de jongens aan dat geen sprake is geweest van ontuchtig handelen: ‘de dame’ in kwestie ging immers zelf mee, toonde wervend gedrag

2 HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, NJ 2010/376, m.nt. N. Keijzer.

3 Artikel 245 Sr ziet op seksueel binnendringen; artikel 247 Sr op alle overige vormen van seksueel contact.

4 Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven).

en nam ogenschijnlijk vrijwillig deel aan de trioseks. De Hoge Raad verwerpt het middel en stelt dat:

‘2.6. Blijkens de wetsgeschiedenis strekt art. 245 Sr tot bescherming van de seksuele integriteit van personen die gelet op hun jeugdige leeftijd in het algemeen geacht moeten worden niet of onvoldoende in staat te zijn zelf die integriteit te bewaken en de draagwijdte van hun gedrag in dit opzicht te overzien. Art. 245 Sr beschermt deze jeugdige personen ook tegen verleiding die mede van henzelf kan uitgaan.’

Dat betekent echter geen absoluut verbod op seks met dergelijke minderjarigen, want onder omstandigheden kan het (veronderstelde) ontuchtige karakter daaraan ontbreken. Echter,

‘Een scherpe afgrenzing van dergelijke omstandigheden valt in haar algemeenheid niet te geven. Zoals uit de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis blijkt, heeft de wetgever bij de totstandkoming van art. 245 Sr in dit opzicht als maatstaf voor ogen gestaan of de desbetreffende seksuele handeling algemeen als sociaal-ethisch is aanvaard.’

Dat laatste, de maatschappelijke opvattingen over fatsoenlijke seks, bepaalt wat jongeren tussen de twaalf en zestien jaar (hierna: minderjarigen)⁵ met elkaar mogen op seksueel gebied.

Met dit oordeel wordt door de Hoge Raad niet precies geduid wat nu wel en niet mag wanneer het gaat om seks tussen minderjarigen.⁶ Weliswaar noemt de Hoge Raad in rechtsoverweging 2.6 nog het geringe leeftijdsverschil en de vrijwilligheid als contra-indicatie voor het ontuchtig karakter, maar ook daaraan kan geen (rechts)zekerheid worden ontleend. Het rechterlijk oordeel of sprake is van een ontuchtig contact komt namelijk:

‘in belangrijke mate [aan, red.] op de aan de feitenrechter voorbehouden weging en waardering van de omstandigheden van het geval. Het oordeel daaromtrent kan in cassatie slechts in beperkte mate worden getoetst.’

5 Vanaf zestien jaar wordt een minderjarige voor de strafwet als seksueel meerderjarig beschouwd. Minderjarigen in de leeftijd tussen zestien en achttien jaar die seksueel contact hebben met minderjarigen jonger dan zestien jaar kunnen daarvoor in beginsel worden vervolgd.

6 Voor jongeren onder de twaalf jaar geldt een absoluut verbod op seksuele contacten; zie artikel 244 Sr.

2.2 Ontuchtige handelingen in de wet

De term ‘ontuchtige handelingen’ dateert van 1886 en brengt tot uitdrukking dat seksuele contacten met minderjarigen in beginsel strafwaardig zijn. Volgens de wetgever heeft het bestanddeel ‘het voordeel van onderscheidend vermogen’ en is het praktisch goed toepasbaar.⁷ Voorstellen om de term te vervangen door het meer neutrale begrip ‘seksuele handelingen’ en de strafbaarheid van het seksuele contact te bepalen aan de hand van een toestemmingsvereiste stranden.⁸ De wetgever wil namelijk niet alleen onvrijwillige, maar ook vrijwillige, maar niettemin volgens de maatschappelijke opvattingen strafwaardige seks tussen minderjarigen kunnen bestraffen. Vrijwilligheid vormt, wanneer het gaat om seks met en/of door minderjarigen, een relatief gegeven.⁹ Wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven, is het aan de meerderjarige af te zien van het seksuele contact, ook als de minderjarige heeft ingestemd en ook wanneer deze het seksuele contact initieert.¹⁰

Of er aanleiding is tot het instellen van strafvervolgning staat ter beoordeling aan het openbaar ministerie, waarbij het opportuniteitsbeginsel als waarborg tegen lichtvaardige vervolging geldt. Via het in artikel 167a Sv neergelegde ‘hoorrecht’ wordt daarbij ook de wens van het slachtoffer meegewogen, maar niet-naleving van dat hoorrecht en/of tegenstelde opvattingen over de strafwaardigheid van het seksuele contact staan aan vervolging niet in de weg. Eerder lag dat anders, want tot 1994 gold dat vervolging enkel op klacht kon. Dat klachtvereiste vormde in 1992 bij de herziening van de zedelijkheidswetgeving het parlementaire wisselgeld voor de handhaving van het bestanddeel ontuchtige handelingen. Toen uit de evaluatie bleek dat de herziene zedenwetgeving in de praktijk niet had geleid tot een hoger beschermingsniveau, werd alsnog besloten het klachtrecht te vervangen door het hoorrecht.¹¹ En zo kwam het oordeel of seksuele contacten met minderjarigen ontuchtig, en dus strafwaardig zijn wederom te liggen bij het openbaar ministerie en de rechter.

Opgemerkt is reeds dat de beoordeling of sprake is van ontuchtige handelingen moet worden begrepen in het licht van de omstandigheden van het geval. Het gaat, in woorden

7 *Kamerstukken II 1988/89, 20930, nr. 3, p. 2.* Zie ook: Tekst & Commentaar Strafrecht, Kool/Lestrade Artikel 245, onder 6, waar staat vermeld dat het begrip een ‘meer geladen betekenis’ heeft. Voorts: R.S.B. Kool, Ontucht(ig): een rechtsonzeker begrip?, *Delikt en Delinkwent* 1992, nr. 3, p. 251-269.

8 Commissie Herziening zedelijkheidswetgeving (Melai), *Eindrapport*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1989, p. 11.

9 *Handelingen II 1990/91, nr. 12, p. 605:* ‘(...) dat de vrijwilligheid in de gebruikelijke opvatting niet voldoende is om een adequate bescherming te bieden aan mensen in een kwetsbare positie.’

10 *Handelingen II 1990/91, nr. 12, p. 584-585.* Wanneer het gaat om minderjarigen geldt het destijds door minister van Justitie Hirsch Ballin uitgesproken motto: ‘Doe het beschermen beter’ (*Handelingen II 1990/91, nr. 12, p. 611*).

11 J. de Savornin Lohman, *Betere en adequatere bescherming door de nieuwe zedelijkheidswetgeving?*, Utrecht: Verweij-Jonker Instituut 1994.

van Machielse, om ‘oneerbaar gedrag’ dat indruist tegen de zedelijke opvattingen.¹² De wetsgeschiedenis biedt weinig houvast aan de rechter; verder dan dat een ‘stoeipartijtje van leeftijdsgenoten algemeen sociaal-ethisch aanvaardbaar is’ komt het niet.¹³ Bedacht moet ook worden dat dit voorbeeld dateert van enkele decennia geleden en dat de seksuele moraal sindsdien aan verandering onderhevig is.¹⁴ Kortom: de wetgever heeft de strafrechter bewust opgezadeld met de open opdracht om met inachtneming van de maatschappelijke opvattingen te oordelen over de strafwaardigheid van seksuele contacten tussen en met minderjarigen. Richtsnoer zijn de maatschappelijke opvattingen, die de strafrechter geacht wordt te kennen en als uitgangspunt te nemen. Daarbij komt, zoals uit het Trio-seks-arrest blijkt, dat het oordeel van de feitenrechter zich vanwege het casuïstisch karakter niet goed laat toetsen in cassatie. En hoewel de Hoge Raad in dat arrest weliswaar enige vingerwijzingen geeft (gering leeftijdsverschil en vrijwilligheid) zijn ook die niet exhaustief bedoeld.

Er is echter één rechtszekere factor: de leeftijd van de minderjarige. Die is namelijk geobjectiveerd, zodat het al of niet hebben van wetenschap daarvan irrelevant is. Voorts geldt een opzetvereiste, maar dat is kleurloos en heeft enkel betrekking op het bewust aangaan van het seksuele contact.¹⁵ De dader hoeft dus niet te hebben geweten van eventuele omstandigheden die het slachtoffer minder weerbaar maakten, en dus het seksuele contact als ontuchtig kleurden. Van weerloosheid van de minderjarige hoeft overigens ook niet te zijn gebleken,¹⁶ en ook het feit dat het initiatief tot het seksuele contact van de minderjarige uitging, is niet van belang.¹⁷ De opvatting van de dader doet er evenmin toe, het is immers niet zijn seksuele moraal, maar die van de maatschappij die de strafbaarheid bepaalt.

Omdat het oordeel dat het seksueel contact ontuchtig was een rechtsvraag bevat, moet de rechter bij een verweer van de verdachte op dat punt een gemotiveerd antwoord geven. Ook moet uit de tenlastelegging voldoende feitelijk blijken waaruit het ontuchtige handelen zou hebben bestaan; niet volstaan mag worden met de enkele vermelding van de term.¹⁸ Dat maakt dat het bestanddeel ‘ontuchtige handelingen’ zowel een kwalificerende, als een beperkende functie heeft.¹⁹ Niet alle seks met minderjarigen is immers strafbaar, en het oordeel dat dit wel zo is, behoeft onderbouwing door de rechter. Een dergelijk op bescherming georiënteerd betoog heeft keerzijdes. Naast het feit dat sprake kan zijn van

12 Machielse in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Wetboek van Strafrecht*, Artikel 245 Sr, aant. 3 (suppl.).

13 *Kamerstukken II* 1988/89, 20930, nr. 5, p. 5.

14 J. Gooren, ‘Over de bestrafing van ontucht met instemming van jongeren’, *Proces* 2009, nr. 8, p. 220-232 en van dezelfde schrijver: J. Gooren, *Een overheid op drift: de strafrechtelijke beheersing van seks en jongeren* (diss. Leiden), 2016, p. 111-128, <http://hdl.handle.net/1887/37813>.

15 Kleurloos opzet houdt in dat opzet op de wederrechtelijkheid van de gedraging wordt verondersteld, en dus niet hoeft te worden bewezen.

16 Een sprekend voorbeeld is te vinden in Gerechtshof Amsterdam 28 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2140.

17 Tekst & Commentaar Strafrecht, Kool/Lestrade, art. 245, aant. 6.

18 In dat geval is sprake van een onvoldoende duidelijke en daarmee nietige tenlastelegging in de zin van art. 261 Sv.

19 *Kamerstukken II* 1990/91, 20930, nr. 13, p. 4.

een te vergaande beknotting van de seksuele autonomie van minderjarigen,²⁰ roept het ook vragen op over de voorzienbaarheid van de strafbaarheid van het seksuele contact aan de zijde van de pleger. Want wat heeft te gelden als sociaal-ethisch aanvaardbaar wanneer het gaat om seksuele contacten tussen minderjarigen?

2.3 *Wijziging van de zedenwetgeving*

Als opgemerkt in paragraaf 1 is het noodzakelijk aandacht te besteden aan het wetsvoorstel seksuele misdrijven. De wetgever signaleert daarin dat de maatschappelijke normen over wat aanvaardbare seks is zijn verschoven, wat noopt tot verheldering van de strafrechtelijke norm onder andere waar het de strafwaardigheid van seksuele contacten met minderjarigen betreft.²¹ Voorgesteld wordt artikel 245 en 247 Sr te vervangen door artikel 248 Sr. Deze bepaling luidt voor zover relevant als volgt:

1. Hij die met een persoon die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt seksuele handelingen verricht wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.
2. Indien de in het eerste lid bedoelde handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam wordt gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.
3. Niet strafbaar is degene die als leeftijdsgenoot de in het eerste en tweede lid bedoelde gedragingen begaat in het kader van een gelijkwaardige situatie tussen hem en die persoon.

Voor onze vraag is met name het derde lid van belang. Daarin staat een strafuitsluitingsgrond geformuleerd voor leeftijdsgenoten die seksuele contacten hebben binnen een als gelijkwaardige te bestempelen situatie. Die bepaling vormt een uitzondering op het in artikel 248 Sr-nieuw verwoorde uitgangspunt dat ‘kinderen’, of zoals wij prefereren: ‘jongeren’, in de leeftijd tussen twaalf en zestien jaar niet in staat zijn de reikwijdte van hun handelen te kunnen overzien en hun seksuele integriteit niet kunnen bewaken.²² Zij zijn seksueel minderjarig en dat maakt dat seksuele contacten met een seksueel meerderjarige

20 Met name Gooren vraagt daarvoor aandacht (Gooren 2009, 2016). Ook: R. Kool & M. Kuipers, ‘Lets talk about sex, baby’, *Delikt en Delinkwent* 2018, nr. 5, p. 434-450.

21 Memorie van toelichting wetsvoorstel Wet seksuele misdrijven, par. 2.1.

22 Memorie van toelichting wetsvoorstel seksuele misdrijven, p. 18. De wetgever wil seksueel misbruik voorkomen en stelt daarom ook handelingen strafbaar die zijn gericht op het kwetsbaar maken van jongeren voor seksueel misbruik of mogelijke blootstelling aan gedrag van anderen waardoor hun seksuele ontwikkeling wordt verstoord.

per definitie ongelijkwaardig, en dus strafbaar zijn. Er is dan sprake van ‘seksueel misbruik van kinderen’.²³

Gekozen is om de term ‘ontuchtige handelingen’ gebruikt in artikel 245 en 247 Sr te vervangen door de meer neutrale term ‘seksuele handelingen’. Uit artikel 239 Sr-nieuw volgt dat onder seksuele handelingen wordt verstaan: ‘het verrichten van seksuele handelingen met een persoon’. Daaronder moet ook worden verstaan: ‘het een persoon laten verrichten van seksuele handelingen met hem of met zichzelf of met een derde dan wel een persoon seksuele handelingen laten ondergaan door een derde.’ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel seksuele misdrijven wordt deze keuze voor de wisseling van terminologie niet toegelicht. Dat is opvallend, omdat in de memorie van toelichting bij het voorontwerp wet seksuele misdrijven daar wel aandacht voor was.²⁴ Vermeld werd dat de in de strafbepalingen omschreven handelingen seksuele contacten betroffen die in het licht van de geldende seksuele opvattingen ‘überhaupt onaanvaardbaar zijn en dus strijdig met de sociaal-ethische norm’.²⁵ Deze handelingen aanduiden als ‘ontucht’ of ‘ontuchtige handelingen’ was overbodig. Slechts in een ‘enkel geval’ zou dat anders liggen, namelijk wanneer het ging om ‘normaal, gelijkwaardig, seksueel verkeer tussen jongeren van twaalf tot zestien jaar.’ Daarvoor gold de assumptie van strafwaardigheid niet, wat tot uitdrukking zou worden gebracht in de betreffende strafbepaling.

Dat is gebeurd via de strafuitsluitingsgrond neergelegd in artikel 248, lid 3 Sr-nieuw. Op het punt van de daarin neergelegde terminologie, in het bijzonder de bestanddelen ‘leeftijdgenoot’ en ‘gelijkwaardige situatie’ ontbreekt het in de memorie van toelichting echter aan een voldoende uitwerking. Gesteld wordt dat de nieuwe strafbepalingen helder geformuleerd zijn, waardoor de reikwijdte ervan duidelijk is voor betrokkenen.²⁶ De bepalingen weerspiegelen namelijk ‘in belangrijke mate de heersende maatschappelijke opvattingen’, met de daarin opgenomen sociale norm dat het seksuele contact vrijwillig en gelijkwaardig behoort te zijn.²⁷ Maar daarmee wordt noch de jongere, noch de strafrechter concreet duidelijkheid geboden over welke gevallen voldoen aan de strafuitsluitingsgrond van artikel 248, lid 3 Sr-nieuw. De gedachte dat een verwijzing naar de heersende sociale opvattingen daarvoor afdoende zou zijn miskent onze inziens de complexe aard van de seksuele moraal.²⁸ Het is, anders dan de wetgever lijkt te veronderstellen, verre van evident

23 Artikel 248 Sr-nieuw betreft een clusterbepaling; de bepaling voegt de artikelen 245, 247, 248a, 248f, 249, eerste lid en 250, eerste lid, onder 1 en 2 samen.

24 Memorie van toelichting voorontwerp wet seksuele misdrijven, p. 31, te vinden via: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/12/memorie-van-toelichting-bij-voorontwerp-wetsvoorstel-seksuele-misdrijven.

25 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, p. 31

26 Memorie van toelichting wetsvoorstel seksuele misdrijven, p. 18 en 23.

27 Memorie van toelichting wetsvoorstel seksuele misdrijven, p. 18.

28 Dat geldt vooral de door de minister aangenomen helderheid van de voor straffeloze seks vereiste consensus; R.S.B. Kool en A. Jongenotter, ‘Verkrachting: “what’s in a name”?’, *NJB* 2021, afl. 2, p. 90-97.

wat moet worden begrepen als een ‘gelijkwaardige situatie’ als voorwaarde voor straffeloze seks tussen jongeren in de leeftijd van twaalf tot zestien jaar. Voor het bestanddeel ‘leeftijdgenoot’ ligt dat wellicht eenvoudiger, maar ook hier kunnen zich discussies voordoen, want welk leeftijdsverschil is hier acceptabel? Dat het bepalen van de (niet-)strafwaardigheid van seksuele contacten tussen jongeren in de leeftijd van twaalf tot zestien jaar lastig is, blijkt ook uit het feit dat de wetgever bij een strafrechtelijke veroordeling ter zake kiest voor een ‘persoonsgerichte aanpak’.²⁹ Die keuze berust op de gedachte dat de strafrechtelijke interventie voor deze jeugdige daders moet zijn gericht op seksuele (her)opvoeding. Anders gezegd: ook voor hen is het blijkbaar moeilijk om met de wet in de hand te weten wat wel en niet toelaatbaar is op seksueel gebied met leeftijdsgenoten.

Ondanks deze gemiste kansen vormt de vervanging van het bestanddeel ‘ontuchtige handelingen’ door het begrip ‘seksuele handelingen’, met de daaraan in de wet gegeven definitie, winst. Dit geldt, los van het gemis aan een nadere uitwerking, ook voor de in artikel 248, lid 3 Sr-nieuw opgenomen bestanddelen ‘leeftijdgenoot’ en ‘gelijkwaardige situatie’. Die begrippen lijken te zijn ontleend aan de rechtspraak en zijn van neutraler aard dan het archaische begrip ‘ontuchtige handelingen’ (zie par. 3.3). Maar deze winst is (te) mager, want de ‘gemoderniseerde’ terminologie representeert een open categorie die in het licht van de omstandigheden van het geval invulling moet krijgen via de strafrechter. Of die uitleg daadwerkelijk conform de door de wetgever beoogde ‘sociale norm’ is, dan wel of de strafrechter hier een eigen, afwijkende uitleg aan geeft, zal moeten blijken.

3 WAT IS ER AL BEKEND?

3.1 *Introductie*

In deze paragraaf wordt de vraag naar wat bekend is over de maatschappelijke opvatting over de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van seksuele contacten met en tussen minderjarigen in twee delen beantwoord. Naast de resultaten van literatuuronderzoek (par. 3.2), bevat deze paragraaf de uitkomsten van een door ons uitgevoerd kwantitatief rechtspraakonderzoek (par. 3.3). Dat laatste is nodig om zicht te krijgen op de factoren die de rechter hanteert bij diens oordeel over de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van het seksuele contact. De wetgever heeft immers nagelaten deze maatstaf nader in te vullen, waardoor het aan de strafrechter is om deze criteria te benoemen. Door deze in kaart te brengen, kunnen we de juridische criteria vergelijken met datgene wat uit hoofde van de niet-juridische literatuur bekend is over wat al dan niet sociaal-ethisch aanvaardbaar is wanneer

²⁹ Memorie van toelichting wetsvoorstel seksuele misdrijven, p. 27.

het gaat om seksuele contacten met en tussen minderjarigen. Die uitkomsten werken hypothese-vormend en kunnen vervolgens weer worden gekoppeld aan de resultaten van het surveyonderzoek (par. 4).

3.2 *De seksuele moraal onder én over jongeren*

Een onderzoek naar de mening van het publiek over de voorgestelde wijziging van de zedenwetgeving bevestigt de algemene sociale norm met betrekking tot seksueel gedrag, namelijk: ‘onvrijwillig seksueel fysiek contact/seks mag niet’.³⁰ Deze algemene norm is helder. Lastiger is het echter om invulling te geven aan het ‘sociaal-ethisch aanvaardbare’ in een specifiek geval van seks tussen en met jongeren.³¹ Er is geen empirische literatuur die de invulling van deze norm onderzoekt. Voor nadere duiding van de maatschappelijke opvattingen zijn wij, en is dus ook de strafrechter, aangewezen op secundaire literatuur over het morele vertoog aangaande seksualiteit onder jongeren. Dit maatschappelijke discours is van belang; er bestaat immers een wisselwerking tussen de maatschappelijke opvattingen over bepaalde normen en het strafrecht, waarin deze normen bij uitstek tot uitdrukking komen.

In zijn dissertatie beschrijft Gooren de paradox die ontstaat met betrekking tot de bescherming van jongeren tegen bepaalde vormen van consensueel seksueel contact:

‘Door de overheid wordt weliswaar opgetreden om de zelfbepaling van de jongere te waarborgen, maar juist dat optreden kan een inbreuk plegen op die zelfbepaling.’³²

Deze inbreuk wordt nu op grond van sociaal-ethische onaanvaardbaarheid gemotiveerd. Er is echter weinig empirische literatuur beschikbaar om deze norm nader in te kleuren. In deze paragraaf wordt getracht om op basis van wetenschappelijke bevindingen wat meer achtergrond te geven bij bestaande maatschappelijke opvattingen over seks met en tussen jongeren. Zowel vanuit het perspectief van de jongere zelf als vanuit het perspectief van volwassenen.

Uit onderzoek uit 2017 onder ruim 20 000 jongeren blijkt dat ze later beginnen met seks dan vijf jaar eerder, en ook dat het aandeel jongeren die onder de leeftijd van 14 al

30 Het publiek bestond uit drie panels van 6-7 leden, 1 met enkel mannen, 1 met enkel vrouwen en 1 gemengd. Zie M. Winninghoff, *Modernisering zedenwetgeving. Een kwalitatief onderzoek*. Rapport in opdracht van het Ministerie van Justitie, 2019, p. 12, te vinden via: www.overheid.nl.

31 Ook voor seksuele contacten tussen volwassenen geldt dat burgers behoefte hebben aan een duidelijke norm, maar het lastig vinden te bepalen wanneer sprake is van grensoverschrijding; Winninghof 2019, p. 5-7.

32 Gooren 2016, p. 112.

seks hebben, afneemt.³³ Men geeft daarbij als reden vaak aan zichzelf nog te jong te vinden voor seks. Daar komt bij dat uit het onderzoek ook blijkt dat de norm met betrekking tot 'casual', ongebonden seks verschuift. In 2017 vindt 59 procent van de jongens en 44 procent van de meisjes dat het hebben van seks zonder liefde/verliefdheid moet kunnen, terwijl dit in 2012 nog respectievelijk 44 en 25 procent was. En vergeleken met 2012 blijken ook meer jongeren seks te hebben buiten een monogame relatie. Het onderzoek linkt deze resultaten aan het gebruik van sociale media en dating apps, waarmee vaak wat vluchtiger contact wordt gelegd dan bijvoorbeeld via vrienden of op school.³⁴ Uit het onderzoek onder jongeren lijkt dus aan de ene kant een verschuiving richting een behoudender seksuele moraal (latere leeftijd), terwijl op het vlak van relaties de moraal juist de andere kant op beweegt (meer 'one-night stands' en 'friends with benefits').

De gematigde(re) seksuele moraal onder jongeren wijst volgens Vanwesenbeeck weliswaar op een zekere verschuiving, maar er is geen sprake van een breuk met het verleden.³⁵ Impliciete attitudes en stereotypen liggen verankerd in het seksuele zelfbeeld, maar blijven onderbelicht in zelfrapportage waardoor dergelijke bevindingen zouden moeten worden gerelativeerd.³⁶ Er is sprake van 'een half veranderde wereld', waarin de seksuele moraal weliswaar minder eenduidig is, maar 'nieuwe ideeën en praktijken nog aarzelend, vaak fragmentarisch, niet zelden tegenstrijdig en soms ronduit ouderwets [zijn, red.]'.³⁷ Op het vlak van de seksuele moraal is dus sprake van een zekere mate van bestendigheid, welke ook van belang is voor de rechtszekerheid.

Ook Duyvendak wijst op het verankerend effect van de seksuele moraal, als zedelijk baken voor het bepalen van het cultureel burgerschap in een postmoderne samenleving.³⁸ Het op consensus en familiegevoel ('nativisme') gerichte maatschappelijke en politieke landschap werkt zulks in de hand. Jongeren mogen weliswaar niet over één kam worden geschoren, maar of jongeren in staat zijn hun seksuele autonomie gedurende de adolescentie te bewaken³⁹ wordt gekleurd door traditionele denkbeelden over mannelijke ('scoren') en

33 J.C. de Graaf, M. van den Borne, S.W.C. Nikkelen, D. Twisk, D., & S. Meijer, *Seks onder je 25e: Seksuele gezondheid van jongeren in Nederland anno 2017*, Utrecht: Uitgeverij Eburon 2017.

34 De Graaf c.s. 2017, p. 93. Zie ook P. Nikken, 'Seksuele mores Nederlandse jeugd zijn gematigd', *Jeugd & Co* 2008, nr. 1, p. 21-28.

35 I. Vanwesenbeeck, 'Diverse verlangens. Seksuele ontwikkeling onder moderne dubbele moraal (oratie Utrecht)', *Tijdschrift voor Seksuologie* 2011, nr. 4, p. 232-239. Zie ook: M. Cense & L. van Dijk, *Niet zomaar seks. Jongeren over seks en grenzen*, Utrecht: Rutgers Nisso groep 2010.

36 Vanwesenbeeck 2011, p. 236.

37 Vanwesenbeeck 2011, p. 235.

38 J-W. Duyvendak, 'Een seksueel geëmancipeerde natie', in: A. Andeweg (red.), *Seks in de nationale verbeelding. Culturele dimensies van de seksuele emancipatie*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, p. 179-193.

39 Vanwesenbeeck duidt dit aan met de term 'socioseksuele competentie'; Vanwesenbeeck 2011, p. 233.

vrouwelijke seksualiteit ('ingetogenheid').⁴⁰ De beeldvorming over 'gelijkwaardige seks' blijft daardoor moeizaam en het 'romantisch script' (seks als uiting van liefde) staat het beeld van de vrouw als seksueel autonoom wezen in de weg.⁴¹ Seksuele stereotypen recylen onbewust in de seksuele communicatie en werken als *selffulfilling prophecy*.⁴²

Kortom: de seksuele moraal is aan verandering onderhevig, maar vooral op papier. Hoewel we op basis van het literatuuronderzoek de sociaal-ethische aanvaardbaarheid niet expliciet kunnen duiden, geven de verschillende bronnen wel meer inzicht in de overwegingen die van belang zijn voor een nadere invulling van deze norm. Aan de ene kant is ruimte voor seksuele autonomie, maar onderliggend werkt de vaak traditionele seksuele moraal belemmerend.

3.3 *Invulling van de sociaal-ethische norm door de strafrechter*

3.3.1 **Rechtspraakonderzoek**

Om meer inzicht te krijgen in de invulling van de sociaal-ethische norm door de rechter is rechtspraakonderzoek uitgevoerd. Een zoektocht naar strafrechtspraak gepubliceerd op rechtspraak.nl vanaf 1 januari 2010 tot en met 17 juni 2020 leverde 297 resultaten op.⁴³ Van deze zaken waren 127 uitspraken relevant, in de zin dat sprake was van discussie over en/of invulling van de vraag of het handelen in strijd was met de sociaal-ethische norm. Zaken waarbij geen twijfel bestond over de laakbaarheid van het handelen (bijvoorbeeld bij een zeer groot leeftijdsverschil) zijn niet meegenomen.

Van de 127 uitspraken ging het om 84 uitspraken in eerste aanleg (65,6%), 31 hoger beroep zaken (24,2%) en 3 uitspraken door de Hoge Raad (2,3%)⁴⁴. Bij de overige 10 zaken betrof het conclusies van het Parket bij de Hoge Raad (7,8%). Bij de hiernavolgende gedetailleerde bespreking van de uitspraken zijn enkel de rechtbank- en gerechtshofzaken meegenomen (n=114). Doel is immers om een beeld te krijgen van de casuïstische invulling van de sociaal-ethische norm door de feitenrechter. Bij de inhoudelijke bespreking van het leerstuk is een van de uitspraken van de Hoge Raad reeds aan bod gekomen (zie par. 2).

40 Vanwesenbeeck 2011, p. 232-233. Zie ook Cense & Van Dijk 2010, p. 75-77; de meerderheid van de respondenten geeft aan dat het de verantwoordelijkheid van het meisje is om de grenzen aan te geven. Jongens geven echter aan alert te zijn op signalen van weigering.

41 Vanwesenbeeck 2011, p. 233 en 235; Cense & Van Dijk 2010,

42 Vanwesenbeeck 2011, p. 237.

43 De volgende zoektermen werden gehanteerd: 1) ontucht* handel* karakter, 2) ~245 ~247 (gefilterd op 245 en/of 247), en 3) ~sociaal-ethisch* ~leeftijdsverschil (uitspraak bevat sociaal-ethisch en/of leeftijdsverschil).

44 HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794; HR 15 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:415; en HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1884.

3.3.2 Algemene kenmerken

In de overgrote meerderheid van de zaken is art. 245 Sr ten laste gelegd (n=111), in de overige 3 zaken betreft het art. 247 Sr. In ruim 80 procent van de gevallen (n=92/114) luidt het oordeel dat sprake is van ontuchtige handelingen.

Interessante verschillen zijn zichtbaar wat betreft de gemiddelde leeftijd van dader en slachtoffer. Bij zaken waarin geen sprake is van ontuchtige handelingen is de dader gemiddeld 16,27 jaar en het slachtoffer 13,91 jaar oud (een verschil van 2,4 jaar). In zaken waarin ontuchtige handelingen wel worden aangenomen, is de dader met gemiddeld 19,29 jaar een stuk ouder, terwijl de gemiddelde leeftijd van het slachtoffer vrijwel gelijk is met 13,78 jaar (5,5 jaar verschil).⁴⁵ Ook het hebben van een relatie verschilt significant tussen zaken waarin wel en geen sprake van ontuchtige handelingen is (bijna 58% versus 21%).⁴⁶ Evenals vrijwilligheid (100% versus 47%).⁴⁷ Hieruit volgt dat leeftijdsverschil, vrijwilligheid en het hebben van een relatie relevant zijn bij de invulling van de vraag of sprake is van sociaal-ethische onaanvaardbaarheid, en dus ontuchtige handelingen.

Dat vrijwilligheid, het hebben van een relatie en een gering leeftijdsverschil ook anderszins van belang worden geacht, blijkt uit de gevoerde verweren (zie tabel 1). In totaal zijn 253 verweren gevoerd, meestal rond de twee verweren per zaak, oplopend tot maar liefst zes verweren in één zaak. De verweren die het vaakst worden genoemd, zijn de vrijwilligheid van het seksuele contact (23,3%), het geringe leeftijdsverschil tussen dader en slachtoffer (19,4%) en het bestaan van een affectieve relatie (15,0%).

Of het gaat om seks tussen twee of meer personen lijkt voor het oordeel of sprake is van ontuchtige handelingen niet uit te maken. Bij de ontuchtzaken is zelfs minder vaak sprake van groepsseks (27,2% versus 31,8%).⁴⁸ Ook de aard van de seksuele handelingen verschilt niet tussen de niet-ontucht en ontuchtzaken. In het algemeen gaat het zelden om zaken zonder seksueel binnendringen (2,7%), iets vaker is enkel sprake van manuele seks (aftrekken, vingeren; 4,4%) of orale seks (7,1%). Geslachtsgemeenschap komt vaker voor (17,7%). Het gaat echter meestal om een combinatie (68,1%).

45 Het verschil in gemiddelde leeftijd van de dader is significant: $t(67,207) = -5,93, p < ,001$.

46 $n=11/19$ versus $n=17/81$. Dit verschil is significant: Fisher's Exact, $p < ,01$

47 $n=21/21$ versus $n=38/81$. Dit verschil is significant: $\chi^2(2) = 19,273, p < ,001$.

48 Het gaat hier echter niet om een significant verschil.

Tabel 1 Gevoerde verweren in rechtbank- en gerechtshofzaken betreffende art. 245 Sr en art. 247 Sr

Verweren	Frequentie	%
Vrijwilligheid	59	23,3
Gering leeftijdsverschil	49	19,4
Affectieve relatie	38	15,0
Gelijkwaardigheid	15	5,9
Niet sociaal-ethisch onaanvaardbaar	14	5,5
Dader jonger dan kalenderleeftijd	13	5,1
Slachtoffer rijper dan kalenderleeftijd	13	5,1
Slachtoffer loog over leeftijd en/of gedroeg zich ouder	10	4,0
Slachtoffer nam het initiatief	9	3,6
Ontuchtig karakter ontbreekt	8	3,2
Veranderende moraal, jongeren eerder seksueel actief	8	3,2
Seksuele verkenningstocht/spel	5	2,0
Slachtoffer gemakkelijk/ al seksueel actief	5	2,0
Instemming ouders	3	1,2
Normale seksuele handelingen	3	1,2
Slachtoffer heeft geen aangifte willen doen	1	0,4
Totaal	253	

3.3.3 *Sociaal-ethische aanvaardbaarheid*

In de verschillende strafzaken is de aandacht voor de sociaal-ethische aanvaardbaarheid wisselend. In de meeste zaken wordt dit echter wel expliciet benoemd door de rechter (n=90/114), ofwel bij de standaardoverwegingen (n=20/114), de inhoudelijke bespreking van de casus (n=14/114) of beide (n=56/114). In mindere mate wordt de sociaal-ethische aanvaardbaarheid ook bij het verweer ingebracht (n=24/114).

Bij het rechtspraakonderzoek is vervolgens gekeken naar de wijze waarop de sociaal-ethische aanvaardbaarheid in het algemeen en meer specifiek is ingevuld. Bij de standaardoverwegingen blijkt dat in ruim 84 procent van de uitspraken aandacht is voor de casuïstische invulling en de mogelijkheid dat het ontuchtige karakter kan ontbreken afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In bijna 79 procent van de gevallen wordt het uitgangspunt van de wetsartikelen ook genoemd, namelijk de bescherming van de seksuele integriteit die voorop staat.⁴⁹ In mindere mate (bijna 31 procent) wordt ook genoemd dat

⁴⁹ Zie ook het Trio-seks-arrest in par.2.

jongeren ook beschermd worden tegen verleidingen die mede van henzelf uitgaan. Daarnaast wordt (slechts) in een kleine tien procent van de zaken gesproken over de ruimte die er is voor seksuele verkenningsstochten/experimenteergedrag onder jongeren. Dat is een belangrijke bevinding, omdat het aangeeft dat de rechter oog heeft voor het seksueel exploratieve karakter van de adolescentie en de daarmee gepaard gaande problemen voor het slachtoffer én de verdachte. Illustratief daarvoor is een uitspraak van de Haagse rechtbank:⁵⁰

‘De wetgever beoogt bescherming te bieden aan jongeren onder de zestien tegen het verrichten en ondergaan van seksuele handelingen. Deze bescherming geldt naar het oordeel van de rechtbank niet alleen voor [slachtoffer] maar evenzeer voor de jeugdige verdachte en zijn medeverdachten.’

Soms echter geeft de constatering door de rechter dat jongeren op vroegere leeftijd seksuele contacten aangaan aanleiding tot inconsistente overwegingen. Dan wordt gesteld dat uit die – door de rechter overigens niet nader onderbouwde – signalering een verschuiving in de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van seksuele contacten kan worden afgeleid.⁵¹ Dat is echter onjuist, want het zijn niet de opvattingen en/of gedragingen van de jongeren die de sociaal-ethische aanvaardbaarheid bepalen. Jongeren moeten immers zo nodig, stelt de wetgever, tegen zichzelf worden beschermd.⁵²

Op het niveau van de feitenrechter wordt bij de inhoudelijke besprekingen van de casus ingegaan op verschillende factoren. Deze worden door de strafrechter in meer of mindere mate meegewogen bij het oordeel of er al dan niet sprake is van sociaal-ethisch onaanvaardbaar gedrag. In bijna 90 procent van de gevallen wordt leeftijd meegewogen, met het bestaan van een affectieve relatie tussen de sekspartners als tweede belangrijke factor (69,3%). Achtereenvolgens zijn de vrijwilligheid (58,0%), de context⁵³ van de seks (55%), de aard van het seksuele contact (32,1%), de afhankelijkheid (28,6%) en kwetsbaarheid (25,7%) van het slachtoffer, het verschil in levensfase (25,5%), de intentie van het slachtoffer (19,1%), de intentie van de dader (12,0%) en het verschil in seksuele ontwikkeling (5,5%) relevant. Opvallend is hierbij dat wanneer onderscheid wordt gemaakt tussen zaken waarin wel en geen sprake van ontucht is, significante verschillen zijn te vinden op de factoren vrijwillig-

50 Rb Den Haag 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3780.

51 O.a. Rb 's-Hertogenbosch 22 augustus 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR5371. Soms leidt dat tot tegenstrijdige overwegingen, zoals in Rb Midden-Nederland 12 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3794, waar wordt overwogen dat behalve een geconstateerde schending van de seksuele integriteit, sprake moet zijn van sociaal-ethisch onaanvaardbare seks.

52 Zie bijvoorbeeld Rb Limburg 01 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8188, waar de rechter betekenis hecht aan de toestemming van de ouders.

53 Bijvoorbeeld seks in een schuurtje of in de openbare ruimte.

heid en intentie van het slachtoffer. Vrijwilligheid wordt meegewogen bij bijna 82 procent van de niet-ontucht zaken versus 52 procent van de ontuchtzaken.⁵⁴ En de intentie van het slachtoffer speelt een rol bij bijna de helft van de niet-ontuchtzaken, terwijl deze factor maar in een achtste van de ontuchtzaken wordt meegewogen.⁵⁵ De factoren die de rechter meeneemt zijn grotendeels terug te zien in de bestanddelen ‘leeftijdgenoot’ en ‘gelijkwaardige situatie’ van artikel 248 lid 3 Sr-nieuw (zie ook par. 2.3).

4 HOE DENKT DE BURGER OVER DE SOCIAAL-ETHISCHE AANVAARDBAARHEID VAN SEKSUELE CONTACTEN MET EN TUSSEN MINDERJARIGEN?

4.1 *Hypothese*

Indachtig de uitleg die de Hoge Raad in navolging van de wetgever geeft aan het bestanddeel ‘ontuchtige handelingen’ (par. 2), en op basis van de literatuur en het uitgevoerde rechtspraakonderzoek (par. 3) hebben wij de volgende hypothese opgesteld:

‘De door de strafrechter gehanteerde maatstaven ter invulling van de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van seksuele contacten tussen minderjarigen in de leeftijd van twaalf tot zestien jaar sluiten aan bij de maatschappelijke opvattingen.’

Mocht deze hypothese juist blijken te zijn, dan wijst dat erop dat de strafrechter in staat is op een moeilijk thema voeling te houden met de maatschappelijke opvattingen. Zou de hypothese onjuist blijken, dan roept dit vraagtekens op over de legitimiteit van het oordeel van de strafrechter.

4.2 *Vragen voor het opiniepanel*

De vragen zijn voorafgegaan door de volgende introductietekst: ‘Sommige jongeren tussen de twaalf en zestien jaar hebben seks met elkaar. Omdat het om jonge mensen gaat, is het de vraag of dit in alle gevallen mag of dat het soms strafbaar is.’

Vervolgens is in het surveyonderzoek allereerst een brede vraag gesteld naar inperking van de seksuele autonomie van jongeren door de strafrechter. Hiermee wordt getoetst hoe

54 n=18/22 versus n=47/90. Dit verschil is statistisch significant: $\chi^2(1) = 6.358, p < .05$.

55 n=10/22 versus n=11/88. Dit verschil is significant: Fisher’s Exact, $p < .01$.

gekeken wordt naar begrenzing van de seksuele vrijheid van jongeren door de rechter in het algemeen:

Vraag 1

De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag door de strafrechter worden beperkt.

Op basis van het rechtspraakonderzoek blijkt dat de sociaal-ethische aanvaardbaarheid met name wordt ingevuld door het leeftijdsverschil, de vrijwilligheid van het contact, inclusief ook de intentie van de jongere daarbij en de band die bestaat tussen de sekspartners. Om te toetsen of dit ook de factoren zijn die in de samenleving relevant worden geacht bij het beperken van de seksuele autonomie van jongeren, worden de volgende vragen getoetst in het opiniepanel:

Vraag 2

De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag worden beperkt door de strafrechter wanneer de jongere **vrijwillig seks** heeft met een leeftijdsgenoot en **het initiatief neemt**.

Vraag 3

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**.

Vraag 4

De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag worden beperkt door de strafrechter wanneer sprake is van **'casual seks'** of een **'one night stand'** zonder dat de sekspartners **elkaar goed kennen**.

Naast deze drie vragen over leeftijd, motivatie en relatie wordt hieraan een vijfde vraag toegevoegd met betrekking tot de aard van de seksuele gedragingen. Achterliggende ratio hierbij is de veranderende moraal met betrekking tot seksualiteit.

Vraag 5

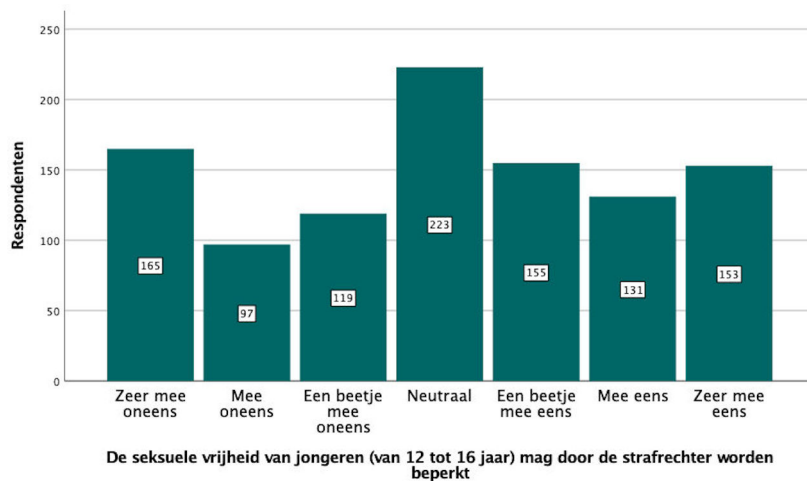
De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag worden beperkt door de strafrechter wanneer sprake is van seksuele handelingen die **verder gaan dan gebruikelijke seksuele handelingen** (bijvoorbeeld: **een trio**).

4.3 Resultaten empirisch onderzoek

Gegeven antwoorden op de gestelde vragen over begrenzing van seksuele autonomie van jongeren

	De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag door de strafrechter worden beperkt		De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag worden beperkt door de strafrechter wanneer de jongere vrijwillig seks heeft met een leeftijdsgenoot en het initiatief neemt		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		De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag worden beperkt door de strafrechter wanneer sprake is van 'casual seks' of een 'one night stand' zonder dat de sekspartners elkaar goed kennen		De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag worden beperkt door de strafrechter wanneer sprake is van seksuele handelingen die verder gaan dan gebruikelijke seksuele handelingen (bijvoorbeeld: een trio)	
	Frequentie	%	Frequentie	%	Frequentie	%	Frequentie	%	Frequentie	%
Zeer mee oneens	165	15,8	228	21,9	129	>12,4	164	15,7	126	12,1
Mee oneens	97	9,3	152	14,6	73	7,0	114	10,9	85	8,2
Een beetje mee oneens	119	11,4	161	15,5	104	10,0	115	11,0	102	9,8
Neutraal	223	21,4	222	21,3	258	24,7	262	25,1	216	20,7
Een beetje me eens	155	14,9	106	10,2	>167	16,0	128	12,3	148	14,2
Mee eens	131	12,6	89	8,5	142	13,6	109	10,5	137	13,1
Zeer me eens	153	14,7	84	8,1	171	16,4	150	14,4	228	21,9
Totaal	1043		1042		1044		1042		1042	

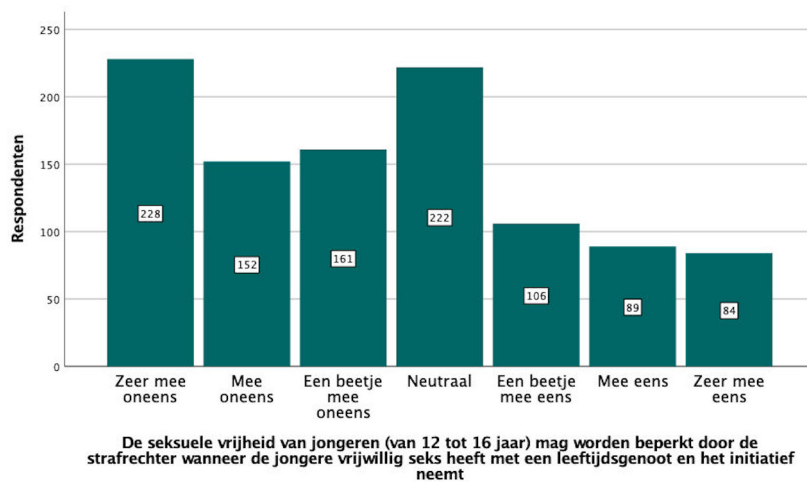
Figuur 1 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 1 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 4.06

Std. = 1.97

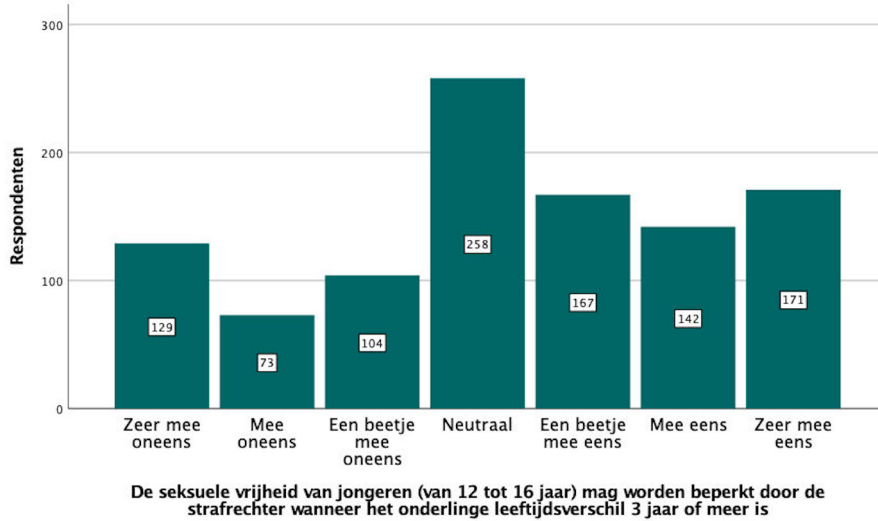
Figuur 2 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 2 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 3.40

Std. = 1.88

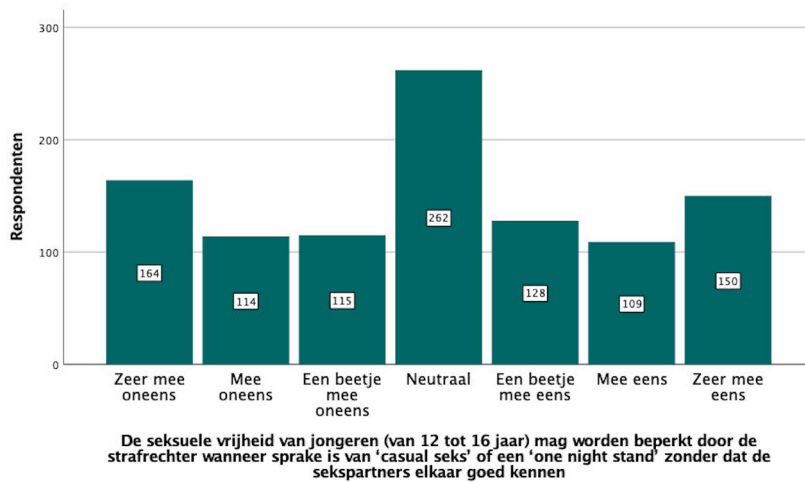
Figuur 3 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 3 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 4.33

Std. = 1.89

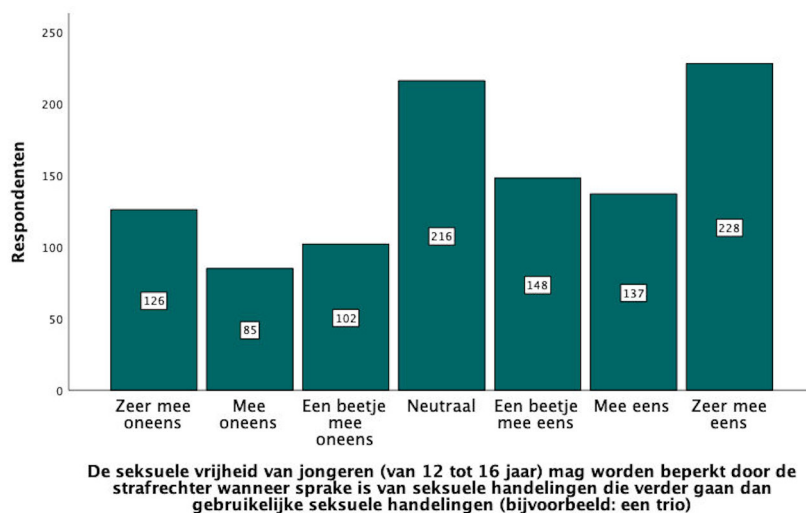
Figuur 4 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 4 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 3.97

Std. = 1.96

Figuur 5 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 5 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 4.44

Std. = 2.00

4.4 Statistische analyse

Uit de gegeven antwoorden blijkt dat er een verschil zit tussen de beantwoording van de vragen, maar het beeld is niet heel duidelijk. Om te kijken of deze verschillen ook statistisch significant zijn, werd een variantieanalyse uitgevoerd. Hieruit blijkt dat de gemiddelde scores op de vijf vragen significant van elkaar verschillen.⁵⁶ Als we vervolgens paarsgewijs kijken naar de verschillen tussen de antwoorden blijken de antwoorden op vraag 1 vergeleken met vraag 4 en die op vraag 5 vergeleken met vraag 3 onderling niet significant anders. De overige vragen verschillen wel significant.⁵⁷ Gepaarde t-testen geven meer duidelijkheid over de aard van deze verschillen. Hieruit komt naar voren dat de eerste vraag 0.66 punt hoger wordt beantwoord dan vraag 2, 0.26 punt lager dan vraag 3 en 0.38 lager dan vraag 5, waarbij de effectgrootte steeds klein is.⁵⁸ Verder blijkt dat vraag 2 0.91

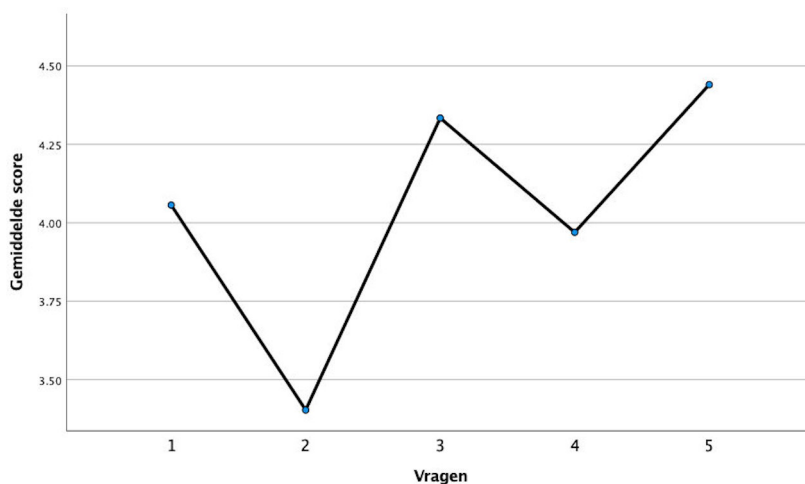
56 Gemeten met een one-way repeated measures ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(3.596, 3678.301) = 123.34, p < .001$, partial eta squared = .11.

57 Post hoc test met gebruikmaking van de Bonferroni-correctie, $p < .001$.

58 $t(1032) = 12.93, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval .56 tot .76, Cohens $d = .40$; $t(1035) = -4.69, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -.37 tot -.15, Cohens $d = -.15$; $t(1032) = -7.09, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -.49 tot -.28, Cohens $d = -.22$; de effectgrootte wijst op de mate waarin de gemiddelden van twee groepen van elkaar verschillen en wordt weergegeven met Cohens

punt lager wordt beantwoord dan vraag 3, 0.56 punt lager dan vraag 4 en 1.02 punt lager dan vraag 5; daarbij wordt dan respectievelijk een middelmatig, klein en middelmatig effect gevonden.⁵⁹ Verder is er een verschil met een klein effect tussen de gemiddelde beantwoording van vraag 3 en vraag 4, waarbij op vraag 3 gemiddeld 0.36 hoger wordt gescoord.⁶⁰ Ten slotte verschillen de scores op vraag 4 en 5 van elkaar, waarbij 0.47 punt lager wordt gescoord op vraag 4. Het gaat hier eveneens om een klein effect.⁶¹

Figuur 6 Lijndiagram van de gemiddelde scores op de verschillende vragen



Uit het kwantitatieve rechtspraakonderzoek in paragraaf 3.3 blijkt dat in tien procent van de zaken gesproken wordt over experimenteergedrag wat past bij de jeugdige leeftijd. Daarnaast valt op dat de overgrote meerderheid van de slachtoffers in art. 245 Sr en art. 247 Sr-zaken vrouw is.⁶² Dit roept de vraag op of leeftijd en geslacht van invloed zijn op de beantwoording van de voorgelegde vragen. Is de mening van vrouwen anders dan mannen? En zijn jeugdiger respondenten vrijer in hun seksuele moraal dan oudere respondenten? Er is daarom een variantieanalyse⁶³ uitgevoerd om de invloed van geslacht en leeftijds cate-

d. Als vuistregel wordt aangehouden dat de effectgrootte klein is als deze rond de $d = .20$ ligt, is $d = .50$ dan is de effectgrootte middelmatig en ligt de waarde rond de $d = .80$ dan kan je spreken van een groot effect.

59 $t(1036) = -15.91, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -1.02 tot -.80, Cohens $d = -.49$; $t(1035) = -11.21, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -.66 tot -.46, Cohens $d = -.35$; $t(1035) = 17.95, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -.114 tot -.918, Cohens $d = -.56$.

60 $t(1038) = 7.44, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval .26 tot .45, Cohens $d = -.23$.

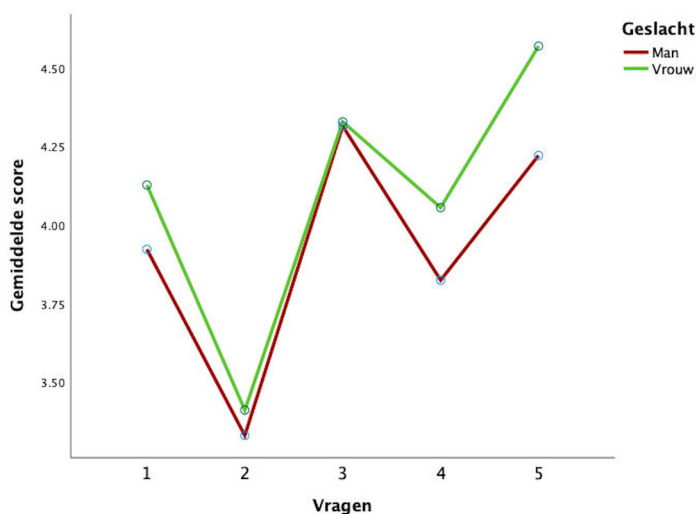
61 $t(1038) = -12.34, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -.55 tot -.40, Cohens $d = -.38$.

62 Zie ook De Graaf 2017, hoofdstuk 7. Voorts: Van Weesenbeek 2011, p. 232-234 en Nikken 2018, p. 24-25.

63 Two-way mixed ANOVA.

gorie⁶⁴ op de gegeven antwoorden te onderzoeken. Uit deze test blijkt dat geslacht en leeftijd *samen* geen invloed hebben op de beantwoording van de vragen.⁶⁵ Ook wanneer enkel naar leeftijdscategorie wordt gekeken, heeft dit geen significante invloed op de beantwoording.⁶⁶ Wel is er een klein significant interactie-effect gevonden van geslacht.⁶⁷ Dit betekent dus dat de vragen anders worden beantwoord door mannen en vrouwen, waarbij vrouwen over het algemeen behoudender antwoorden dan mannen (men is het gemiddeld meer eens met door de rechter te stellen beperkingen). Als we vervolgens paarsgewijs kijken naar de verschillen tussen de antwoorden, blijken de antwoorden op vraag 1, 4 en 5 significant anders beantwoord door mannen dan door vrouwen.⁶⁸ Zie figuur 7 voor een visuele weergave van deze verschillen.

Figuur 7 Lijndiagram van de gemiddelde scores voor mannen en vrouwen op de verschillende vragen



64 Gemeten met de volgende categorieën: 18-29 jaar, 30-44 jaar, 45-59 jaar en 60 plus.

65 Two-way mixed ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(10.758, 3625.471) = 1.39$, $p = .16$, partial eta squared = .004.

66 Two-way mixed ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(10.758, 3625.471) = 1.72$, $p = .06$, partial eta squared = .005.

67 Two-way mixed ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(3.586, 3625.471) = 3.04$, $p = .02$, partial eta squared = .003.

68 Post hoc test met gebruikmaking van de Bonferroni-correctie, respectievelijk $p < .05$, $p < .05$ en $p < .01$.

5 DISCUSSIE EN CONCLUSIE

Doel van deze bijdrage was inzicht krijgen in de maatstaf van de sociaal-ethische aanvaardbaarheid en de maatschappelijke opvattingen die daaraan ten grondslag liggen. Heeft de rechter goed zicht op wat de maatschappij jongeren gunt op het gebied van seksuele autonomie? Om deze vraag te beantwoorden is gekeken naar verschillende bronnen, en is een kwantitatief vragenlijstonderzoek uitgevoerd. De hypothese die we vooraf hadden gesteld was dat de door de strafrechter gehanteerde maatstaven ter invulling van de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van seksueel contact tussen minderjarigen aansluit bij de maatschappelijke opvattingen.

Uit de resultaten blijkt dat als de seks vrijwillig is en de jongere het initiatief neemt, de meerderheid van de respondenten voor seksuele autonomie is en begrenzing door de rechter afkeurt. Als er een leeftijdsverschil van meer dan 3 jaar is, staat de meerderheid van de respondenten ofwel neutraal ofwel in enige mate positief tegen rechterlijke inperking van de seksuele vrijheid. Het al dan niet hebben van een bepaalde relatie vindt men minder problematisch, en inperking door de rechter wordt in die gevallen door de meerderheid als neutraal of in enige mate als negatief gezien. De verdergaande aard van de seksuele handeling wordt door de meeste respondenten wel als reden voor rechterlijke inmenging beschouwd.

De vraag of seksueel contact tussen minderjarigen sociaal-ethisch aanvaardbaar is, wordt in de rechtspraak met name beantwoord op basis van leeftijdsverschil, vrijwilligheid van het contact inclusief de intentie van de jongere, en de relatie tussen de sekspartners. Leeftijdsverschil en gelijkwaardigheid zijn in het recent ter consultatie voorgelegde wetsvoorstel seksuele misdrijven ook expliciet als strafuitsluitingsgrond opgenomen. Op basis van de resultaten van de enquête kan gesteld worden dat de respondenten jongeren de vrijheid gunnen om zich seksueel te ontplooien, als dit vrijwillig en op eigen initiatief gebeurt met een leeftijdsgenoot. Of men een relatie heeft of dat enkel sprake is van 'casual' seks wordt daarbij minder belangrijk geacht, maar bij verdergaande seksuele handelingen (zoals een trio) wordt de grens van de seksuele autonomie sneller bereikt. Hierin zijn overeenkomsten met de rechtspraak te zien, met name wat betreft de vrije keuze en het leeftijdsverschil. Wel lijkt de rechter 'vrijer' te zijn wat betreft bijvoorbeeld trio-seks dan de respondenten. Uit het rechtspraakonderzoek bleek groepsseks niet van invloed op het oordeel of sprake was van ontucht, terwijl de respondenten zich met name bij die vraag begrenzend opstellen. Een verklaring hiervoor kan gezocht worden in het verankerend effect van de seksuele moraal, zoals besproken in paragraaf 3.2. Traditionele denkbeelden over seksualiteit van de man en de vrouw spelen hierbij mogelijk ook een rol. Dit kan ook verklaren waarom vrouwen met name op de vijfde vraag jongeren een stuk minder autonomie gunnen dan dat mannen dat doen. Een ander verschil betreft de relatie tussen de sekspartners, dit lijkt voor de respondenten juist minder van belang terwijl de rechter dit

wel frequent als leidraad hanteert. Mogelijk dat de in paragraaf 3.2 beschreven verschuiving van de norm met betrekking tot ‘casual’ seks onder jongeren, waarbij dit meer en meer geaccepteerd wordt, ook in de gehele samenleving plaatsvindt.⁶⁹ Daarbij kan worden opgemerkt dat de invloeden van social media en dating apps natuurlijk niet leeftijdsgebonden zijn. Een interessante bevinding uit het onderzoek is nog dat vrouwen gemiddeld genomen behoudender zijn in hun beantwoording dan mannen. Deze bevinding stemt overeen met de in paragraaf 3.2 beschreven beeldvorming. Vanwesenbeeck beschrijft bijvoorbeeld een voor vrouwen kenmerkende ‘norm van seksuele bescheidenheid’.⁷⁰

Als antwoord op de hoofdvraag kan gesteld worden dat de invulling door de rechter van wat sociaal-ethisch aanvaardbaar is, voor een belangrijk deel in overeenstemming is met wat de samenleving als geheel hierover vindt. Belangrijk is wel te vermelden dat we slechts een beperkte steekproef hebben gebruikt in dit onderzoek, en dat de maatschappelijke opvattingen over wat als ontuchtige handelingen hebben te gelden geleidelijk lijken te veranderen. De conclusie van de Hoge Raad dat de maatschappelijke opvattingen steeds ‘minder homogeen’ zijn en meer individualistisch zijn geworden, is correct, maar behoeft relativisering.⁷¹ De diep verankerde, betrekkelijk homogene maatschappelijke denkbeelden over seksualiteit zorgen ervoor dat verschuivingen in het oordeel over het ontuchtig karakter van seksuele contacten zeer geleidelijk plaatsvinden. Dat gegeven, in samenhang met de betekenis die toekomt aan de omstandigheden van het geval, maakt dat het oordeel of een seksueel contact ‘ontuchtig’ is, of dat seksuele handelingen niet strafbaar zijn op basis van artikel 248 lid 3 Sr-nieuw, lastig blijft. Voor de rechter én voor de burger.

69 Dit lijkt samen te hangen met het gebruik van social media onder jongeren, Nikken, 2008; De Graaf c.s. 2017, p. 93

70 Vanwesenbeeck 2011, p. 233.

71 HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, NJ 2010/376, r.o. 7, aangehaald door P-G Vellinga, ECLI:NL:PHR:2016:106 [163].

4 MAATSCHAPPELIJKE VERKEERSOPVATTINGEN EN TOEREKENING VAN GEDRAGINGEN AAN RECHTSPERSONEN

*François Kristen en Manuel Lokin**

1 INLEIDING

Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen nemen deel aan het rechtsverkeer. Zij kunnen daarbij een onrechtmatige daad of zelfs een strafbaar feit begaan. In veel gevallen gebeurt dat door het handelen of nalaten van een of meer natuurlijke personen.¹ Om de rechtspersoon aansprakelijk te kunnen stellen voor de onrechtmatige daad of het strafbare feit dient de onrechtmatige gedraging van de natuurlijke persoon aan de rechtspersoon te kunnen worden toegerekend.²

De vraag is op basis waarvan de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon kan of moet plaatsvinden. In zowel het privaatrecht als het strafrecht heeft er gedurende enige tijd onduidelijkheid bestaan over de vraag op grond van welk criterium moet worden beoordeeld of een handelen of nalaten van natuurlijke personen kan worden toegerekend aan de rechtspersoon (zie verder par. 2). Voor beide rechtsgebieden heeft de Hoge Raad inmiddels kaders gegeven voor de toerekening van gedragingen van natuurlijke personen aan rechtspersonen. In het privaatrecht is met het *Kleuterschool Babbel*-arrest het gangbare criterium geworden of de gedraging van de natuurlijke persoon in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de rechtspersoon heeft te gelden.³ In het strafrecht heeft de Hoge Raad in het *Drijfmest*-arrest een ander

* François Kristen is hoogleraar straf(proces)recht en Manuel Lokin is hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit Utrecht. Zij zijn de programmaleiders van het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall).

1 Het begaan van een onrechtmatige daad of strafbaar feit kan ook plaatsvinden door het laten voortbestaan van een verboden toestand.

2 Zie voor het privaatrecht bijvoorbeeld HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302 (*Van de Riet/Hoffmann*) en voor het strafrecht met name HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328 (*Drijfmest*). Beide uitspraken lieten veel stof opwaaien.

3 Zie HR 6 april 1979, ECLI:NL:PHR:1979:AH8595, NJ 1980/34, AA 1980, p. 250-254 (*Kleuterschool Babbel*), waarover nader paragraaf 2.

criterium geformuleerd, namelijk dat van de redelijke toerekening, waarbij de toerekening in beginsel als redelijk geldt wanneer de verboden gedraging van de natuurlijke persoon in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden. Om aan de rechtspraktijk handreikingen te bieden om te bepalen of aan dit zogenoemde sfeercriterium is voldaan, heeft de Hoge Raad oriëntatiepunten gegeven en binnen dat verband een viertal omstandigheden aangewezen (zie verder par. 2).⁴ In het strafrecht is evenwel de vraag opgeworpen, zowel vóór het wijzen van het *Drijfmest*-arrest, als daarna, of het maatschappelijk verkeercriterium uit het privaatrecht niet ook in het strafrecht goede diensten zou kunnen bewijzen.⁵ Wij zien binnen de toepassing van de zogenoemde *Drijfmest*-omstandigheden ‘oprispingen’ van de maatschappelijk verkeersopvattingen, namelijk bij de vraag wanneer sprake is van een gedraging die past binnen het kader van de normale bedrijfsvoering. Daarmee kan het maatschappelijk verkeercriterium ook voor het strafrecht nog steeds betekenis hebben, al is het maar omdat inzichten voor de invulling en de toepassing van dit criterium ook bruikbaar kunnen zijn voor de toepassing van het criterium van de redelijke toerekening voor het vaststellen van het ouderschap van een rechtspersoon.

Gegeven de geschetste betekenis van het maatschappelijk verkeercriterium in het privaatrecht en het strafrecht, rijst wel de vraag wanneer een gedraging van een natuurlijk persoon naar maatschappelijke verkeersopvattingen heeft te gelden als een gedraging van een rechtspersoon. Maakt het daarbij verschil welke functie of hoedanigheid die natuurlijke persoon heeft als hij betrokken is bij de verboden gedraging? Het is deze vraag die wij in deze bijdrage zowel juridisch als bovenal empirisch onderzoeken, waarbij wij het maatschappelijk karakter van het maatschappelijk verkeercriterium willen betrekken.

2 JURIDISCH KADER VOOR TOEREKENING AAN RECHTSPERSONEN

Lange tijd is zowel in het privaatrecht als in het strafrecht uitgegaan van de gedachte dat een rechtspersoon een fictie is. Deze gedachte is terug te voeren op Von Savigny en is in het Latijn verwoord als *societas delinquere non potest* en voor het Engelse recht krachtig geformuleerd als ‘No Soul to Damn: No Body to Kick’.⁶ Maatschappelijke ontwikkelingen brachten in de 20^{ste} eeuw met zich dat ondernemingen en rechtspersonen ruimschoots aan het maatschappelijk verkeer gingen deelnemen. De rechtspersoon als rechtssubject in

4 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328 (*Drijfmest*).

5 Zie o.m. J.W. Fokkens, ‘De rechtspersoon als dader’, *DD* 1980, afl. 6, p. 403-404; G. Knigge, ‘Doen en laten’, *DD* 1992, afl. 2, p. 129 e.v., resp. M.J. Hornman, ‘Concretisering van redelijke toerekening; invulling van de *Drijfmest*criteria in de feitenrechtspraak’, *DD* 2010/23, afl. 3, p. 379, 396-398.

6 Geïnspireerd op het adagium van Lord Chancellor of England Edward: ‘(...) it has no soul to be damned, and no body to be kicked’, zie J.C. Coffee Jr, “‘No Soul to Damn: No Body to Kick’: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, *Michigan Law Review* (79) 1981, afl. 3, p. 386.

het maatschappelijk leven is niet meer weg te denken; het georganiseerd verrichten van ondernemingsactiviteiten en zo mogelijk het realiseren van schaalgroottes hebben bijgedragen aan de maatschappelijke welvaart. Deze ontwikkelingen hebben ook een keerzijde: rechtspersonen kunnen onrechtmatige daden en/of strafbare feiten begaan. Daar moeten zij om verschillende redenen aansprakelijk voor kunnen worden gesteld.⁷ Vervolgens ontstond er zowel in het privaatrecht als het strafrecht een zoektocht in de rechtspraak en de literatuur naar de grond waarop die aansprakelijkheidstelling zou kunnen plaatsvinden. Wij concentreren ons hier op het daderschap van de rechtspersoon, te weten: de vraag op grond waarvan een gedraging van een natuurlijk persoon kan worden aangemerkt als een gedraging van de rechtspersoon. Het tweede vereiste voor het vestigen van aansprakelijkheid van een rechtspersoon, namelijk de aanwezigheid van bepaalde kennis, laten wij hier buiten beschouwing.⁸

In het privaatrecht is lange tijd de orgaantheorie heersend geweest. Op grond van deze orgaantheorie kan alleen een onrechtmatige daad gepleegd door een functionaris binnen de formele kring van zijn bevoegdheid en ter vervulling van de opgedragen taak, als onrechtmatige daad van de rechtspersoon gelden.⁹ De orgaantheorie leidde tot discussie over de reikwijdte van het begrip ‘orgaan’ en van de zinsnede ‘binnen de formele kring van zijn bevoegdheid’ en zou als criterium voor toerekening te beperkt zijn.¹⁰

In 1979 is de Hoge Raad afgestapt van de orgaantheorie door een ander, ruimer criterium te kiezen. Voor het privaatrecht heeft de Hoge Raad in het *Kleuterschool Babbel*-arrest bepaald:

‘Onjuist is ’s Hofs oordeel, dat voor de vraag of een Gemeente voor gedragingen van een wethouder kan worden aangesproken, beslissend is of de wethouder in de Gemeentewet als orgaan van de Gemeente is erkend. De gedragingen van een wethouder kunnen immers ook dan een onrechtmatige daad van de gemeente opleveren, wanneer zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de gemeente hebben te gelden.’¹¹

7 Bij die redenen moet onder meer worden gedacht aan het kunnen bieden van compensatie voor de door de rechtspersoon veroorzaakte schade en/of het realiseren van strafdoelen als generale en speciale preventie en reparatie. Het bespreken van deze redenen valt buiten het bestek van deze bijdrage.

8 Zie voor toerekening van kennis aan een rechtspersoon voor het privaatrecht onder meer B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, en voor het strafrecht onder meer J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 267-272.

9 HR 10 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2012, NJ 1955/552 (*Het Noorden/NHL*).

10 M.J. Kroeze e.a., *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. I De Rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 81.

11 HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34, AA 1980, p. 250-254 (*Kleuterschool Babbel*).

Op grond van deze verkeersopvattingen werd de gemeente Zwolle aansprakelijk gehouden voor uitlatingen van een wethouder die de schuld voor het instorten van de kleuterschool had gelegd bij de bouwer van de school, terwijl achteraf bleek dat deze bouwer geen blaam trof voor de constructiefout die had geleid tot het instorten van de school. De in het *Kleuterschool Babel*-arrest geformuleerde toerekeningsmaatstaf is sindsdien leidend voor de vraag of een gedraging van een natuurlijk persoon dient te worden toegerekend aan een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoon en de daarmee verbonden organisatie of onderneming.¹²

In het strafrecht heeft de wetgever het bij de invoering van de algemene strafbaarheid van rechtspersonen (art. 51 Sr) aan de rechtspraak overgelaten om te bepalen op grond van welke maatstaven een gedraging van een natuurlijk persoon kan worden aangemerkt als een gedraging van de rechtspersoon.¹³ Niettemin kan uit de parlementaire geschiedenis worden opgemaakt dat de regering dacht aan de maatstaf van 'redelijke toerekening'.¹⁴ Vervolgens zijn in de rechtspraak diverse benaderingen gekozen, waarvan de toepassing van de zogenoemde IJzerdraad-criteria de voornaamste was. De privaatrechtelijk orgaantheorie was overigens al in 1951 door de strafkamer van de Hoge Raad als criterium afgewezen,¹⁵ en ook de regering zag in deze theorie geen oplossing.¹⁶

De IJzerdraad-criteria zijn in 1954 geformuleerd voor het bepalen van functioneel daderschap. Daarbij gaat het om de toerekening van de gedraging van de ene natuurlijke persoon, de fysieke pleger, aan de andere natuurlijke persoon, de functionele dader. Volgens de IJzerdraad-criteria kan van een dergelijke toerekening sprake zijn wanneer zowel aan het zogenoemde beschikkingscriterium als aan het aanvaardingscriterium is voldaan. Het beschikkingscriterium houdt in dat de functionele dader erover kan beschikken dat de

12 Zie Asser/Kroeze 2021/81 onder verwijzing naar HR 20 juni 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6927, NJ 1980/622 (*PLEM/PSP*); HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, *JOR* 2010/43 (*VEB/World Online*); HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5420, NJ 2010/371 (*Gelderland/Vitesse*) waarin aan het *Kleuterschool Babel*-arrest is toegevoegd dat de omstandigheid dat gedragingen van (provinciale) bestuurders, die niet bevoegd waren de provincie te vertegenwoordigen, als gedragingen van de provincie kunnen hebben te gelden; HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302 (*Van de Riet/Hoffmann*); HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 (*Hezemans Air*) en – over internationaalrechtelijke toerekening aan de Staat van handelingen van een legeronderdeel – HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, NJ 2015/376 (*Mustafić c.s.*) en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356 (*Mothers of Sebrenica*).

13 Zie *Handelingen II* 1976, p. 4209, alwaar de minister van Justitie verklaarde: 'Ik geloof werkelijk dat de beantwoording van de vraag, wanneer de rechtspersoon als dader kan worden aangemerkt, sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het concrete geval en dat ik daarover noch in de wet noch bij de mondelinge behandeling van het wetsontwerp algemene uitspraken kan doen.' Soortgelijk: *Handelingen I* 1976, p. 1226.

14 Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, nr. 3, p. 8 (MvT): '(...) dat handelingen van natuurlijke personen, die daarbij in het verband van de rechtspersoon optreden en te zamen de inhoud van een delict vervullen, aan de rechtspersoon worden toegerekend.' Idem op p. 14.

15 HR 27 februari 1951, ECLI:NL:HR:1951:11, NJ 1951/474 (*A.T.O.*).

16 *Handelingen I* 1975/76, nr. 35, p. 1226.

verboden gedraging al dan niet plaatsvindt. Het aanvaardingscriterium voegt daaraan toe dat de functionele dader het plaatsvinden van de verboden gedraging blijkens de gang van zaken heeft aanvaard of placht te aanvaarden.¹⁷ Deze IJzerdraad-criteria zijn na de erkenning van de strafbaarheid van rechtspersonen in 1976 in de rechtspraak gebruikt om ook het daderschap van de rechtspersoon vast te stellen.¹⁸

In de strafrechtelijke literatuur is evenwel betoogd dat het maatschappelijk verkeercriterium van het *Kleuterschool Babel*-arrest (zie hiervoor) in de context van art. 51 Sr kan worden gehanteerd voor het bepalen van het daderschap van de rechtspersoon. Zo zag Fokkens in 1980 in het maatschappelijk verkeercriterium '(...) een theoretische ondergrond onder het daderschap van de rechtspersoon (...)'.¹⁹ Knigge heeft in 1992 een pleidooi gehouden voor het maatschappelijk verkeercriterium. Hij voerde daartoe kort gezegd aan dat dit criterium het proces van betekenisverlening duidt (i.e. het aanmerken van een gedraging als gedraging van de rechtspersoon), dat het een algemeen criterium is dat op verschillende vormen van daderschap kan worden toegepast, dat het ruimte biedt voor een casuïstische aanpak, dat het voorkomt dat het vestigen van daderschap van de rechtspersoon uitsluitend wordt gekoppeld aan gedrag van de hoogste organen en dat het een '(...) genuanceerde benadering van de gestelde aansprakelijkheidsvragen mogelijk (...)’ maakt.²⁰

Pas in 2003 koos de strafkamer van de Hoge Raad met het *Drijfmest*-arrest voor een ander kader.²¹ De Hoge Raad neemt tot uitgangspunt dat een rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit wanneer de verboden gedraging redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend (r.o. 3.3). Om de rechtspraak houvast te geven voor de invulling van deze maatstaf in de concrete omstandigheden van het geval, geeft de Hoge Raad een beoordelingsfactor en een oriëntatiepunt, onder gelijktijdige erkenning dat geen algemene regel valt te geven. De beoordelingsfactor is de aard van de gedraging, het oriëntatiepunt is of de gedraging in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden dan wel daarin is verricht (r.o. 3.4).²² Is aan het sfeercriterium voldaan, dan is in beginsel toerekening van de gedraging aan de rechtspersoon mogelijk (r.o. 3.4). De Hoge Raad onderkent nog dat ook het sfeercriterium nadere concretisering behoeft en

17 HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954/378 (*IJzerdraad*).

18 Zie o.m. R. van Elst, 'Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 491-492; De Hullu 2021, p. 166.

19 J.W. Fokkens, 'De rechtspersoon als dader', *DD* 1980, afl. 6, p. 404.

20 G. Knigge, 'Doen en laten', *DD* 1992, afl. 2, p. 129-131, 147-149, 151-152.

21 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328 (*Drijfmest*).

22 Wij beschouwen de aard van de gedraging als een beoordelingsfactor omdat de rechter dit gegeven kan meenemen, naast alle andere omstandigheden, bij zowel de toepassing van het hoofdcriterium van de redelijke toerekening, als bij alle handreikingen die de Hoge Raad geeft (het hierna te noemen sfeercriterium en de vier Drijfmestomstandigheden). Het oriëntatiepunt is een maatstaf waarmee kan worden vastgesteld of de toerekening redelijk is.

geeft dan ook een niet-limitatieve opsomming van omstandigheden die overigens niet steeds alle aanwezig hoeven te zijn en evenmin een dwingende volgorde impliceren (r.o. 3.4):

1. Een handelen of nalaten van iemand die uit hoofde van een dienstbetrekking of uit andere hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon;
2. De gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon of – zoals later aangevuld door de Hoge Raad²³ – de taakuitoefening van de rechtspersoon;
3. De gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf;
4. De rechtspersoon ‘(...) vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.’

Het open karakter van het Drijfmestkader biedt ruimte om naast het sfeercriterium een ander oriëntatiepunt aan te wijzen waarmee het hoofdcriterium van de redelijke toerekening kan worden ingevuld. Het privaatrechtelijk maatschappelijk verkeercriterium zou die rol als oriëntatiepunt kunnen vervullen.²⁴ Dat is evenwel (nog) niet gebeurd. Wel zien wij in het kader van de tweede Drijfmestomstandigheid ‘oprispingen’ van de maatschappelijke verkeersopvattingen uit het geschetste civielrechtelijke kader, namelijk bij de beoordeling wanneer sprake is van een gedraging die past binnen het kader van de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening.²⁵ Hier rijst dan de vraag hoe de rechter bepaalt dat iets past binnen de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening en of daarbij maatschappelijke opvattingen een rol spelen. En zo ja, hoe bepaalt de rechter dan die maatschappelijke verkeersopvattingen? Legt hij dat uit in zijn motivering? Om onze indruk te illustreren, wijzen wij op een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West Brabant.²⁶ In deze zaak staat een groothandel en tevens importeur en exporteur van vlees terecht voor het valselijk opmaken van documenten en het vervolgens gebruikmaken van die documenten om te maskeren dat het door deze rechtspersoon verkochte vlees geen rundvlees maar paardenvlees is. Om het daderschap van de rechtspersoon te bepalen, past de rechtbank het kader van het *Drijfmest*-arrest toe en overweegt ten aanzien van de Drijfmestomstandigheid van gedragingen die passen in de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening het volgende:

23 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*).

24 Aldus reeds Van Elst 2008, p. 479-480. Idem Hornman DD 2010/23, p. 379, 396-398 en De Hullu 2021, p. 168 (maar dit afwijst op p. 171).

25 Ook wordt soms het maatschappelijk verkeercriterium als aparte omstandigheid gebruikt, zoals in Rb. Almelo 29 mei 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BI5891 en Hof 's-Gravenhage 16 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6800.

26 Rb. Zeeland-West Brabant 25 maart 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:1447.

‘In dit geval kan worden vastgesteld dat het opstellen van leveringsbonnen, paklijsten en palletkaarten administratief en logistiek van aard is en past in de normale bedrijfsvoering van een rechtspersoon als [bedrijf 1], zijnde een groothandel en im- en exporteur van vlees. Het vals opmaken van deze documenten hangt daarmee samen (...)’.

De rechtbank neemt hier aan dat het opstellen van bepaalde documenten die bij de verkoop van vlees horen, behoort tot de administratieve en logistieke werkzaamheden van de onderhavige rechtspersoon, en die rechtspersoon heeft als ondernemingsactiviteiten het voeren van een groothandel in vlees en het importeren en het exporteren van vlees. De rechtbank stelt daarmee niet vast dat het binnen de bedrijfsvoering van de verdachte rechtspersoon gebruikelijk was dat de genoemde documenten werden opgesteld. De rechtbank neemt blijkbaar op basis van een algemeen beeld over wat de ondernemingsactiviteiten van een groothandel en tevens importeur en exporteur van vlees inhouden aan dat daarbij hoort het opstellen van de genoemde documenten. Daarmee kan het niet anders zijn dan dat de rechtbank maatschappelijke opvattingen over de aard van de ondernemingsactiviteiten van groothandels en importeurs en exporteurs van vlees in het algemeen hanteert om te bepalen wat behoort tot de normale bedrijfsvoering van verdachte. Opvallend is dat de rechtbank dan meteen doorschakelt naar het vals opmaken van die documenten. Dat hoort dan kennelijk ook tot de normale bedrijfsvoering. Wij vragen ons evenwel af of dat uit de normale bedrijfsvoering van de verdachte rechtspersoon volgt; het vonnis biedt geen inzicht in de vraag of de rechtspersoon een vaste praktijk heeft van het vals opmaken van documenten, of dat het hier alleen om het verhandelen van bepaalde partijen van paardenvlees ging en het vals opmaken van documenten daarbij hoorde.²⁷ Het voert op deze plaats te ver om hier een uitgebreid rechtspraakonderzoek naar te verrichten, zeker nu reeds een zeer grondig, gedetailleerd en afgewogen rechtspraakonderzoek is verricht door Schaap.²⁸

Voor toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon is dus zowel in het privaatrecht als – in minder expliciete mate – in het strafrecht relevant in hoeverre deze gedraging in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als een gedraging van de rechtspersoon. Volgens de civiele kamer van de Hoge Raad biedt deze maatstaf:

‘(...) een oplossing voor het probleem dat een juridische constructie als een rechtspersoon slechts door natuurlijke personen aan het maatschappelijk verkeer

27 Dit is bijvoorbeeld anders in Rb. Overijssel 6 april 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1365, want in deze zaak blijkt dat de rechtspersoon ten doel heeft om illegale betalingen door te sluizen en dat dat ook de dagelijkse werkzaamheid is.

28 A.L.M. Schaap, *Het daderschap van de rechtspersoon*, nog te verschijnen.

kan deelnemen. Toerekening van onrechtmatige gedragingen aan de rechtspersoon wordt dan mede gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te vereenzelvigen.²⁹

Het begrip maatschappelijke verkeersopvattingen is echter – om met de woorden van Timmerman te spreken – vaag.³⁰ Het antwoord op de vraag wat deze verkeersopvattingen meebrengen, is immers afhankelijk van tal van omstandigheden. Volgens de Hoge Raad is daarbij onder meer de positie van de desbetreffende persoon in de organisatie van belang.³¹ In dit arrest speelt daarbij een voorname rol dat de rechtbank de gedraging van de directeur van de rechtspersoon (de huurder) niet heeft meegenomen, terwijl die directeur samen met vier andere mannen de directeur van de verhuurder in een koelcel heeft opgesloten om hem te bewegen tot het ondertekenen van een afstandsverklaring.³² Ook in andere rechtspraak van de Hoge Raad alsook in lagere rechtspraak neemt de positie van de functionaris van de rechtspersoon een belangrijke rol in bij het beantwoorden van de vraag of een handelen aan de rechtspersoon dient te worden toegerekend. Zo leidt de hoedanigheid van bestuurder in de regel tot toerekening van zijn gedragingen aan de rechtspersoon, maar de hoedanigheid van bijvoorbeeld loodsmedewerker niet.³³ Dat geldt

29 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt J.B.M. Vranken (*Ontvanger/B*), r.o. 3.6.

30 Zie de conclusie van Timmerman (PHR 5 december 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AK4847, onder 3.7) voor HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4847, NJ 2004/506 (*Distelberg e.a.*)

31 Zie HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2936, NJ 2000/33 (*Bolckmans/Van den Broek*), m.nt. P.A. Stein. Daarbij geldt voor zowel de vaststelling van een wanprestatie als een onrechtmatige daad dezelfde norm voor toerekening van gedrag en wetenschap van een functionaris aan een rechtspersoon. Zie ook de conclusie van A-G Vlas bij het *Fujitsu/Exel*-arrest, PHR 3 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2012:BU4909, onder 2.4; R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Studiekring 'Prof.mr. J. Offerhaus', nieuwe reeks nr. 6, Deventer: Kluwer 2001, p. 31.

32 Zie HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2936, NJ 2000/33 (*Bolckmans/Van den Broek*), r.o. 3.3.

33 Zie bijvoorbeeld HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285 (*Resort of the World*) waarin de Hoge Raad in r.o. 3.7.2 na het herhalen van het maatschappelijk verkeerscriterium van het *Kleuterschool Babel*-arrest overweegt: 'Dat geldt voor gedragingen van een bestuurder, maar de formele hoedanigheid van de handelende persoon is niet beslissend voor de toerekeningsvraag. Indien, zoals hier veronderstellenderwijs moet worden aangenomen, [betrokkene 1] de volledige zeggenschap over Maple Leaf had, ook in de periodes dat hij geen bestuurder was, en dat hij haar "ultimate beneficiary" is, is in beginsel aan de aan te leggen maatstaf voldaan.' Dit arrest heeft navolging gekregen in lagere rechtspraak. Zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West Brabant 15 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7468, r.o. 3.13: 'Aan deze maatstaf is in het onderhavige geval voldaan omdat de genoemde bestuurders de volledige zeggenschap hebben over [gedaagde sub 4] en uiteindelijk haar begunstigden zijn.' Zie ook Rb. Zeeland West-Brabant 4 mei 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:2275 (*Handpicked Investments*), r.o. 4.15: 'Gelet op de omstandigheid dat [gedaagde sub 6] c.s. allen middellijk bestuurder en aandeelhouder zijn van Handpicked Investments en Handpicked Investments aandeelhouder was van MHC, is de rechtbank van oordeel dat het voor de hand ligt voornoemde gedragingen van [gedaagde sub 6] c.s. toe te rekenen aan Handpicked Investments.' Een lagere positie binnen de onderneming lijkt

ook in het strafrecht, want in een ander vonnis van de Rechtbank Zeeland-West Brabant in de eerder aangehaalde zaak over de rechtspersoon die paardenvlees voor rundvlees verkocht, wordt een onderscheid gemaakt tussen de verdachte die alle transacties regelde en facturen opstelde, en de medepleger die als loodsmedewerker in opdracht van verdachte handelde en facturen vals opmaakte en documenten verwisselde. Deze loodsmedewerker '(...) wilde eigenlijk niet op de directeursstoel zitten, maar wilde gewoon lekker werken.'³⁴

De weergegeven wijzen van invulling van de toerekening van gedragingen van natuurlijke personen aan de rechtspersoon aan de hand van de positie en/of hoedanigheid van die natuurlijke personen binnen de organisatie van de rechtspersoon, zien op het invullen van de maatschappelijke verkeersopvattingen. Dat maakt het interessant om empirisch te onderzoeken in hoeverre de positie en/of de hoedanigheid van de handelende natuurlijke persoon binnen een onderneming bijdraagt aan de opvatting in het maatschappelijk verkeer, dat wil zeggen onder 'gewone burgers', dat toerekening aan de rechtspersoon op zijn plaats is. Wij hebben hiernaar een empirisch onderzoek gedaan en lichten dat in de navolgende paragraaf verder toe.

3 DE WIJZE WAAROP DE MAATSCHAPPELIJKE OPVATTINGEN ZIJN GETOETST

3.1 *Algemene opmerkingen*

Om te toetsen of een bepaald type gedraging verricht door een bepaalde functionaris binnen een onderneming of bedrijf naar maatschappelijke opvattingen kan worden toegerekend aan de rechtspersoon, hebben wij drie verschillende situaties voorgelegd aan een panel van 1058 willekeurig geselecteerde personen (de respondenten). Wij toetsen de maatschappelijke opvattingen zonder deze formulering te gebruiken. Telkens is aan de respondenten de vraag gesteld of de desbetreffende gedraging in hun ogen heeft te gelden als een gedraging van het bedrijf. In de vraagstelling hebben wij aangesloten bij het 'bedrijf' in plaats van bij de 'rechtspersoon' omdat in het dagelijks taalgebruik het onderscheid tussen bedrijf en rechtspersoon niet wordt gemaakt en in de regel over het bedrijf (of de onderneming) wordt gesproken. Er is verder uitdrukkelijk gekozen voor een uitvraag aan de respondenten naar hun mening over de toerekening van een gedraging in een bepaalde situatie, in plaats

echter niet snel tot toerekening van een gedraging aan de rechtspersoon te leiden. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 3 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2933 (*Logistic Solutions*), in r.o. 3.12: 'Of het handelen van [X] aan Logistics Solutions dient te worden toegerekend als eigen handelen dient te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf of zijn gedragingen in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de rechtspersoon hebben te gelden (HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595). Gelet op zijn functie als loodsmedewerker is dit niet het geval.'

34 Rb. Zeeland-West-Brabant 25 maart 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:1445, r.o. 4.3.

van wat zij denken dat de maatschappij zal denken wat als gedraging van het bedrijf zal worden aangemerkt. Onze aanname is dat wij zo inzicht verkrijgen in de maatschappelijke opvattingen, omdat de som van de reacties van respondenten een beeld geeft van wat mensen in de maatschappij denken.

3.2 *Drie situaties*

Het voorgaande heeft geleid tot het formuleren van een eenvoudige casus waarin verschillende personen binnen het verband van een bedrijf een verboden gedraging verrichten. Daarbij is ons doel geweest te onderzoeken of, en zo ja, welke invloed uitgaat van de functie van degene die de gedraging verricht en naar de invloed van de positie die de natuurlijke persoon inneemt binnen het bedrijf op de mate waarin een gedraging van die persoon wordt toegerekend aan de rechtspersoon.

Gelet op de huidige benadering in de rechtspraak in zowel het privaatrecht als het strafrecht (zie par. 2), formuleren wij als hypothese dat een gedraging van een bestuurder of directeur in beginsel zal worden toegerekend aan de rechtspersoon en dat naarmate een natuurlijk persoon een lagere functie vervult binnen het bedrijf, de gedraging in het maatschappelijk verkeer minder snel zal worden toegerekend aan de rechtspersoon. Tegen deze achtergrond hebben wij drie situaties geïdentificeerd, die zijn bepaald door aan te knopen bij drie natuurlijke personen die de gedraging hebben verricht. Deze personen bekleden verschillende functies binnen het bedrijf waarbij die functies zien op verschillende posities binnen de organisatie van de onderneming en daarmee een verschillend belang hebben. Het gaat om:

1. de *monteur* van de werkplaats van een garagebedrijf die als uitvoerder op de werkvloer de verboden gedraging verricht,
2. de *chef van de werkplaats* van het garagebedrijf die als lid van het middenmanagement zelf de verboden gedraging verricht, en
3. de *directeur* van het garagebedrijf die formeel en materieel de baas is in de onderneming en bewerkstelligt dat de monteur de verboden gedraging verricht.

3.3 *De aard van de verboden gedraging*

Wij hebben eveneens een keuze moeten maken over de aard van de gedraging die wij aan de respondenten zouden voorleggen. Mogelijkheden waren een handelen (waaronder onjuiste informatieverstrekking, zoals in het *Kleuterschool Babel*-arrest) of een nalaten. Voorts hebben wij een keuze moeten maken tussen een 'normale', althans voorstelbare en mogelijk ook voorkomende gedragingen, dan wel een 'bijzondere' of extreme gedraging die alleen in uitzonderingsgevallen denkbaar is. Wij hebben gekozen voor een handelen

omdat wij ervan uitgaan dat een handelen eenvoudiger door gewone burgers kan worden beoordeeld. Onze verwachting is derhalve dat een handelen minder interpretatie- en beoordelingsproblemen meebrengt dan een nalaten. Voorts hebben wij gekozen voor het formuleren van een zodanig handelen dat de onrechtmatigheid en de strafbaarheid van de gedraging niet ter discussie staat. Ook gaat het om een gedraging die goed voorstelbaar is en die onomstotelijk gekoppeld is aan de werkzaamheden die binnen de onderneming worden verricht. Om al deze redenen hebben wij uiteindelijk gekozen voor een garagebedrijf waarin afgewerkte motorolie in de sloot wordt gegooid. Voor eenieder is op voorhand duidelijk dat deze milieuverontreinigende gedraging een onrechtmatige daad is alsook een strafbaar feit, te weten een milieumisdrijf.

De monteur en de chef werkplaats gooien in de casus eigenhandig de afgewerkte motorolie in de sloot. Zij zijn de fysieke plegers. Voor de directeur ligt dat anders. Het is immers niet goed voorstelbaar dat de directeur zelf met afgewerkte motorolie gaat slepen. Voor de directeur variëren we derhalve de gedraging. Hij verricht de gedraging waarbij hij een ondergeschikte de afgewerkte motorolie in de sloot laat gooien, doch waarbij duidelijk is dat die ondergeschikte geen zeggenschap heeft in het garagebedrijf of in het al dan niet verrichten van de gedraging. Daarbij merken wij op dat wij ervan uitgaan dat zowel de functie van directeur als het geven van een instructie door de directeur aan een lager geplaatste werknemer, omstandigheden zijn die in de regel zullen leiden tot toerekening van de handeling aan de rechtspersoon.³⁵

3.4 *Wat aan respondenten is voorgelegd*

In het licht van de hiervoor beschreven keuzes en afwegingen hebben wij aan de respondenten het navolgende voorgelegd:

‘Bij een bedrijf werken personen. Soms komt de vraag op of het gedrag van deze personen hun eigen verantwoordelijkheid is of onder de verantwoordelijkheid van het bedrijf valt.

Geef aan in hoeverre u het eens bent met deze drie stellingen:

³⁵ Zie paragraaf 2 en in dit kader Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2959 (*Mondzorg*), r.o. 4.20: ‘Uit het door Mondzorg gestelde bij conclusie van antwoord in reconventie blijkt dat de plankjes voor de elektronische ogen steeds door haar werknemers werden geplaatst en daarna dat Mondzorg haar werknemers pleisters/tape over de elektronische ogen heeft doen plakken, een en ander met als doel de bezoekers van Mondzorg toegang te doen verlenen tot haar praktijk via de onderdoorgang en het parkeerterrein. Deze door haar geïnstrueerde handelingen hebben dan ook als haar gedraging te gelden.’

1. Als een monteur van een garagebedrijf afgewerkte motorolie in de sloot gooit en daarmee de sloot vervuult, komt dit voor rekening van het garagebedrijf.
2. Als de chef van de werkplaats van een garagebedrijf afgewerkte motorolie in de sloot gooit en daarmee de sloot vervuult, komt dit voor rekening van het garagebedrijf.
3. Als de directeur van een garagebedrijf een monteur afgewerkte motorolie in de sloot laat gooien die daarmee de sloot vervuult, komt dit voor rekening van het garagebedrijf.

De 1058 respondenten hebben de stellingen beantwoord op een 7-punts Likertschaal lopend van 1 (zeer mee oneens) tot 7 (zeer mee eens). Aan de respondent is ook de optie 'ik begrijp het niet' gegeven. Respondenten die invullen dat zij de vraag niet begrijpen zijn niet meegenomen in de analyse, hetgeen verklaart waarom de totalen per vraag niet altijd 1058 zijn (zie tabel 1 hierna).

4 DE UITKOMSTEN VAN HET ONDERZOEK

Het onderzoek heeft per stelling op elk punt van de 7-punts Likertschaal bepaalde scores opgeleverd. Wij geven deze uitkomsten voor elke stelling in een tabel weer:

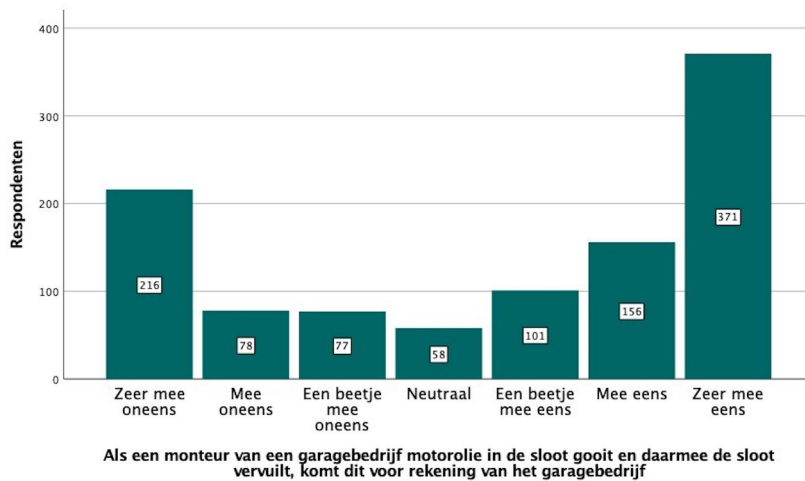
Tabel 1 Gegeven antwoorden op de gestelde vragen over toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon (monteur, chef, directeur) aan een rechtspersoon (garagebedrijf).

	Als een monteur van een garagebedrijf motorolie in de sloot gooit en daarmee de sloot vervuult komt dit voor rekening van het garagebedrijf		Als de chef van de werkplaats van een garagebedrijf motorolie in de sloot gooit en daarmee de sloot vervuult komt dit voor rekening van het garagebedrijf		Als de directeur van een garagebedrijf een monteur opdracht geeft om motorolie in de sloot te gooien en daarmee de sloot vervuult komt dit voor rekening van het garagebedrijf	
	Frequentie	%	Frequentie	%	Frequentie	%
Zeer mee oneens	216	20,4	196	18,5	63	6,0
Mee oneens	78	7,4	71	6,7	22	2,1
Een beetje mee oneens	77	7,3	59	5,6	22	2,1
Neutraal	58	5,5	58	5,5	19	1,8

	Als een monteur van een garagebedrijf motorolie in de sloot gooit en daarmee de sloot vervuult komt dit voor rekening van het garagebedrijf		Als de chef van de werkplaats van een garagebedrijf motorolie in de sloot gooit en daarmee de sloot vervuult komt dit voor rekening van het garagebedrijf		Als de directeur van een garagebedrijf een monteur opdracht geeft om motorolie in de sloot te gooien en daarmee de sloot vervuult komt dit voor rekening van het garagebedrijf	
	Frequentie	%	Frequentie	%	Frequentie	%
Een beetje mee eens	101	9,6	95	9,0	39	3,7
Mee eens	156	14,8	178	16,8	105	9,9
Zeer mee eens	371	35,1	400	37,8	788	74,5
Totaal	1057		1058		1058	

Deze scores laten zich visualiseren in een drietal figuren, waarmee inzichtelijk kan worden gemaakt hoe per stelling de verdeling over de 7-punts Likertschaal eruitziet:

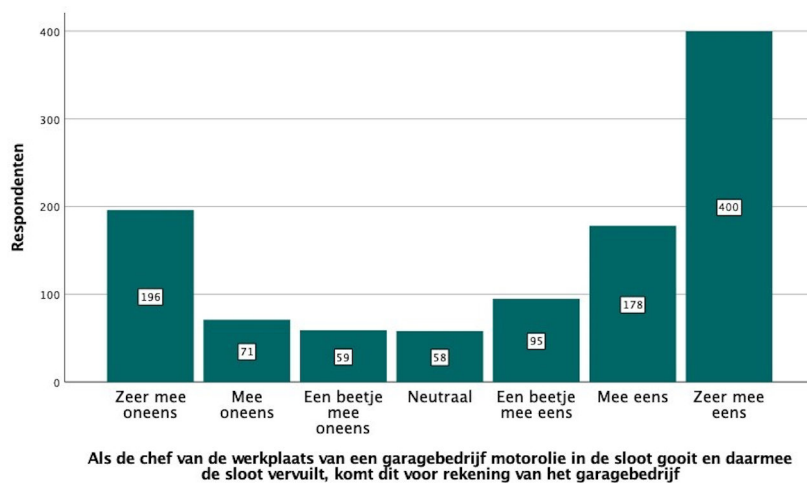
Figuur 1 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 1 ('de monteur') op een 7-punts Likertschaal



Gem.= 4.61

Std.= 2.38

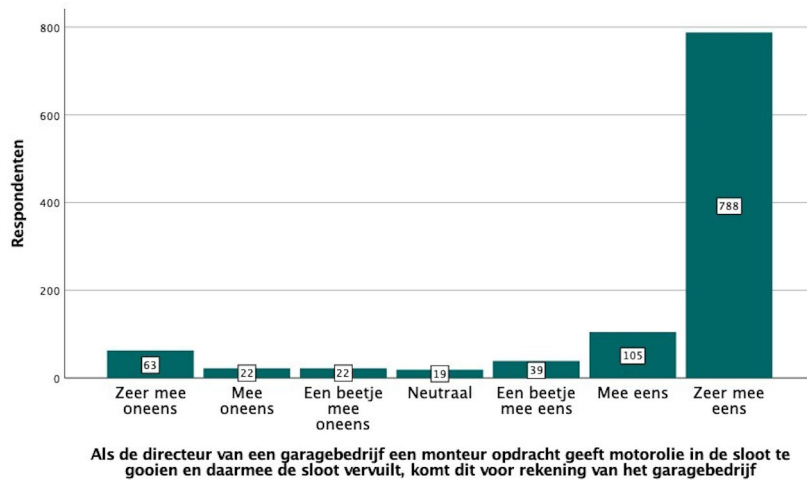
Figuur 2 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 2 ('de chef werkplaats') op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 4.81

Std. = 2.35

Figuur 3 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 3 ('de directeur') op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 6.23

Std. = 1.68

5 DUIDING VAN DE UITKOMSTEN

5.1 *Generieke bevindingen*

Wanneer wij kijken naar de respons zoals weergegeven in tabel 1, en gevisualiseerd in figuur 1 - 3, dan valt op dat zowel bij de monteur, als bij de chef, als bij de directeur het merendeel van de respondenten de gedraging zou toerekenen aan het garagebedrijf c.q. rechtspersoon. Desalniettemin zijn er duidelijke verschillen te ontwaren.

Onder de respondenten lijkt weinig onenigheid te bestaan over het antwoord op de vraag of de gedraging van de directeur aan het garagebedrijf moet worden toegerekend. 74,5% is het zeer eens met het toerekenen van de gedraging aan de rechtspersoon. Indien wordt gekeken naar alle respondenten die het in meer of mindere mate eens waren met toerekening van de gedraging aan de rechtspersoon (beetje mee eens, eens, zeer mee eens; R5-R7) dan is zelfs 88,1% van de respondenten deze mening toegedaan tegen 10,2% van de respondenten die het in meer of mindere mate oneens is met toerekening (beetje mee oneens, oneens, zeer mee oneens; R1-R3). De overige 1,8% stemt neutraal.³⁶ Het onderzoek bevestigt daarmee de eerder geschetste juridische benadering dat de handeling van een directeur of bestuurder die opdracht geeft aan een ondergeschikte tot het plegen van een onrechtmatige daad en/of strafbaar feit in het maatschappelijk verkeer – behoudens bijzondere omstandigheden – te gelden heeft als een gedraging van de rechtspersoon (zie paragraaf 2).

De uitkomsten die betrekking hebben op de gedragingen van de monteur en de chef laten een iets ander beeld zien. Zetten wij R1-R3 af tegen R5-R7, dan is nog steeds het merendeel van de respondenten van mening dat de gedragingen van de monteur en de chef dienen te worden toegerekend aan de rechtspersoon. Wat de monteur betreft is 35,1% het in enige mate oneens en 59,5% het in enige mate eens met toerekening van de gedraging aan de rechtspersoon (en 5,5% neutraal). Wat de vraag over de chef werkplaats betreft, gaat dit om respectievelijk 30,8% en 63,6% (en eveneens 5,5% neutraal) (zie ook tabel 2). In vergelijking met de directeur valt op dat bij de monteur en de chef werkplaats meer respondenten hebben gekozen voor neutraal (19 respondenten bij de directeur, tegen elk 58 respondenten bij de monteur en de chef werkplaats). Er is bij de directeur kennelijk minder twijfel. Dit bevestigt nogmaals dat volgens de maatschappelijke opvattingen toerekening van een gedraging van de directeur aan de rechtspersoon meer in de rede ligt dan bij gedragingen van lager geplaatste medewerkers.

³⁶ Wanneer de hier genoemde percentages bij elkaar worden opgeteld, is het totaal 100,1%. Dat is toe te schrijven aan afrondingsverschillen. Zo ook hierna bij vragen 2 en 3.

Er bestaan nog kleine verschillen in de beantwoording van de vragen over de monteur en de chef werkplaats, zoals blijkt uit onderstaande tabel.

Tabel 2 Vergelijking tussen monteur en chef werkplaats

	In enige mate oneens met toerekening (R1-R3)	In enige mate eens met toerekening (R5-R7)
Monteur	35,1% (met R1 op 20,4%)	59,5% (met R7 op 35,1%)
Chef werkplaats	30,8% (met R1 op 18,5%)	63,6% (met R7 op 37,8%)

Gelet op deze kleine verschillen vinden de respondenten blijkbaar dat iemand van het middenmanagement vrijwel gelijkwaardig moet worden beoordeeld als iemand van de werkvloer als zij beiden eigenhandig de verboden gedraging verrichten. Het verdient hierbij aantekening dat de mogelijkheid bestaat dat de respondenten een chef werkplaats hebben beschouwd als iemand die ook op de werkvloer aanwezig is. Anders gezegd, een chef werkplaats is geen manager die op afstand staat, en bijvoorbeeld werknemers aanstuurt vanuit een kantoor op een andere locatie dan de productielocatie. Dan zou het beeld anders kunnen worden. Hier dient nader onderzoek te worden verricht. Een voorzichtige interpretatie van de cijfers uit tabel 2 zou kunnen inhouden dat wanneer de fysieke pleger een hogere positie bekleedt binnen de organisatie van de rechtspersoon, en zoals in het geval van de chef werkplaats behoort tot het middenmanagement, de maatschappelijke opvattingen lijken te tenderen naar iets sneller aanmerken van de gedraging van de functionaris uit het middenmanagement als gedraging van de rechtspersoon.

Kijken we dan ook nog naar de gemiddelden, dan lijkt uit het onderzoek voort te vloeien dat ook gedragingen van een lager geplaatste werknemer (de monteur) of een medewerker die behoort tot het middenmanagement (de chef werkplaats), in het maatschappelijk verkeer in beginsel te gelden hebben als gedragingen van de rechtspersoon. Wanneer we meer inzoomen op de spreiding van de gegeven antwoorden, dan wordt duidelijk dat – hoewel een meerderheid voor toerekening is – een behoorlijk grote minderheid het juist zeer oneens is (respectievelijk 20,4% en 18,5%) dan wel het in meer of mindere mate oneens is (respectievelijk 35,1% en 30,8%) met toerekening van de gedragingen aan de rechtspersoon. Deze opvallende spreiding doet nog wel even de vraag rijzen of er hier wel in voldoende mate gesproken kan worden van een in het maatschappelijk verkeer geldende opvatting. Wij menen evenwel dat betekenis mag worden gegeven aan de totalen die voor de monteur en de chef werkplaats gelden als het gaat om juist wel toerekenen, want die zijn 59,5% voor de monteur en 63,6% voor de chef werkplaats (zie tabel 2).

5.2 Statistische data-analyse

Om te bekijken of de drie vragen onderling anders beantwoord zijn, hebben wij een statistische toets laten uitvoeren. Deze toets stelt ons in staat om te bezien of de gemiddelde scores op de vragen van elkaar verschillen. Om te beoordelen of deze verschillen ook statistisch significant zijn, werd een variantieanalyse uitgevoerd. Hieruit blijkt dat de gemiddelde scores op de drie vragen inderdaad significant van elkaar verschillen.³⁷ Kijken wij vervolgens paarsgewijs naar de verschillen tussen de antwoorden, dan blijken ze onderling allemaal significant te verschillen.³⁸ Om zicht te krijgen op de aard van de verschillen zijn gepaarde t-testen uitgevoerd. Het verschil in beantwoording van de vraag over de monteur en de vraag over de chef lijkt te suggereren dat er inderdaad sprake is van een lichte toename van de mate waarin in het maatschappelijk verkeer een gedraging wordt toegerekend aan de rechtspersoon wanneer de gedraging wordt verricht door iemand die behoort tot het middenmanagement ten opzichte van iemand van de werkvloer (zie hiervoor paragraaf 5.1 en tabel 2). Hoewel de score bij de vraag over de chef gemiddeld 0.21 punt hoger is dan bij de vraag over de monteur,³⁹ en hoewel deze gemiddelde antwoorden significant van elkaar verschillen, is de effectgrootte echter minimaal.⁴⁰

Zetten wij de beantwoording van de vragen over de monteur en de chef af tegen die over de directeur dan is een duidelijker verschil waarneembaar. Op de vraag over de directeur wordt gemiddeld 1.62 hoger gescoord dan op de vraag over de monteur⁴¹, welk verschil significant is. Ook is er sprake van een middelmatig effect.⁴² Er bestaat eveneens een significant verschil tussen de gemiddelde score op de vraag over de chef vergeleken met de vraag over de directeur.⁴³ Zo is er gemiddeld 1.41 hoger gescoord bij de vraag over de directeur.⁴⁴ Ook hier is het effect middelmatig.⁴⁵ In onderstaande grafiek worden deze verschillen nog eens goed zichtbaar.

37 Gemeten met een one-way repeated measures ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(1.350, 1424.696) = 385.22, p < .001$, partial eta squared = .27.

38 Post hoc test met gebruikmaking van de Bonferroni-correctie, $p < .001$.

39 $t(1055) = -5.80, p < .001$ (tweezijdig); 95% betrouwbaarheidsinterval -.28 tot -.14.

40 Cohens $d = -.18$; De effectgrootte wijst op de mate waarin de gemiddelden van twee groepen van elkaar verschillen en wordt weergegeven met Cohens d . Als vuistregel wordt aangehouden dat de effectgrootte klein is als deze rond de $d = .20$ ligt, is $d = .50$ dan is de effectgrootte middelmatig en ligt de waarde rond de $d = .80$ dan kan je spreken van een groot effect.

41 $t(1056) = -21.50, p < .001$ (tweezijdig); 95% betrouwbaarheidsinterval van -1.77 tot -1.48.

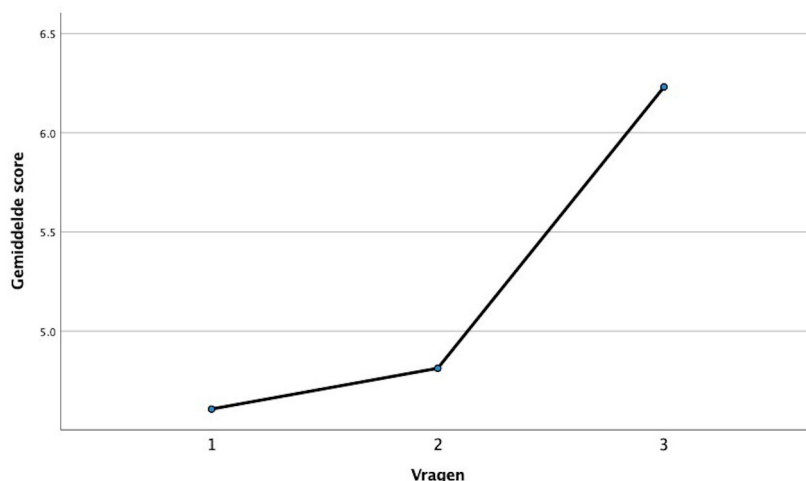
42 $d = -.66$.

43 $t(1056) = -19.54, p < .001$ (tweezijdig).

44 Met een 95% betrouwbaarheidsinterval van -1.55 tot -1.27.

45 $d = -.60$.

Figuur 4 Lijndiagram van de gemiddelde scores op de verschillende vragen



6 BEVINDINGEN EN IMPLICATIES

Rechtspersonen kunnen een onrechtmatige daad en/of een strafbaar feit begaan. Daartoe dient in elk geval te worden vastgesteld of gedragingen van natuurlijke personen kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon. In het privaatrecht wordt in het proces van toerekening het maatschappelijk verkeercriterium gehanteerd. Volgens dit criterium kan een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon worden toegerekend wanneer die gedraging in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de rechtspersoon heeft te gelden. In het strafrecht hanteert men een ander criterium. Dat is het criterium van de redelijke toerekening, waarvan in beginsel sprake is wanneer de gedraging in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden. Om dat te kunnen bepalen, zijn door de Hoge Raad vier niet-limitatieve en niet-cumulatieve omstandigheden vastgesteld. Een van die omstandigheden ziet op de vraag of de verboden gedraging in de normale bedrijfsvoering past. In dat verband klinkt in de strafrechtspraktijk ook het (privaatrechtelijke) maatschappelijk verkeercriterium door. Voorts kan dat criterium via het algemene strafrechtelijke criterium van de redelijke toerekening doorklinken; dat is ook met zoveel woorden bepleit in de literatuur.

Vanwege het open karakter van het maatschappelijk verkeercriterium doet dat natuurlijk wel de vraag rijzen wanneer een gedraging van een natuurlijk persoon naar maatschappelijke verkeersopvattingen heeft te gelden als een gedraging van een rechtspersoon en of het daarbij verschil maakt welke functie of hoedanigheid de natuurlijke persoon

heeft. Op basis van de rechtspraak en de literatuur hebben wij in deze bijdrage een hypothese geformuleerd. Deze houdt in dat een gedraging van een bestuurder of directeur in beginsel zal worden toegerekend aan de rechtspersoon en dat naarmate een natuurlijk persoon een lagere functie vervult binnen de onderneming de gedraging in het maatschappelijk verkeer minder snel zal worden toegerekend aan de rechtspersoon. Deze hypothese hebben wij empirisch getoetst door een korte casus met een drietal stellingen via een survey voor te leggen aan een panel van burgers.

De resultaten van de survey laten een significant effect (met een middelmatige effect-grootte) zien bij de stelling waarin is gevraagd dat wanneer een directeur van een garagebedrijf een monteur afgewerkte motorolie in de sloot laat gooien, die gedraging van de directeur voor rekening van het garagebedrijf komt. Driekwart van de respondenten vindt dat in dit geval de gedraging van de directeur zonder meer kan worden toegerekend aan de rechtspersoon. Dat percentage stijgt naar 88,1% als ook degenen worden meegenomen die positief staan tegenover toerekening. Waar in de literatuur wel eens is gesteld dat het maatschappelijk verkeercriterium pas de maatschappelijke opvatting weerspiegelt als de rechter in een zaak een gedraging op basis van dit criterium heeft toegerekend aan de rechtspersoon,⁴⁶ laat dit significante effect zien dat onder burgers de opvatting leeft dat een gedraging van de directeur van een rechtspersoon, verricht in de context van de onderneming van die rechtspersoon, die inhoudt dat de directeur een ondergeschikte opdracht geeft tot het verrichten van de verboden gedraging, in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als gedraging van die rechtspersoon en derhalve aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Daarmee is onze hypothese empirisch bevestigd, en is ook de benadering in de rechtspraak en de literatuur zoals beschreven in paragraaf 2 ten aanzien van de directeur empirisch onderbouwd.

Een zo sterk effect ontbreekt bij de stellingen waarin een monteur (iemand van de werkvloer) en een chef werkplaats (iemand van het middenmanagement) de afgewerkte motorolie in de sloot gooit en daarmee de sloot vervuult. Hier laten de antwoorden een grotere spreiding zien. Niettemin blijkt dat wanneer we alle varianten van 'eens' bij elkaar optellen, we voor de monteur uitkomen op 59,5% en voor de chef werkplaats op 63,6%. Hieruit volgen onzes inziens twee observaties.

Ten eerste rijst bij andere werknemers van een rechtspersoon dan de directeur de vraag wanneer een bepaalde opvatting kan worden aangemerkt als iets dat in het maatschappelijk verkeer kan gelden. Hier belanden we bij de eerdergenoemde kritiek; pas als de rechter een bepaalde opvatting aanmerkt als een van maatschappelijk verkeer, weerspiegelt dat blijkbare een maatschappelijke opvatting. Maar hoe weet de niet democratisch gelegitimeerde rechter dat dan? De spreiding in de antwoorden van de respondenten laat zien dat

⁴⁶ Zie o.m. Hornman, *DD* 2010, p. 397 en C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 207.

burgers toerekening van gedragingen van lagere geplaatste medewerkers (een monteur en ook een chef werkplaats die tot het middenmanagement behoort) minder vanzelfsprekend vinden. Er is een substantiële groep respondenten die deze gedragingen niet aanmerken als gedraging van de rechtspersoon. Dat betekent wat ons betreft dat als een rechter een gedraging van medewerkers behorend tot de werkvloer of tot het middenmanagement toerekent aan de rechtspersoon en hij dat doet door een bepaalde opvatting als maatschappelijke opvatting aan te wijzen, hij dat expliciteert en motiveert. Door die motivering wordt de rechter gedwongen zich rekenschap te geven van wat hij doet (inscherpingsfunctie), maakt hij voor een hogere rechter controleerbaar wat hij heeft gedaan (controlefunctie) en legt hij aan de samenleving uit wat hij heeft gedaan (de explicatiefunctie).⁴⁷ Zo kan hij trachten maatschappelijk draagvlak voor de aangewezen maatschappelijke opvatting te krijgen. Op deze wijze kan de rechter bijdragen aan zowel de ontwikkeling van het recht als de maatschappelijke opvattingen ten aanzien van gedragingen van lager geplaatste werknemers dan directeurs en bestuurders van rechtspersonen.

Ten tweede laten de resultaten van de survey zien dat het voor het strafrecht niet problematisch zou zijn wanneer het maatschappelijk verkeercriterium zou doorklinken in de tweede Drijfmestomstandigheid of de verboden gedraging past bij de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening van de rechtspersoon. Vooral de gedragingen van een directeur kunnen worden meegenomen bij de toepassing van deze Drijfmestomstandigheid; de huidige opvatting van de rechter over diens gedragingen kunnen rekenen op maatschappelijk draagvlak en daarmee de redelijkheid van de toerekening van gedragingen van de directeur onderschrijven, en dus als grondslag dienen voor het toerekenen van deze gedragingen aan de rechtspersoon. Voorts geeft het significante onderzoeksresultaat ten aanzien van de gedraging van de directeur de toepassing van de eerste en de vierde Drijfmestomstandigheid maatschappelijk draagvlak. Die eerste Drijfmestomstandigheid ziet immers op gedragingen van degenen die uit hoofde van een dienstbetrekking of uit anderen hoofde werkzaam zijn ten behoeve van de rechtspersoon. Als dan wordt ingezoomd op de directeur, voor zover de concrete omstandigheden van het geval dat mogelijk maken, dan kan de rechter met die gedraging van de directeur volstaan. Iets soortgelijks geldt voor de vierde Drijfmestomstandigheid. Als de directeur van een rechtspersoon kon beschikken over het al dan niet plaatsvinden van de verboden gedraging en dat ook heeft aanvaard of placht te aanvaarden, dan kan en mag de vierde Drijfmestomstandigheid als voldaan worden beschouwd en staat de weg vrij om de verboden gedraging aan te merken als plaats te hebben gevonden in de sfeer van de rechtspersoon, en daarmee is het in beginsel redelijk om de verboden gedraging aan de rechtspersoon toe te rekenen. Het voorgaande laat

47 Zie voor deze functies van motiveren o.m. G.J.M. Corstens, M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 782-783.

evenwel ook zien dat dit minder vanzelfsprekend is bij een manager die tot het middenmanagement behoort.

Geven de bevindingen nu aanleiding om ook voor het strafrecht over te stappen op het maatschappelijk verkeercriterium en zo een gelijke benadering te volgen als in het privaatrecht? Neen, naar onze mening niet. Het kader van het *Drijfmest*-arrest is minder open dan het maatschappelijk verkeercriterium, doordat het meer concrete omstandigheden benoemt aan de hand waarvan de rechter het proces van betekenisverlening kan concretiseren.⁴⁸ Tegelijkertijd laat het Drijfmestkader voldoende ruimte voor een casuïstische benadering en kan, als gezegd, binnen de toepassing van de Drijfmestomstandigheden het maatschappelijk verkeercriterium doorklinken,⁴⁹ zodat dit criterium kan bijdragen aan het funderen van het daderschap van de rechtspersoon.

Wij sluiten af met de observatie dat achteraf gezien de aloude orgaantheorie eigenlijk nog niet zo gek was in die zin dat de achterliggende idee – dat wil zeggen aanknopen bij de functionaris die handelt binnen de formele kring van zijn bevoegdheid en ter vervulling van de opgedragen taak – passend is als het gaat om een directeur, omdat de toerekening van zijn gedraging aan de rechtspersoon kan rekenen op maatschappelijk draagvlak.⁵⁰ Modern empirisch onderzoek blijkt derhalve een klassieke, dogmatisch-juridische opvatting te kunnen onderbouwen.

48 Of de rechter dat ook daadwerkelijk doet, komt aan de orde in het (nog te verschijnen) proefschrift van A.L.M. Schaap, *Het daderschap van de rechtspersoon*.

49 Vgl. ook De Hullu 2021, p. 171, waar hij conformiteit met maatschappelijke verkeersopvattingen (naast beschikkingsmacht) als 'minimumvoorwaarde' voor daderschap formuleert die onder het algemene criterium van redelijke toerekening kan functioneren.

50 Ook Van Elst 2008, p. 485 ziet ruimte voor de orgaantheorie, mede op basis van rechtsvergelijkende notities.



5 DE IMPACT VAN AMERIKAANSE ECONOMISCHE SANCTIES OP HET NEDERLANDSE CONTRACTENRECHT

Tussen hamer en aambeeld

*Cedric Ryngaert**

1 INLEIDING

Sinds enkele decennia gebruiken de Verenigde Staten (VS) economische sanctiewetgeving als een instrument van buitenlandbeleid. Deze sanctiewetgeving verbiedt bepaalde import- en exporttransacties dan wel investerings- en financieringsconstructies ten aanzien van landen die de VS politiek niet welgevallig zijn, zoals Iran en Cuba. Een aantal Amerikaanse sanctiewetten heeft een extraterritoriale dimensie, in die zin dat zij ook economische activiteiten tussen derde landen en de landen die onderhevig zijn aan sancties sanctioneren.¹ Denk daarbij aan een handelstransactie tussen een Nederlandse vennootschap en een Cubaanse entiteit, gefaciliteerd door een Nederlandse handelsbank. Handelstransacties worden in beginsel beheerst door het (private) contractenrecht. De vraag rijst dan in hoeverre contracterende partijen zich kunnen beroepen op mogelijke blootstelling aan Amerikaanse sanctiewetgeving om onder hun contractuele verplichtingen uit te komen.

Deze vraag is reeds enkele malen gerezen voor Nederlandse rechtbanken, met name in kort gedingzaken. Twee scenario's vallen te onderscheiden. In het eerste scenario weigert een contractant een product of dienst te leveren aan een medecontractant omdat levering aanleiding kan geven tot de oplegging van Amerikaanse sancties. In het tweede scenario gaat een handelsbank, wederom vanwege mogelijke blootstelling aan sancties, over tot de opschorting of beëindiging van een bankrelatie met een cliënt die transacties verricht (of

* Cedric Ryngaert is als hoogleraar internationaal publiekrecht verbonden aan het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht.

1 Zie over de internationale (on-)rechtmatigheid van deze 'secundaire' sancties, en de maatregelen die derde landen kunnen nemen om de impact van deze sancties tegen te gaan: T. Ruys en C. Ryngaert, 'Secondary Sanctions: a Weapon out of Control', te verschijnen in *British Yearbook of International Law* 2021.

gelieerd is aan transacties) met een land dat, of personen die, op een Amerikaanse sanctielijst staan. Van beide scenario's zijn meerdere vonnissen bekend.²

Bij de beoordeling hanteren de rechters assumpties over opvattingen die in het maatschappelijk verkeer (zouden) gelden, opvattingen die zij vervolgens gebruiken om hun beslissingen te schragen. De voorzieningenrechter Den Haag oordeelde bijvoorbeeld dat 'de situatie waarin [de verweerder] zich bevindt [blootstelling aan Amerikaanse sancties] naar de in het verkeer geldende opvattingen voor haar risico' komt en 'redelijkerwijs niet [kan] worden afgewenteld [op eiser]', alsook dat een opzegging per direct van een overeenkomst 'niet in overeenstemming met de maatstaven van *redelijkheid en billijkheid*' was.³ De voorzieningenrechter Zutphen betrok dan weer de 'in het verkeer geldende opvattingen' bij het beantwoorden van de vraag of een – op Amerikaanse sancties jegens Iran gebaseerde – opzegging van een handelsrelatie voor rekening van de opzeggende vennootschap komt.⁴ Andere rechters hanteren assumpties over dergelijke opvattingen op iets meer impliciete wijze. Zo heeft de voorzieningenrechter Amsterdam het over een 'belangenafweging' die in het voordeel van ING uitvalt.⁵ Deze rechter heeft het in een ander vonnis op vergelijkbare wijze over een normatief kader om te beoordelen of een contractuele overtreding van publieke regelgeving in strijd is met de openbare orde, en op die grond tot het einde van de contractuele relatie leidt; bij deze vraag betrok hij als eerste de 'belangen' die 'door de geschonden regel worden beschermd'.⁶ Welke belangen in de rechterlijke oordeelsvorming precies relevant zijn en hoe relevante belangen worden afgewogen, zijn vragen die onvermijdelijk bepaald worden door maatschappelijke verkeersopvattingen over wat 'redelijk en billijk' is.⁷

2 Rb. 's-Gravenhage (KG) 17 september 1982, ECLI:NL:RBSGR:1982:AG9741; Rb. Zutphen (KG) 12 maart 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV8603; Rb. Zutphen (KG) 10 februari 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV8592; Rb. Den Haag (KG) 25 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6301; Rb. Amsterdam (KG) 18 oktober 2017, C/13/634420/KG ZA 17-966 A B/DP; Rb. Amsterdam (KG) 6 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:893; Gerecht in eerste aanleg Curaçao (KG) 22 november 2019, ECLI:NL:OGEAC:2019:264; Rb. Rotterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2860. Het gaat hierbij om vonnissen die *bij de auteur* bekend zijn. De auteur kan niet uitsluiten dat er andere relevante vonnissen zijn. De vonnissen zijn bij de auteur bekend op grond van de volgende redenen: beschikbaar op rechtspraak.nl, historische relevantie en internationale bekendheid, betrokkenheid van de auteur als expert in de zaak, en media-aandacht. De auteur is voor zijn identificatie van relevante vonnissen niet louter afgegaan op de zoekfunctie van rechtspraak.nl, omdat rechters het niet per se hebben over 'extraterritoriale' of 'Amerikaanse economische sancties'. Uiteraard zijn er in andere jurisdicties ook vonnissen beschikbaar met betrekking tot de sanctieproblematiek. Deze zijn echter niet betrokken in dit onderzoek.

3 Rb. Den Haag (KG) 25 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6301, r.o. 4.10 (eigen cursivering).

4 Rb. Zutphen (KG) 10 februari 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV8592, r.o. 4.3.

5 Rb. Amsterdam (KG) 18 oktober 2017, C/13/634420/KG ZA 17-966 A B/DP, r.o. 4.6.

6 Rb. Amsterdam (KG) 6 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:893, r.o. 4.5.

7 In de literatuur werd eerder al signaleerd dat blijktens de recente rechtspraak van de Hoge Raad 'de redelijkheid en billijkheid steeds meer de ultieme toetssteen vormen' in het civiele recht. Zie C. Drion, 'Redelijkheid en billijkheid revisited', *NJB* 2017/719. Dit is niet anders wat betreft de wisselwerking tussen Amerikaanse sancties en het contractenrecht, het onderwerp van deze bijdrage.

De vraag die in deze bijdrage zal worden onderzocht, is of de toepassing van de redelijkheid en billijkheid door de voorzieningenrechters strookt met de maatschappelijke verkeersopvattingen van publieksrespondenten (paragrafen 4 en 5): vinden de publieksrespondenten de mogelijke blootstelling aan Amerikaanse sancties een rechtvaardiging voor het niet-naleven van (Nederlandse) contractuele verplichtingen? Vooreerst wordt evenwel de rechtspraktijk geanalyseerd aan de hand van acht relevante vonnissen van de voorzieningenrechters Den Haag, Amsterdam, Zutphen en Curaçao, en de Rechtbank Rotterdam.⁸ Met uitzondering van één vonnis met voornamelijk historisch belang (1982), zijn deze vonnissen na 2012 geveld. Dit is niet verwonderlijk, nu de Verenigde Staten recent meer gebruikmaken van economische sancties met extraterritoriaal effect.⁹ Aangezien deze vonnissen nog niet het voorwerp zijn geweest van uitgebreide academische analyse, worden ze in relatief grote mate van detail besproken, waarbij uiteraard de nadruk ligt op de oordeelsvorming door de rechters. De vonnissen worden geclusterd in de twee reeds vermelde analytische categorieën: weigering om goederen en diensten te leveren (paragraaf 2) en beëindiging van bankrelatie (paragraaf 3).

2 WEIGERING OM GOEDEREN OF DIENSTEN TE LEVEREN

2.1 *Introductie*

Een eerste scenario betreft de weigering van een contractspartij om, in weerwil van de contractuele bepalingen, goederen of diensten te leveren aan de andere partij uit vrees voor blootstelling aan Amerikaanse sancties. Die blootstelling kan met name voortvloeien uit de omstandigheid dat de eerste contractspartij een dochteronderneming is of wordt van een Amerikaanse rechtspersoon. Op basis van de ‘control theory’ is Amerikaanse sanctiewetgeving vaak van toepassing op buitenlandse ondernemingen die door Amerikaanse rechtspersonen worden ‘gecontroleerd’, in de zin dat de Amerikaanse rechtspersoon eigenaar is van (de aandelen in) de buitenlandse vennootschap. De meeste disputen hebben betrekking op de *overname* van aandelen door een Amerikaanse rechtspersoon *na* het sluiten van het contract aangaande levering van goederen en diensten. Onder druk van de Amerikaanse eigenaar weigert de Nederlandse vennootschap vervolgens haar contractuele leveringsplicht na te komen.¹⁰ Verder kunnen onder een aantal Amerikaanse regimes

⁸ Zie noot 3.

⁹ E. Geranmayeh & M. Lafont Rapnouil, ‘Meeting the Challenge of Secondary Sanctions’ in: M. Leonard & J. Shapiro (red.), *Strategic Sovereignty: How Europe Can Regain the Capacity to Act*, Berlin: the European Council on Foreign Relations (ECFR) 2019, p. 61.

¹⁰ Het scenario van overname van aandelen is overigens het enige waarin een EU-lidstaat, althans voor de reactivering van verordening 2271/96 in 2018 [Commission Delegated Regulation (EU) 2018/1100 of 6 June

sancties worden opgelegd aan niet-Amerikaanse (rechts-)personen, ook als ze geen eigendom zijn van Amerikaanse personen, maar bijvoorbeeld goederen uitvoeren waarin Amerikaanse materialen zijn verwerkt. Ook in dit geval komt het voor dat een Nederlandse onderneming weigert bepaalde goederen en diensten te leveren, in weerwil van haar contractuele verplichtingen.

In deze eerste categorie werden vijf relevante Nederlandse vonnissen geïdentificeerd: twee van de voorzieningenrechter Den Haag, twee van de voorzieningenrechter Zutphen en één van de Rechtbank Rotterdam. Ze hebben betrekking op Amerikaanse sanctieregimes tegen de voormalige Sovjet-Unie, Cuba, Iran en Syrië.

2.2 Voorzieningenrechter Den Haag, 17 september 1982

Het eerste vonnis waarin de rechter de effecten van Amerikaanse extraterritoriale sancties op contractuele prestaties adresseerde, was *Compagnie Européenne des Pétroles S.A. (CEP) t. Sensor Nederland B.V. (Sensor)*, een vonnis uit 1982.¹¹ Sensor had CEP bericht dat zij niet aan haar contractuele plicht kon voldoen om ‘geophones’ (sensoren die trillingen uit de aarde opvangen) met bestemming de Sovjet-Unie te leveren, omdat zij als dochter van een Amerikaanse vennootschap gebonden was aan het recent uitgevaardigde Amerikaanse embargo ten aanzien van de Sovjet-Unie.¹² Sensor beriep zich daarbij op *overmacht* (in de zin van Sectie 74 van de *Uniform Act governing the International Sale of Goods*, het Weens Koopverdrag), aangezien zij zich blootstelde aan Amerikaanse sancties, die ook van toepassing waren op dochterondernemingen van Amerikaanse vennootschappen. De voorzieningenrechter Den Haag verwierp evenwel het verweer van Sensor, en oordeelde dat zij zich niet op het Amerikaanse handelsembargo kon beroepen omdat dit strijdig was met het internationaal recht. Tegen dit vonnis werd geen hoger beroep ingesteld.

2018 amending the Annex to Council Regulation (EC) No 2271/96 protecting against the effects of extraterritorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, OJ L 199I/1 (2018)] tot *publiekrechtelijke handhaving* is overgaan. In 2007 initieerden Oostenrijkse autoriteiten een procedure tegen de Oostenrijkse bank BAWAG nadat deze rekeningen van Cubaanse cliënten had gesloten uit vrees voor Amerikaanse sancties na overname van BAWAG door een Amerikaanse vennootschap. Deze procedure werd uiteindelijk echter stopgezet nadat BAWAG en de Amerikaanse vennootschap van de Amerikaanse autoriteiten garanties kregen dat die laatsten geen sancties zouden opleggen indien BAWAG de rekeningen van Cubaanse cliënten behield. ‘Foreign Ministry Ceases Investigations against BAWAG Bank’, www.bmeia.gv.at, 21 juni 2007.

11 Rb. ’s-Gravenhage (KG) 17 september 1982, ECLI:NL:RBSGR:1982:AG9741 (*CEP/Sensor*). Het brondocument is niet beschikbaar via Kluwer Navigator noch via rechtspraak.nl. Het is wel gepubliceerd, in Engelse vertaling, zie: ‘The Netherlands: District Court At The Hague Judgment In *Compagnie Europeenne Des Petroles S.A. V. Sensor Nederland B.V. (Extraterritoriality of U.S. Export Administration Regulations; Contractual Obligations)*’ *International Legal Materials* (22) 1983, afl. 1, p. 66–74. De bespreking van de zaak is op dit laatste document gebaseerd.

12 §385.2(c) US Export Administration Regulations (zoals indertijd van toepassing).

De rechter was van oordeel dat de relevante rechtsvraag betrekking had op de verenigbaarheid van het Amerikaanse embargo met het internationaal rechtsmachtsrecht.¹³ Het embargo sorteerde immers extraterritoriale effecten, in die zin dat het interfereerde in de handel tussen derde staten onderling (Nederland en de Sovjet-Unie). Indien het embargo niet verenigbaar was met het internationaal recht, zou Sensor zich niet rechtmatig op overmacht kunnen beroepen om haar contractuele wanprestatie te rechtvaardigen. In zijn vonnis, dat een klassieker van het internationaal rechtsmachtsrecht werd, toetste de rechter het Amerikaanse embargo aan de verschillende gewoonterechtelijke beginselen van rechtsmacht en kwam hij tot de vaststelling dat het embargo door geen enkel beginsel kon worden geschraagd. Met name was de rechter van oordeel dat het nationaliteitsbeginsel geen grondslag biedt voor de Amerikaanse 'control theory',¹⁴ dat de Amerikaanse belangen inzake buitenlands beleid ten aanzien van de Sovjet-Unie niet vielen onder het beschermingsbeginsel,¹⁵ en dat de export naar de Sovjet-Unie van goederen die niet hun oorsprong in de VS hebben, geen rechtstreeks en onrechtmatige effecten in de VS veroorzaken (wat de rechtvaardiging van het embargo op basis van de effectenleer onmogelijk maakte).¹⁶ De rechter voegde daar wel aan toe dat het aanvaardbaar was dat de effectenleer zich zou uitstrekken tot Amerikaanse personen die het Amerikaanse embargo wensten te ontwijken door een niet-Amerikaanse vennootschap op te richten.¹⁷ Daarvan was in deze zaak echter geen sprake. Omdat het embargo internationaal onrechtmatig was, beging Sensor volgens de rechter wanprestatie. CEP's vordering tot nakoming (de levering van *geophones* aan de Sovjet-Unie) was dan ook toewijsbaar.

Het juridisch oordeel in de zaak-*Sensor* is dat het onredelijk is dat een contractspartij zich op een buitenlands embargo zou mogen beroepen om onder haar contractuele verplichtingen uit te komen, indien dit embargo strijdig is met het internationaal recht.

Het verdient nog nadruk dat er geen 'sanctieclausule' was opgenomen in het tussen Sensor en CEP gesloten contract. Een dergelijke clausule, die bepaalt dat een partij zich het recht voorbehoudt een contractuele prestatie te weigeren indien deze strijd oplevert met sanctiewetgeving, is tegenwoordig niet ongebruikelijk, zoals met name blijkt uit de hieronder besproken vonnissen inzake de sluiting van bankrekeningen. Uit het vonnis in *Sensor* kan niet worden opgemaakt hoe de rechter zou zijn omgegaan met de spanning tussen zo'n privaatrechtelijke afspraak en een (internationaal-)publiekrechtelijk verbod.

13 Rb. 's-Gravenhage, (KG) 17 september 1982, ECLI:NL:RBSGR:1982:AG9741 (*CEP/Sensor*), r.o. 7.3.

14 Rb. 's-Gravenhage, (KG) 17 september 1982, ECLI:NL:RBSGR:1982:AG9741 (*CEP/Sensor*), r.o. 7.3.2. Overeenkomstig de 'control theory' is het Amerikaanse recht ook van toepassing op buitenlandse ondernemingen die *gecontroleerd* worden door een Amerikaanse (rechts-)persoon.

15 *Ibid.*, r.o. 7.3.3.

16 *Ibid.*, r.o. 7.3.4.

17 *Ibid.*, r.o. 7.3.5.

Het verdient ook nadruk dat er ten tijde van *Sensor* nog geen Europese of Nederlandse antiboycotwetgeving voorhanden was. Deze werd pas uitgevaardigd in 1996.¹⁸ In 1982 bevatte het Europese en Nederlandse publiekrecht als zodanig dan ook geen uitdrukkelijk verbod op het naleven van Amerikaanse sanctiewetgeving. Wel had de Europese Commissie de Amerikaanse sanctiewetgeving in scherpe bewoordingen veroordeeld als strijdig met het internationaal recht.¹⁹ Deze stellingname had wellicht invloed op de juridische analyse van de voorzieningenrechter Den Haag, maar daarvoor ontbreekt expliciet bewijs in het vonnis.

2.3 Voorzieningenrechter Zutphen, 12 maart 2012

Meerdere rechterlijke uitspraken betreffen het scenario waarin een Nederlandse vennootschap door een Amerikaanse rechtspersoon wordt overgenomen en vervolgens een contractuele leveringsplicht niet nakomt uit vrees voor Amerikaanse sancties. Een eerste vonnis in deze categorie is dat van de voorzieningenrechter Zutphen uit 2012.²⁰ Dit vonnis betrof een geschil tussen de Nederlandse vennootschap Nijhuis die pompen ontwikkelt en haar Cypriotische handelsagent Flotec, die de machines in Syrië verkoopt. Wanneer Nijhuis in 2011 door de Amerikaanse vennootschap Pentair wordt overgenomen, weigert Nijhuis nog pompen met bestemming Syrië aan Flotec te leveren. Pentair heeft immers een *compliance*-programma waarin staat dat de hele groep de Amerikaanse Syrië-sanctiewetgeving dient na te leven. Op grond van deze wetgeving is het Amerikaanse rechtspersonen verboden om schendingen begaan door niet-Amerikaanse rechtspersonen te faciliteren.²¹ Nijhuis en Pentair deden een beroep op overmacht en voerden aan dat zij niet anders konden dan de overeenkomst met Flotec niet na te komen.

De voorzieningenrechter achtte de vrees dat Nijhuis en Pentair zich zouden blootstellen aan Amerikaanse sancties bij nakoming van de overeenkomst echter ongegrond. Hij vond het niet aannemelijk dat (het toelaten van) het leveren van de pompen een schending van het Amerikaanse recht zou opleveren, en oordeelde dat Pentair 'zich in Amerika ... op overmacht en ontoereikende bevoegdheden [zal] kunnen beroepen [omdat] Pentair ... in

18 Verordening (EG) nr. 2271/96 van de Raad van 22 november 1996 tot bescherming tegen de gevolgen van de extraterritoriale toepassing van rechtsregels uitgevaardigd door een derde land daarop gebaseerde of daaruit voortvloeiende handelingen, OJ L 309/1 (1996); Wet van 24 december 1998 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 2271/96 van de Raad van de Europese Unie van 22 november 1996 (Wet uitvoering antiboycotverordening).

19 Europese Commissie, 'Comments of the European Community on the Amendments of 22 June 1982 to the U.S. Export Regulations', 12 August 1982, US-EC dispute over the gas pipeline from Siberia to Western Europe, EC Calls for Withdrawal of US. Pipeline Sanctions, European Community News No. 23/1982, Delegation of the European Commission, Washington DC.

20 Rb. Zutphen (KG) 12 maart 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV8603.

21 Artikel 1705(a) a van de International Emergency Economic Powers Act; US Executive Order 13582.

Nederland niet de bevoegdheid [heeft] om haar “corporate policy” af te dwingen’.²² De rechter veroordeelde Nijhuis dan ook om de pompen te leveren.

De voorzieningenrechter gaat er hierbij vanuit dat de Amerikaanse autoriteiten hun sanctiewetgeving niet zullen toepassen indien buitenlandse regelgeving en jurisprudentie de persoon in kwestie verbieden zich op de Amerikaanse wetgeving te beroepen in contractuele geschillen. Dit strookt echter niet *per se* met de Amerikaanse sanctierealiteit. Het *foreign sovereign compulsion* verweer mag dan wel bestaan in de Amerikaanse rechtspraak (op grond waarvan een persoon kan aanvoeren dat hij de Amerikaanse wet niet kan naleven omdat een buitenlandse wet of bindende beslissing hem dat verbiedt), maar Amerikaanse sanctieautoriteiten aanvaarden dit verweer niet altijd, en recent eigenlijk eerder zelden.²³ De opvatting van de voorzieningenrechter lijkt dan ook empirisch niet helemaal houdbaar, al is ze normatief wel verdedigbaar. Op te merken valt dat deze opvatting niet meteen betrekking heeft op in Nederland bestaande maatschappelijke verkeersopvattingen, maar veeleer op *in het buitenland* bestaande opvattingen aangaande oplossingen voor conflicterende rechtsplichten. Hoewel de voorzieningenrechter een bepaalde opvatting voorstaat over wat redelijk en billijk is, koppelt hij dit niet expliciet aan bestaande opvattingen in de samenleving.

2.4 Voorzieningenrechter Den Haag, 25 juni 2019

Ook de voorzieningenrechter Den Haag behandelde een zaak waarin een overgenomen vennootschap zich op de dreiging van Amerikaanse sancties beriep, *PAM International N.V. t. Exact Software Nederland* (2019).²⁴ Deze zaak trok overigens de nodige media-aandacht.²⁵ De feiten in de kort gedingzaak waren als volgt. PAM leverde sinds 1996, op basis van een distributieovereenkomst met de onderneming Exact, software aan staatsbedrijven en overheidsorganisaties in Cuba. Exact liet in 2019 weten dat zij die overeenkomst met onmiddellijke ingang beëindigde. Exact gaf aan dat zij daartoe genoodzaakt was, omdat ‘de huidige eigenaar van Exact voornemens is haar eigendom over te dragen aan een Amerikaanse investeringsmaatschappij [KKR], waardoor de sanctiewetgeving die de

22 Rb. Zutphen (KG) 12 maart 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV8603, r.o. 4.6.1.

23 Zie in het algemeen H.L. Clark, ‘Dealing with US Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures’ *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (20) 1999, afl. 1, p. 61 e.v., op p. 92-93; Zie met betrekking tot recente praktijk bijvoorbeeld OFAC Notice, Settlements between the U.S. Department of the Treasury’s Office of Foreign Assets Control and Allianz Global Risks U.S. Insurance Company, and, separately, Chubb Limited, 9 December 2019 (waarin OFAC het beroep van een vennootschap op de Europese blokkeringswetgeving verwierp); US Court of Appeals (DC Circuit), *In re: Sealed Case*, No. 19-5068, 6 August 2019 (waarin het US Department of Justice het argument verwierp dat buitenlandse overheden hun financiële instellingen zouden kunnen verbieden om informatie te onthullen aan de VS).

24 Rb. Den Haag (KG) 25 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6301.

25 C. Driessen, ‘Exact verliest rechtszaak en moet Cuba weer software leveren’, *NRC*, 25 juni 2019.

Verenigde Staten tegen Cuba hanteert op zeer korte termijn ook (indirect) op Exact van toepassing is'.²⁶ PAM vorderde vervolgens voor de voorzieningenrechter dat Exact de distributieovereenkomst zou nakomen. Exact verweerde zich in het bijzonder door *overmacht* in te roepen (artikel 6:75 BW), met name door aan te voeren dat de overnemer eiste

‘dat alle Exact groepsvennootschappen hun commerciële en contractuele relaties met Cuba zouden beëindigen en wel vóórdát de overname van de aandelen in Exact plaatsvond ... vanwege de mogelijk ingrijpende gevolgen van het zaken doen met Cuba’,

namelijk de blootstelling aan Amerikaanse strafrechtelijke en financiële aansprakelijkheidsrisico's.²⁷

De rechter verwierp het verweer van Exact, omdat Exact ‘door een welbewust gemaakte keuze van haar nieuwe aandeelhouder KKR in deze situatie terecht gekomen’ was.²⁸ Volgens de rechter kwam ‘de situatie waarin zij zich bevindt naar de in het verkeer geldende opvattingen voor haar risico’ en kan ‘dit redelijkerwijs niet worden afgewenteld’ op PAM.²⁹ De rechter oordeelde dan ook dat de door PAM gevorderde nakoming toewijsbaar was. Opvallend is dat de rechter daaraan toevoegde, ‘ten overvloede’, dat ‘de mogelijkheid bestaat dat Exact zich schuldig maakt aan overtreding van artikelen 1 en 2 van de Wet Economische Delicten (WED), door zich te conformeren aan de Helms Burton Act [zijnde de Amerikaanse sanctiewetgeving ten aanzien van Cuba].’ De WED stelt, in overeenstemming met de Nederlandse Wet uitvoering antiboycotverordening, overtreding van EU-verordening 2271/96, strafbaar in Nederland.³⁰

Twee uitgangspunten liggen ten grondslag aan dit oordeel van de voorzieningenrechter. Het eerste uitgangspunt is dat het niet redelijk en billijk is dat een onderneming het risico op blootstelling aan Amerikaanse economische sancties inroept om een bestaande contractuele relatie op te zeggen, wanneer dit risico het gevolg is van de eigen keuze van de eigenaar van de onderneming om zijn eigendomsbelangen over te dragen aan een Amerikaanse overnemer. Die laatste voorwaarde is wel cruciaal voor deze assumptie: de rechter doet geen uitspraak over het scenario waarin blootstelling aan Amerikaanse sancties *niet* het gevolg is van een vrije keuze voor overname. Denk daarbij aan het in paragraaf 2.2 besproken scenario waarin een Amerikaanse onderneming reeds eigenaar *is* van een Nederlandse (dochter-)onderneming, of het in paragraaf 3 besproken scenario waarin een

26 Rb. Den Haag (KG) 25 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6301, r.o. 2.7, 2.9.

27 *Ibid.*, r.o. 4.10.

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

30 R.o. 4.10.

bank een bestaande bankrelatie opzegt uit vrees voor blootstelling aan Amerikaanse sancties.

De vraag rijst evenwel of in de zaak-*Exact* het risico op blootstelling wel het gevolg was van de *eigen keuze* van de onderneming. Het was immers niet *Exact* zelf, maar de aandeelhouder die zijn eigendomsbelangen had overgedragen aan een Amerikaanse overnemer. Zoals hieronder in paragraaf 2.5 wordt besproken, zag de voorzieningenrechter Zutphen in deze constructie een indicatie van *afwezigheid* van eigen keuze.

Er is nog een tweede uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan het oordeel van de voorzieningenrechter, namelijk dat een partij een contract niet mag opzeggen om zich te conformeren aan buitenlandse wetgeving, wanneer het publiekrecht, met inbegrip van het strafrecht, dergelijke naleving verbiedt en sanctioneert. Er bestaat in dat geval een één-op-één relatie tussen publiekrechtelijk verbod en de privaatrechtelijke sanctie, namelijk nietigheid of vernietigbaarheid van een (deel van het) contract. *In casu* verbood publieke regelgeving van zowel de EU als Nederland naleving van de Amerikaanse ‘extraterritoriale’ Helms-Burton Act, wat een beroep op deze Act door een partij in een privaatrechtelijk geschil over een distributieovereenkomst zou uitsluiten. In een hieronder besproken vonnis uit 2020 leek de voorzieningenrechter Amsterdam deze gelijkshakeling tussen publiek- en privaatrecht evenwel in vraag te stellen. Echter, aangezien dit tweede uitgangspunt slechts relateert aan een *a fortiori* argument (‘ten overvloede’), is het onzeker hoeveel belang eraan gehecht moet worden.

2.5 Voorzieningenrechter Zutphen, 10 februari 2012

In de in paragrafen 2.2-2.4 besproken vonnissen achtte de voorzieningenrechter de niet-nakoming van een contractuele leveringsverplichting in de context van overname van een Nederlandse vennootschap door een Amerikaanse aandeelhouder, rechtens onjuist. Dat zulke niet-nakoming onder omstandigheden *wel* juist kan zijn, bewijst een ander vonnis van de voorzieningenrechter Zutphen.³¹ Dit vonnis betreft eveneens de in paragraaf 2.3 reeds besproken overname van de Nederlandse pompontwikkelaar Nijhuis door het Amerikaanse Pentair, dat een strikt *compliance*-programma had met betrekking tot Amerikaanse sancties. *In casu* had Pentair Nijhuis verboden handel te drijven met Iran, waartegen Amerikaanse sancties waren uitgevaardigd. Nijhuis weigerde daarop een samenwerkingsovereenkomst met een Iraanse partij aangaande onderhoud van geleverde pompen na te komen.

Anders dan in het vonnis besproken onder 2.3, was de voorzieningenrechter van oordeel dat de vordering van de eiser (de Iraanse partij) niet toewijsbaar was en dus dat de verweer-

³¹ Rb. Zutphen (KG) 10 februari 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV8592.

der (Nijhuis) de handelsrelatie kon opzeggen. Echter, dit oordeel was gebaseerd op een specifieke contractuele clause, op basis waarvan aan de samenwerking met de Iraanse partij het voorbehoud was verbonden dat de aandeelhouders van Nijhuis instemmen met de exclusieve vertegenwoordigingsbevoegdheid van die partij – en Pentair als de nieuwe aandeelhouder gaf die instemming niet.³² Een dergelijk succesvol beroep op een contractueel voorbehoud vinden we ook terug in de in paragraaf 3 besproken vonnissen met betrekking tot de in het bankwezen gebruikelijke UHRC-clausule. Vermeldenswaard is dat het contractuele voorbehoud waarvan sprake is in *Nijhuis* niet specifiek naar de toepasbaarheid van Amerikaanse sancties verwijst, maar slechts in algemene zin de vereiste instemming van de aandeelhouder aanhaalt.

De voorzieningenrechter deed de zaak echter niet louter af op grond van het contractuele voorbehoud: hij ging tevens na of de opzegging van de handelsrelatie door Nijhuis op grond van *overmacht* kon worden gerechtvaardigd. Ook in de zaken besproken in paragrafen 2.2-2.4 riep de verweerder steevast overmacht in, typisch in verband met zijn blootstelling aan draconische Amerikaanse sancties. Waar de rechter in deze zaken het beroep op overmacht verwierp, aanvaardde de voorzieningenrechter Zutphen dit in de Iraanse Nijhuis-zaak *wel*. De rechter was van oordeel dat ‘Nijhuis geen betrokkenheid en/of invloed heeft gehad of heeft kunnen hebben op de overdracht van haar aandelen door Norit [de vorige aandeelhouder] aan Pentair’,³³ alsook dat ‘zowel Nijhuis als Pentair op grond van verschillende sanctiemaatregelen van de Amerikaanse regering ... met ernstige belemmeringen en maatregelen geconfronteerd zal [sic] worden’.³⁴

Dat Nijhuis ‘het doel en lijdend voorwerp’ van de overname was, lijkt dit vonnis van het in 2.4 besproken vonnis-*Exact* te onderscheiden, waarin de rechter, ook in de context van een overname, de beslissing inzake niet-nakoming toch aan de Nederlandse vennootschap toerekende. Bij nader inzien zijn de scenario’s in *Exact* en *Nijhuis* echter nauwelijks verschillend: ook in *Exact* droeg de eigenaar zijn eigendom over aan een Amerikaanse vennootschap en was *Exact* ‘het doel en lijdend voorwerp’. Toch was de rechter in *Exact* van oordeel dat ‘de situatie waarin [Exact] zich bevindt ... *naar de in het verkeer geldende opvattingen* voor haar risico [komt]’.³⁵

Overigens is het ook enigszins bevreemdend dat in de Iraanse zaak aan Nijhuis wel een beroep op overmacht toekwam, terwijl mogelijke blootstelling aan Amerikaanse sancties in geval van naleving van de overeenkomst in de Syrische zaak (zie paragraaf 2.2) kennelijk niet relevant waren. Onvermeld blijft welke Amerikaanse sanctiemaatregelen ‘ernstige belemmeringen’ voor Nijhuis/Pentair vormen, en in hoeverre.

32 *Ibid.*, r.o. 4.1-4.2.

33 *Ibid.*, r.o. 4.4.

34 *Ibid.*

35 Zie de *Exact*-zaak, r.o. 4.10 [eigen cursivering].

Uiteindelijk lijkt het erop dat geen van de drie door de rechter aanvaarde argumenten op zichzelf de beslissing schraagt. Hun kracht lijkt eerder te liggen in de combinatie, waarbij toch vooral aan de aanwezigheid van een *contractueel voorbehoud* belang dient te worden gehecht.

We kunnen concluderen dat de voorzieningenrechter Zutphen zich door drie assumpties over verkeersopvattingen laat leiden: (1) uit vrees voor Amerikaanse sancties kan een Amerikaanse aandeelhouder een overgenomen Nederlandse vennootschap dwingen een overeenkomst met een derde partij te beëindigen, indien een contractueel voorbehoud stipuleert dat de instemming van de aandeelhouders vereist is voor de uitvoering van de overeenkomst; (2) een door een Amerikaanse aandeelhouder overgenomen vennootschap treft geen schuld aan de toepassing van Amerikaanse sancties indien deze vennootschap slechts het doel en lijdend voorwerp van de overname was;³⁶ (3) een vennootschap is niet gehouden een overeenkomst na te komen indien nakoming tot 'ernstige belemmeringen' ten gevolge van blootstelling aan Amerikaanse sancties kan leiden.

2.6 *Rechtbank Rotterdam, 1 april 2020*

Paragrafen 2.2-2.5 betreffen het scenario dat een Nederlandse vennootschap haar contractuele verplichtingen niet langer nakomt uit vrees dat zij zich zou blootstellen aan Amerikaanse sancties op grond van de omstandigheid dat zij eigendom is of wordt van een Amerikaanse vennootschap. Evenwel leggen bepaalde Amerikaanse sanctieregimes ook 'secundaire' sancties op aan niet-Amerikaanse vennootschappen die weliswaar geen eigendom zijn of worden van een Amerikaanse vennootschap, maar bijvoorbeeld goederen exporteren die zijn geproduceerd met gebruikmaking van Amerikaanse materialen of technologie.³⁷ Ook in dit scenario kan het voorkomen dat een Nederlandse vennootschap, uit vrees voor Amerikaanse sancties, weigert nog goederen en diensten te leveren, in weerwil van contractuele verplichtingen.

Met name de Amerikaanse reactivering van de verregaande sancties tegen Iran (2018) heeft ertoe geleid dat Nederlandse vennootschappen onder hun contractuele verbintenissen met Iraanse tegenpartijen trachten uit te komen.³⁸ Een vonnis van de Rechtbank Rotterdam (2020) maakt duidelijk dat een beroep op overmacht om de niet-levering van goederen of diensten te rechtvaardigen, niet snel aanvaard wordt.³⁹ In deze zaak weigerde de Nederlandse

36 Exact, r.o. 4.4.

37 Bijvoorbeeld US Code of Federal Regulations (CFR) § 560.205.

38 Tussen 2017 en 2019 daalde de totale invoerwaarde van goederen uit Iran naar Nederland van 591 naar 14 miljoen euro en de uitvoerwaarde van goederen uit Nederland naar Iran van 1061 naar 463 miljoen euro. Zie Centraal Bureau voor de Statistiek, <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/83926NED/table?dl=3D324>.

39 Rb. Rotterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2860.

vennootschap Pipe Survey na de afkondiging van de Amerikaanse sancties tegen Iran in 2018 nog inspectiewerkzaamheden uit te voeren aan zes pijpleidingen in Iran van een klant van de Iraanse vennootschap PGP. Pipe Survey riep daarvoor overmacht in, op grond van de overweging 'dat de inspectie-tools, die Pipe Survey zou hebben gebruikt voor de inspectiewerkzaamheden, voor meer dan 10% bestaan uit Amerikaanse onderdelen', wat de vennootschap bijgevolg blootstelt aan Amerikaanse sancties.⁴⁰

De rechtbank volgde de stelling van Pipe Survey dat zij zich inderdaad blootstelde aan mogelijk vergaande Amerikaanse sancties,⁴¹ maar oordeelde dat nakoming van de overeenkomst niet als bijzonder bezwaarlijk kon worden beschouwd omdat overtreding van de Amerikaanse sancties het voortbestaan van de onderneming niet in gevaar zou brengen noch anderszins tot onoverkomelijke gevolgen zou leiden.⁴² Aan Pipe Survey kwam dan ook geen beroep op overmacht toe.

De rechtbank vermeldde in zijn vonnis de Europese blokkeringswetgeving, maar liet daarbij in het midden of deze wetgeving Europese ondernemingen daadwerkelijk verbiedt gevolg te geven aan Amerikaanse sancties. De beslissingsvrijheid om niet over te gaan tot het uitvoeren van de inspectiewerkzaamheden was volgens de rechtbank 'afhankelijk van de voorwaarden van de overeenkomst en het daarop van toepassing zijnde, Nederlandse recht'.⁴³ Mogelijk aarzelde de rechtbank om doorwerking te geven aan publiekrechtelijke verboden in de privaatrechtelijke sfeer, zoals de voorzieningenrechter Amsterdam (paragraaf 3.2), of achtte hij zich niet bevoegd om het EU-recht te interpreteren. In ieder geval laat de Europese blokkeringswetgeving er weinig twijfel over bestaan dat Europese personen de bewuste Amerikaanse sancties niet mogen naleven, al kan de Commissie in bepaalde gevallen wel dispensatie verlenen.⁴⁴ Het is ongewis welk effect die dispensatie op contractuele aansprakelijkheid heeft.

De assumptie die ten grondslag ligt aan het oordeel van de Rechtbank Rotterdam is dat blootstelling aan Amerikaanse sancties, volgens de in het verkeer geldende opvattingen, normaal geen situatie van overmacht met zich meebrengt, tenzij er werkelijk onoverkomelijke gevolgen zouden intreden.⁴⁵ Een andere assumptie is dat blokkeringswetgeving onvoldoende bescherming biedt aan Europese ondernemingen wanneer zij zaken doen met Amerikaanse partners,⁴⁶ en dat een beroep op overmacht in de context van contractuele aansprakelijkheid deze bescherming in beginsel kan bieden (zij het in de praktijk doorgaans niet - zie de eerste assumptie).

40 *Ibid.*, r.o. 4.18.

41 *Ibid.*, r.o. 4.23.

42 *Ibid.*, r.o. 4.29.

43 *Ibid.*, r.o. 4.22.

44 Artikel 5 Verordening (EG) nr. 2271/96.

45 Rb. Rotterdam, 1 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2860, r.o. 4.24.

46 *Ibid.*, r.o. 4.23.

3 OPSCHORTING EN BEËINDIGING BANKRELATIE

3.1 *Introductie*

Het tweede scenario waarin voorzieningenrechtshouders zich buigen over een contractuele wanprestatie als gevolg van de toepassing van Amerikaanse sancties door een contractspartij, betreft de opschorting dan wel beëindiging van een contractuele relatie tussen een Nederlandse handelsbank en haar cliënt/rekeninghouder. Typisch wordt de cliënt gelieerd aan een persoon die op een Amerikaanse sanctielijst staat, of staat de cliënt zelf op een sanctielijst. De bank weigert vervolgens banktransacties voor rekening van deze cliënt uit te voeren uit vrees dat zij zich daardoor blootstelt aan Amerikaanse sancties. Amerikaanse autoriteiten kunnen op basis van bepaalde sanctiewetgeving inderdaad het 'faciliteren' van overtredingen van Amerikaanse sanctiewetgeving door buitenlandse financiële instellingen (zoals Nederlandse banken) sanctioneren.

Drie relevante en recente vonnissen gewezen in de periode 2017-2020, werden geïdentificeerd: twee van de voorzieningenrechter Amsterdam en één van de voorzieningenrechter Curaçao. Ze hebben betrekking op de Amerikaanse sancties tegen Syrië, Cuba en Venezuela.

3.2 *Voorzieningenrechter Amsterdam, 18 oktober 2017*

Een eerste relevante uitspraak aangaande de beëindiging van de een bankrelatie is van de voorzieningenrechter Amsterdam van oktober 2017 in een zaak tussen Staroil B.V. (in liquidatie) en ING Bank.⁴⁷ De Amerikaanse sanctieautoriteit OFAC (*Office of Foreign Assets Control*) had Staroil op een sanctielijst geplaatst omdat het bedrijf petroleum zou leveren aan een Syrische partij en de Syrische regering, wat verboden is door de Amerikaanse sanctiewetgeving. Naar aanleiding daarvan had ING de banktegoeden van Staroil bij ING bevroren (geblokkeerd). Staroil vorderde bij de voorzieningenrechter om ING te veroordelen om deze tegoeden weer vrij te geven.

ING baseerde de bevroering van de banktegoeden op een brief die vaak wordt gebruikt door banken om zich het recht voor te behouden te stoppen met de uitvoering van betaaltransacties indien er sprake is van betrokkenheid bij een 'Ultra High Risk Country' (UHRC).⁴⁸ Een land is doorgaans een UHRC wanneer het op één of meerdere sanctielijsten staat. Syrië stond op de Amerikaanse sanctielijst, en Staroil zelf ook.

⁴⁷ Rb. Amsterdam (KG) 18 oktober 2017, C/13/634420/KG ZA 17-966 A B/DP. Het vonnis heeft geen ECLI-nummer en is niet aangetroffen op www.rechtspraak.nl. De auteur van deze bijdrage was expert in de zaak en kreeg op grond daarvan een scan van het vonnis toegestuurd door de advocaat van de eisende partij.

⁴⁸ Zie over dit soort brieven G. Demmink, 'De (Ultra) High Risk Country Policy: effectieve maatregel of weg van de minste weerstand?' *Tijdschrift voor Compliance*, UHD:TvCo/11586 (2014).

De rechter wees erop dat Staroil de UHRC-brief had ondertekend en ‘redelijkerwijs heeft moeten begrijpen’ dat zij aan de UHRC-bepaling zou worden onderworpen.⁴⁹ Volgens de rechter stond het ING dan ook ‘vrij het banktegoed van Staroil met een beroep op deze bepaling te bevriezen en is daarmee geen sprake van wanprestatie of onrechtmatig handelen door ING’.⁵⁰ In die context voegde de rechter daaraan toe dat ING ‘het risico [loopt] dat zij zelf wordt onderworpen aan sancties door OFAC’ indien zij de tegoeden niet bevriest.⁵¹ In het licht van het voorgaande wees de rechter erop dat ‘een belangenafweging ... derhalve ... in het voordeel van ING’ uitvalt.⁵² Hij wees de vordering van Staroil vervolgens af.

Een factor van betekenis is dat de Amerikaanse Syrië-sanctieregelgeving niet in de bijlage van EU-verordening 2271/96 was opgenomen. Deze bijlage bevat de sanctiewetten die de EU als extraterritoriaal en internationaal onrechtmatig beschouwt, en naleving waarvan naar EU-recht verboden is. Derhalve was het ING niet verboden om gevolg te geven aan de Amerikaanse sanctieregelgeving.

We kunnen concluderen dat de voorzieningenrechter de volgende assumptie over de heersende maatschappelijke opvattingen ter zake van de relatie tussen contracten en buitenlandse economische sancties hanteert: contractuele bedingen die aan één partij toelaten een (bank-)relatie op te schorten of te beëindigen ten nadele van een andere partij, op grond van mogelijke blootstelling van de eerste partij aan Amerikaanse sancties, zijn principieel geldig.

3.3 Voorzieningenrechter Amsterdam, 6 februari 2020

Een tweede relevante uitspraak met betrekking tot opschorting of beëindiging van bankrelaties is deze van de voorzieningenrechter Amsterdam van februari 2020.⁵³ De zaak betrof de opzegging door ING Bank van een bankrekening van een cliënt waarop betalingen werden gedaan die gelieerd zouden zijn aan partijen die handel drijven met Cuba. Deze opzegging was formeel gebaseerd op een door de cliënt ondertekende UHRC-brief die ertoe strekt dat de uitvoering betaaltransacties wordt gestaakt indien er sprake is van betrokkenheid bij een ‘Ultra High Risk Country’. Aangezien Cuba op een Amerikaanse sanctielijst staat krachtens de Helms-Burton Act, impliceert dit concreet dat ING zich mogelijk blootstelt aan Amerikaanse sancties indien zij banktransacties van cliënten met betrekking tot Cuba toelaat. Officieel verklaarde ING wel dat de opzegging is ‘ingegeven

49 Rb. Amsterdam (KG) 18 oktober 2017, r.o. 4.1, 4.3.

50 *Ibid.*, r.o. 4.3.

51 *Ibid.*, r.o. 4.5.

52 *Ibid.*, r.o. 4.6.

53 Rb. Amsterdam (KG) 6 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:893.

door zakelijke afwegingen van ING', en dat 'zij zonder het UHRC-beleid voor Cuba aanvullende beheersmaatregelen zou moeten treffen die kostbaar zijn'.⁵⁴

De precedentwaarde van dit vonnis in kort geding is relatief beperkt omdat, net voor het vonnis, ING aan de cliënt berichtte dat zij alsnog ruimte zag om de bankrelatie voort te zetten op grond van het feit dat de cliënt toch geen banden met Cuba bleek te hebben.⁵⁵ Ter zitting namen de partijen zich ook voor om het gesprek aan te gaan over de initiële opzegging.⁵⁶ Niettemin vallen uit het vonnis een aantal essentiële argumentatielijnen te distilleren aangaande de potentiële impact van buitenlandse economische sancties op contractuele (privaatrechtelijke) relaties.

Ten eerste hecht de voorzieningenrechter bijzonder belang aan de vraag of de cliënt 'in staat is handel te drijven met Cuba zonder dat zij beschikt over haar zakelijke rekening bij ING',⁵⁷ met andere woorden of een andere bank bereid zou zijn een bankrelatie met hem aan te gaan.⁵⁸ In de praktijk zal deze bereidheid wellicht beperkt zijn, met name omdat alle banken die transacties met Cuba faciliteren zich blootstellen aan Amerikaanse sancties. Slechts indien een bank geen economische banden met de Verenigde Staten heeft of wil hebben, zal hij normaal bereid zijn een bankrelatie aan te gaan. Aangezien voor transacties in US dollars in principe een Amerikaanse 'clearing bank' vereist is, zullen banken dergelijke banden doorgaans wel hebben. In de praktijk dreigt het 'alternatieve bank'-criterium, hoewel op zich legitiem, dan ook een wassen neus te zijn.

Ten tweede, en dit is wellicht een meer fundamenteel punt, lijkt de voorzieningenrechter te impliceren dat partijen privaatrechtelijke afspraken, zoals met betrekking tot een UHRC-beleid, kunnen maken die strijdig zijn met publiekrechtelijke verboden, zoals een wettelijk of EU-rechtelijk verbod gevolg te geven aan buitenlandse sanctiewetgeving. Dit valt af te leiden uit de verwijzing in het vonnis naar een uitspraak van de Hoge Raad uit 2012, waarin de Hoge Raad besliste dat een privaatrechtelijke overeenkomst (in dit geval een overeenkomst over geneesmiddelenvoorziening) 'die in strijd komt met een zodanig [wettelijk] verbod [van publiekrechtelijke aard] ... niet strijdig [hoeft] te zijn met de openbare orde', voor zover de betreffende publiekrechtelijke regeling het aangaande van de contractuele relatie als zodanig niet verbodt.⁵⁹ Deze uitspraak heeft op zich geen betrekking op Amerikaanse economische sancties, maar toch past de voorzieningenrechter Amsterdam de uitspraak toe op de zaak voor hem. Volgens deze rechter, in overeenstemming met het *dictum* van de Hoge Raad, dient de rechter

54 *Ibid.*, r.o. 4.4.

55 *Ibid.*, r.o. 2.3.

56 *Ibid.*, r.o. 4.7.

57 *Ibid.*, r.o. 4.6.

58 De client verwachtte dat de opzegging een negatief imago zal opleveren, maar uiteindelijk hoefde de rechter de vraag niet te beantwoorden omdat, zoals eerder aangegeven, ING de bankrelatie toch voortzette. r.o. 4.6.

59 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, r.o. 4.4.

‘indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen.’⁶⁰

De voorzieningenrechter Amsterdam stelt vervolgens na te willen gaan of het UHRC-beleid de cliënt verplicht tot een door de wet verboden prestatie, ‘te weten gevolg te geven aan de [Helms-Burton] Act’.⁶¹ Door deze vraag te stellen kan de voorzieningenrechter de zaak in de mal van het arrest van de Hoge Raad van 2012 passen, maar toch komt zij enigszins geforceerd over. De echte vraag is immers of het door ING ontwikkelde UHRC-beleid strijd oplevert met de Nederlandse Wet uitvoering antiboycotverordening en EU-verordening 2271/96.⁶² De verwijzing door de Hoge Raad naar ‘een zodanig [wettelijk] verbod [van publiekrechtelijke aard]’ kan immers slechts worden geïnterpreteerd als een verwijzing naar Nederlandse wetgeving of in Nederland toepasselijke EU-wetgeving, en niet naar buitenlandse wetgeving, aangezien het wel hoogst ongebruikelijk is dat een staat het publiekrecht van een andere staat zal toepassen.

Het principe zoals neergelegd in de uitspraak van de Hoge Raad blijft evenwel overeind. Op basis van die uitspraak is een privaatrechtelijke overeenkomst die in strijd is met een publiekrechtelijk verbod niet *automatisch* nietig of vernietigbaar voor zover het publiekrecht het aangaan van de privaatrechtelijke rechtshandeling niet verbiedt. Om nietigheid of vernietigbaarheid vast te stellen dient de rechter een *contextuele analyse* uit te voeren. In de (buitenlandse) literatuur werd reeds opgeworpen dat EU-verordening 2271/96 naar internationaal privaatrecht de status van (Europese) *ordre public* heeft en derhalve dat daarmee strijdige privaatrechtelijke overeenkomsten sowieso geen effect sorteren.⁶³ Op basis van de rechtspraak van de Hoge Raad is het evenwel niet vanzelfsprekend dat de Nederlandse rechter zal vaststellen dat UHRC-bedingen inderdaad de openbare orde schenden. Beschermt de EU-verordening wel ‘fundamentele beginselen’ van de Europese rechtsorde? Waren de partijen zich ervan bewust dat zij de EU-verordening schonden, nu

60 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, r.o. 4.4; Rb. Amsterdam (KG) 6 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:893, r.o. 4.5.

61 Rb. Amsterdam (KG) 6 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:893, r.o. 4.6.

62 De rechtbank onderkent deze vraag als zodanig ook in r.o. 4.5 (‘Hierna zal worden getoetst of aannemelijk is dat een bodemrechter tot het oordeel zal komen dat het UHRC-beleid van ING in strijd is met de EG-Verordening en de Uitvoeringswet en dat een opzegging met een beroep op dat beleid nietig is dan wel vernietigbaar.’).

63 M. Lieberknecht, ‘Die Blocking-Verordnung: Das IPR als Instrument der Außenpolitik’ (2018) 38 *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 573.

deze verordening tot 2018 een slapend bestaan leidde? Voorziet de EU-verordening wel in een sanctie, nu uit de praktijk blijkt dat lidstaten tot nu toe nauwelijks zijn overgegaan tot publiekrechtelijke handhaving, bijvoorbeeld het opleggen van boetes? En bovenal: hadden de partijen wel de bedoeling om zich te schikken naar Amerikaanse sanctiewetgeving, en daardoor het EU-recht te schenden? Wat deze laatste vraag betreft, zal het in de praktijk moeilijk blijken om een onderscheid te maken tussen gedrag dat is ingegeven door zakelijke overwegingen, en gedrag dat louter gebaseerd is op een wens tot *legal compliance*. De enige zekerheid lijkt te zijn dat het arrest van de Hoge Raad, zoals aangehaald in het vonnis van de voorzieningenrechter Amsterdam, de rechter een ruime marge geeft om tot een oordeel te komen, zolang hij in de motivering van zijn oordeel maar voldoende rekenschap daarvan aflegt en daarin de door de Hoge Raad benoemde gezichtspunten betreft.

Het uitgangspunt dat uiteindelijk ten grondslag ligt aan dit vonnis, is dat de UHRC-bedingen die strijd opleveren met Nederlandse en Europese antiboycotwetgeving, geldig *kunnen* zijn, afhankelijk van de uitkomst van een contextspecifieke analyse.

3.4 *Gerecht in eerste aanleg Curaçao (kort geding), 22 november 2019*

Bij afwezigheid van UHRC-bedingen is het veel minder vanzelfsprekend dat een Nederlandse bank zich succesvol beroept op Amerikaanse sancties in de context van de beëindiging van een bankrelatie. Dat toont een vonnis van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao uit 2019 aan.⁶⁴ In deze zaak had IGR, een vennootschap naar Venezolaans recht, een bankrelatie met South American International Bank Curaçao N.V. opgezegd en verzocht om uitkering van de tegoeden. De bank had hieraan geen gehoor gegeven, onder meer op grond van US Executive Order 13850 (2018), dat de goederen blokkeert van personen die bijdragen aan de situatie in Venezuela. Het Gerecht oordeelde evenwel dat er geen ‘grondslag [was] op grond waarvan de bank, een vennootschap naar het recht van Curaçao, aan deze Amerikaanse overheidsmaatregelen gehouden zou zijn’, en dat het ‘niet aanneemelijk [is] geworden dat IGR en/of de door haar gewenste overboeking van haar geld materieel door genoemde Executive Order zou worden geraakt’.⁶⁵ De US Executive Order verwijst inderdaad naar eigendommen in de VS en eigendommen van Amerikaanse onderdanen. De Order lijkt dan ook geen extraterritoriale toepassing te vinden met betrekking tot de tegoeden waarvan sprake is in het geding.

Echter, de bank voerde aan, niet geheel onterecht, dat zij de opdracht van de rekeninghouder gewoonweg niet *kon* uitvoeren omdat ze voor de uitvoering van haar diensten

⁶⁴ Gerecht in eerste aanleg Curaçao (kort geding) 22 november 2019, ECLI:NL:OGEAC:2019:264.

⁶⁵ R.o. 4.18.

afhankelijk is van correspondentbanken, die de Amerikaanse sancties strikt toepassen en soms zelfs iedere Venezolaanse transactie weigeren uit te voeren.⁶⁶ In het internationaal bankverkeer is het inderdaad gebruikelijk dat Amerikaanse correspondentbanken instaan voor het ‘clearen’ van US dollars in geval van overboeking vanaf de rekening van de ene (niet-Amerikaanse) bank naar de rekening van de ontvangende partij bij een andere (niet-Amerikaanse) bank. Het Gerecht verwierp dit beroep op overmacht (artikel 6:75 BW) evenwel omdat de relevante omstandigheden niet voortvloeiden ‘uit dwingende wettelijke bepalingen, maar verband [hielden] met de wijze waarop de bank haar bedrijf uitoefent’.⁶⁷ Het Gerecht besliste vervolgens dat de belangen van de rekeninghouder zwaarder wogen, en dat de vermelde omstandigheden ‘niet op IGR als individuele (ex-)rekeninghouder [behoren] te worden afgewenteld’.⁶⁸

Interessant aan dit vonnis is dat het Gerecht het gebruik van (Amerikaanse) correspondentbanken als een *eigen keuze* van de bank beschouwt waar de rekeninghouder niet voor behoort op te draaien. De ‘eigen keuze’ was overigens ook het argument dat de voorzieningenrechter in de hogervermelde zaak-*Exact*, uit 2019, hanteerde om het beroep van de verweerder op Amerikaanse sancties af te wijzen. In de zaak-*IGR* betekende dit concreet dat de bank zelf het risico nam in zee te gaan met buitenlandse correspondentbanken die zich aan *overcompliance* bezondigen, ofwel Amerikaanse sancties ‘naleven’ zelfs als ze daartoe niet verplicht zijn. Het vonnis dwingt de bank dan ook correspondentbanken uit te kiezen die Venezolaanse transacties *wel* uitvoeren, of in ieder geval haar bedrijf op een wijze uit te oefenen die het mogelijk maakt om het saldo van een rekening aan de rekeninghouder uit te keren. Evenwel is niet gebleken dat, in het licht van de internationale verwevenheid van het internationaal bankwezen en de bestaande risico-aversie, dit überhaupt praktisch mogelijk is.

We kunnen concluderen dat de volgende assumptie over maatschappelijke verkeersopvattingen aan het vonnis ten grondslag ligt: banken dienen hun bedrijf zo te organiseren dat zij in staat zijn het saldo uit te betalen aan een rekeninghouder wiens transacties betrekking hebben op een land dat op een Amerikaanse sanctielijst staat, zelfs indien buitenlandse (Amerikaanse) partnerbanken, op grond van de toepasselijkheid van Amerikaanse sancties, doorgaans hun medewerking aan deze transacties zullen weigeren.

66 R.o. 4.20.

67 R.o. 4.22.

68 R.o. 4.24.

4 EEN EMPIRISCHE TOETSING VAN RECHTERLIJKE ASSUMPTIES INZAKE
MAATSCHAPPELIJKE VERKEERSOPVATTINGEN

De jurisprudentieanalyse in paragraaf 2 en 3 heeft geresulteerd in de identificatie van verschillende juridische oordelen en assumpties die door de rechters worden gehanteerd wanneer zij worden geconfronteerd met contractuele geschillen die verband houden met de mogelijke oplegging van Amerikaanse economische sancties aan één van de partijen. De beslissingen en de daarin gehanteerde assumpties spreken elkaar niet *per se* tegen, aangezien zij telkens opereren tegen een specifieke feitelijke en normatieve achtergrond. De enige aangetroffen contradictie lijkt deze te zijn tussen de voorzieningenrechter Zutphen (*Nijhuis*) en de voorzieningenrechter Den Haag (*Exact*), in de context van overname van aandelen door een Amerikaanse vennootschap. Die laatste oordeelde dat 'de situatie waarin [de overgenomen vennootschap] zich bevindt ... naar de in het verkeer geldende opvattingen voor haar risico [komt]',⁶⁹ terwijl de eerste oordeelde dat het een situatie van overmacht betrof.

Wel lijkt één fundamentele regel ten grondslag te liggen aan bijna alle rechterlijke oordelen, namelijk het beginsel van *pacta sunt servanda*, het beginsel dat partijen contractuele afspraken gestand dienen te doen. Dit beginsel wordt ondersteund door het uitgangspunt dat, gelet op deze afspraken, de *gevolgen* voor de contractanten, op het ogenblik van het ondertekenen van de overeenkomst, *voorzienbaar* waren. Zo houden rechters eisers aan contractuele voorbehouden, en verplichten andere rechters de partijen om contractuele afspraken inzake levering van goederen en diensten na te komen.

De rechters lijken echter ook andere argumenten te hanteren om de toepassing van de *pacta sunt servanda*-regel te bevestigen. De toepassing van deze regel is immers niet geheel vanzelfsprekend in de specifieke context van Amerikaanse economische sancties. In deze context spelen andere overwegingen en regels mogelijk een interfererende rol, zoals blootstelling aan Amerikaanse sancties ingeval van naleving van het contract, alsook het bestaan van regelgeving die naleving van buitenlandse extraterritoriale sancties verbiedt. Zo stellen bepaalde voorzieningenrechters dat rekening dient te worden gehouden met de moeilijkheden die de verweerder kan ondervinden indien de VS aan hem sancties oplegt, respectievelijk dat nationaal- of EU-rechtelijke verboden om Amerikaanse sanctiewetgeving na te leven niet noodzakelijk een impact op privaatrechtelijke verhoudingen hebben. Andere rechters stellen dan weer dat een contractspartij zich niet op Amerikaanse sancties mag beroepen indien die strijd opleveren met het internationaal, Europees of Nederlands recht, of dat blootstelling aan Amerikaanse sancties geen verweer kan zijn indien die

69 Zie de *Exact*-zaak, r.o. 4.10.

blootstelling door de verweerder zelf is gecreëerd, via overname of organisatie van eigen bedrijfsvoering.

Deze oordelen worden niet als zodanig door de wet opgelegd. *Ultimo* vinden zij hun grondslag in rechterlijke assumpties inzake *maatschappelijke verkeersopvattingen* en over wat als *redelijk en billijk* kan worden beschouwd. Een en ander blijkt ook uit de tekst van de uitspraken, zoals in de inleiding reeds aangegeven. Deze assumpties over maatschappelijke verkeersopvattingen kunnen *empirisch getoetst* worden: er wordt dan nagegaan of zij aansluiten bij wat het grotere publiek zelf de juiste uitkomst beschouwt.

Met het oog op deze toetsing werden aan respondenten de volgende gestileerde casus en vragen voorgelegd.

‘Amerika heeft een lijst met vijandige landen waarmee niet gehandeld mag worden. Amerika legt soms hoge boetes op aan Nederlandse banken die klanten hebben die toch zaken doen in deze vijandige landen. Sommige van deze landen worden in Nederland niet als vijandig gezien. Dit roept de vraag op of een bank onder het Nederlandse contract met die klanten uit kan.

Geef uw mening over de volgende vier stellingen:

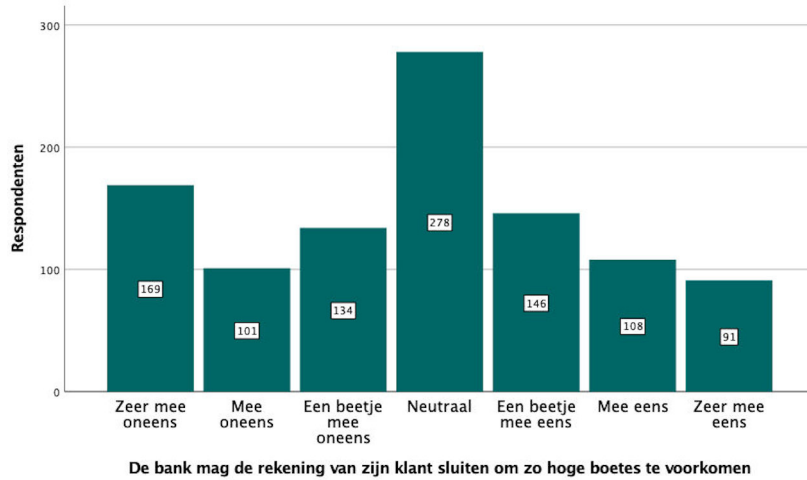
1. De bank mag de rekening van zijn klant sluiten om zo hoge boetes te voorkomen.
2. De bank mag de rekening van zijn klant sluiten om zo hoge boetes te voorkomen, zelfs als de Nederlandse overheid dit verbiedt.
3. De bank mag de rekening van zijn klant alleen sluiten als de mogelijkheid om de rekening vanwege Amerikaanse sancties te sluiten vooraf is afgesproken.
4. De bank mag de rekening van zijn klant sluiten als het land waarin gehandeld wordt internationaal gezien een slechte reputatie heeft.’

Tabel 1 en figuren 1-4 geven een overzicht van de gegeven antwoorden op de vragen over het sluiten van de bankrekening.

Tabel 1 Gegeven antwoorden op de gestelde vragen over het sluiten van de rekening door een bank

	De bank mag de rekening van zijn klant sluiten om zo hoge boetes te voorkomen		De bank mag de rekening van zijn klant sluiten om zo hoge boetes te voorkomen, zelfs als de Nederlandse overheid het verbiedt om de rekening te sluiten.		De bank mag de rekening van zijn klant alleen sluiten als de mogelijkheid om de rekening vanwege Amerikaanse sancties te sluiten, vooraf is afgesproken met die klant		De bank mag de rekening van zijn klant sluiten als het land waarin gehandeld wordt door de klant internationaal gezien een slechte reputatie heeft	
	Frequen- tie	%	Frequen- tie	%	Frequen- tie	%	Frequen- tie	%
Zeer mee oneens	169	16,5	332	32,3	59	5,7	112	10,8
Mee oneens	101	9,8	164	15,9	29	2,8	87	8,4
Een beetje mee oneens	134	13,0	137	13,3	67	6,5	117	11,3
Neutraal	278	27,1	200	19,4	196	19,0	297	28,5
Een beetje mee eens	146	14,2	87	8,5	243	23,5	162	15,7
Mee eens	108	10,5	53	5,2	207	20,1	134	13,0
Zeer mee eens	91	8,9	56	5,4	231	22,4	124	12,0
Totaal	1027		1029		1032		1033	

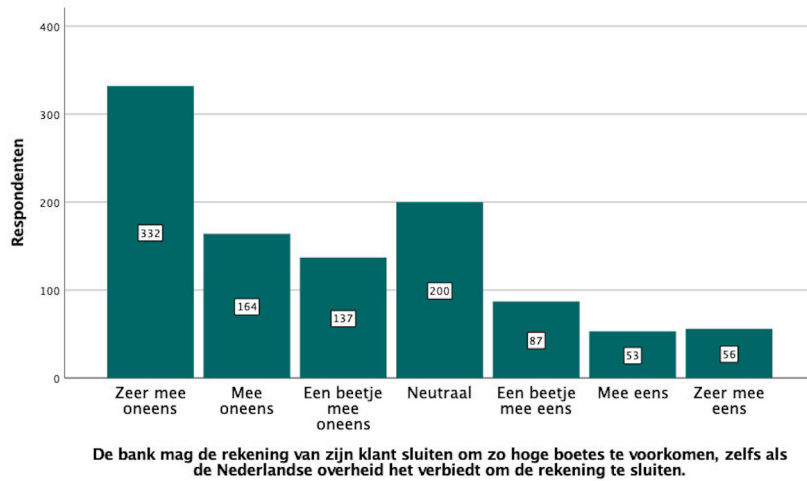
Figuur 1 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 1 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 3.80

Std. = 1.83

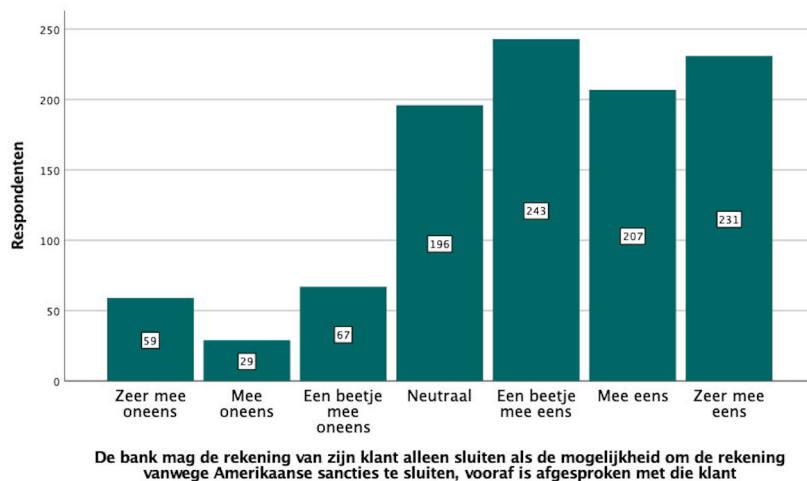
Figuur 2 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 2 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 2.94

Std. = 1.83

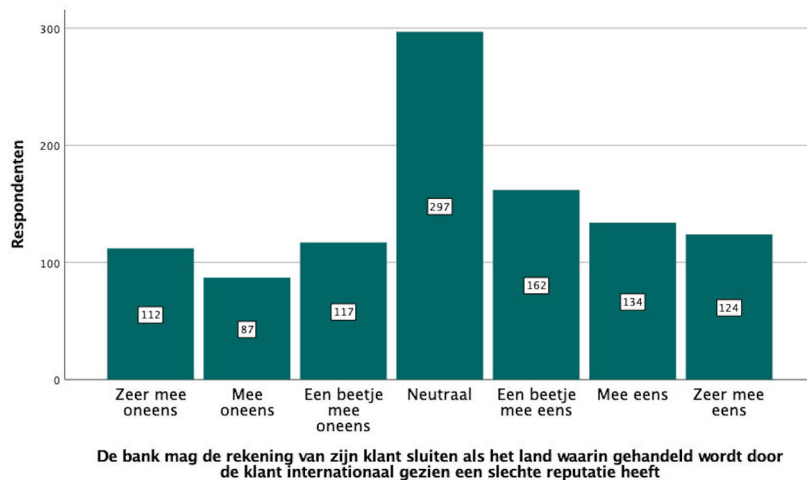
Figuur 3 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 3 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 5.03

Std. = 1.65

Figuur 4 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 4 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 4.17

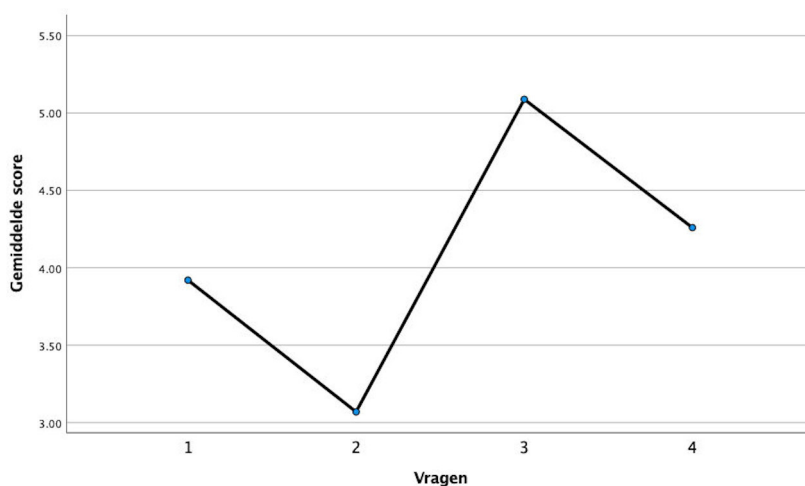
Std. = 1.78

Statistische data-analyse

Een uitgevoerde variantieanalyse laat zien dat deze vragen door de respondenten significant verschillend zijn beantwoord.⁷⁰ Ook de paarsgewijze vergelijking laat zien dat alle vragen onderling significant anders beantwoord zijn.⁷¹ Vervolgens zijn gepaarde t-testen uitgevoerd om meer duidelijkheid te krijgen over de aard van deze verschillen. Vraag 1 is gemiddeld 0.87 punt hoger beantwoord dan vraag 2, 1.23 punt lager dan vraag 3 en 0.37 punt lager dan vraag 4.⁷² Hierbij gaat het tweemaal om een middelmatig effect en eenmaal om een klein effect.⁷³

Vraag 2 is 2.09 punt lager beantwoord dan vraag 3 en 1.24 punt lager dan vraag 4.⁷⁴ De effectgrootte van het verschil tussen vraag 2 en 3 is groot en tussen vraag 2 en 4 middelmatig.⁷⁵ Ten slotte is er nog een significant verschil tussen vraag 3 en 4, waarbij vraag 3 0.85 punt hoger is beantwoord, met een relatief kleine effectgrootte.⁷⁶

Figuur 5 Lijndiagram van de gemiddelde scores op de verschillende vragen



70 One-way repeated measures ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(2.652, 2670.631) = 308.09$, $p < .001$, partial eta squared = .23.

71 Post hoc test met gebruikmaking van de Bonferroni-correctie, $p < .001$.

72 $t(1018) = 16.06$, $p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval .76 tot .97; $t(1018) = -15.89$, $p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -1.38 tot -1.07; $t(1019) = -5.54$, $p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -.50 tot -.24.

73 Cohens d respectievelijk .50, -.50 en -.17.

74 $t(1020) = -26.62$, $p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -2.24 tot -1.93; $t(1021) = -19.05$, $p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -1.37 tot -1.11.

75 Cohens d respectievelijk -.83 en -.60.

76 $t(1025) = 11.79$, $p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval .71 tot .99; Cohens $d = .37$.

5 ANALYSE VAN DE EMPIRISCHE RESULTATEN

De door de respondenten gehanteerde verkeersopvattingen met betrekking tot de impact van economische sancties op bankrelaties lijken min of meer te stroken met de door de rechters gehanteerde verkeersopvattingen. Met andere woorden: wat *rechters* als rechtens juist of redelijk en billijk beschouwen lijkt ook door respondenten als zodanig beschouwd te worden.

Hierna volgt per stelling een vergelijking van de empirische resultaten met de relevante rechterlijke beslissingen.

Stelling 1 luidde: 'De bank mag de rekening van zijn klant sluiten om zo hoge boetes te voorkomen.' Op de 7-punts Likertschaal antwoordden respondenten gemiddeld 3,8. Dat betekent dat respondenten globaal genomen neutraal staan ten opzichte van de stelling, al is er een zeer lichte neiging om het er niet mee eens te zijn. Opvallend is dat er een aanzienlijke antwoordvariatie is. Dat wijst erop dat het antwoord op deze stelling niet vanzelfsprekend is: er bestaan meerdere opvattingen over wat redelijk en billijk is. Dit strookt enigszins met de besproken vonnissen. Sommige voorzieningenrechters houden rekening met de moeilijkheden die de bank kan ondervinden indien de VS sancties oplegt, terwijl andere rechters van oordeel zijn dat blootstelling geen verweer kan zijn. Nu is het wel zo dat casussen in de praktijk complexer en genuanceerder zijn dan de gestileerde casus die voor dit empirische onderzoek werd gebruikt. Een gestileerde casus kan geen rekening houden met de specifieke omstandigheden die in de rechtspraak aan bod komen, zoals bijvoorbeeld de omstandigheid dat de verweerder zelf de blootstelling aan sancties heeft gecreëerd. Indien respondenten toegang hadden gehad tot meer specifieke informatie, was hun antwoord mogelijk anders geweest. Tegelijk is het ook niet ondenkbaar dat respondenten bij het antwoorden van de vragen bepaalde achterliggende feitelijke assumpties hanteerden, hetgeen de grote antwoordvariatie kan verklaren.

Stelling 2 was een variatie op stelling 1: 'De bank mag de rekening van zijn klant sluiten om zo hoge boetes te voorkomen, zelfs als de Nederlandse overheid het verbiedt om de rekening te sluiten.' Op de Likertschaal antwoordden respondenten gemiddeld 2,94. Dat is een duidelijke verschuiving: meer respondenten zijn het *oneens* met deze stelling in vergelijking met stelling 1. Meer respondenten zijn dus van oordeel dat, indien de overheid het sluiten van rekeningen verbiedt, de bank die rekening dan ook daadwerkelijk niet mag sluiten, zelfs als zij zich daarmee blootstelt aan Amerikaanse boetes. Deze opvatting lijkt te stroken met de opvattingen van een aantal rechtbanken, die het bestaan van EU-blokkeringwetgeving een relevante factor achtten bij het beoordelen van de rechtmatigheid van de beëindiging van een contractuele relatie. Interessant is wel dat de rechtbanken dit tot nu toe geen *doorslaggevende* factor vonden. Dit wordt ook weerspiegeld in de antwoorden van een toch aanzienlijk aantal respondenten (bijna 1/5), dat van oordeel was dat de bank

de rekening van de klant *toch* mocht sluiten, in weerwil van een Nederlands verbod ter zake.

Stelling 3 was een toepassing van het *pacta sunt servanda* beginsel en luidde als volgt: ‘De bank mag de rekening van zijn klant alleen sluiten als de mogelijkheid om de rekening vanwege Amerikaanse sancties te sluiten, vooraf is afgesproken met die klant.’ Op de Likertschaal antwoordden respondenten gemiddeld 5,03. Dat betekent dat de grote meerderheid van de respondent het *eens* is met deze stelling. Dit strookt met de opvattingen van de rechters, die zoals eerder aangehaald, het beginsel hanteren dat partijen contractuele afspraken gestand dienen te doen. Zowel rechters als respondenten zijn dus van oordeel dat in het contract opgenomen UHRC-clausules die zich uitstrekken tot Amerikaanse sanctieregeling, kunnen worden ingeroepen om een bankrelatie te beëindigen.

Stelling 4 luidde: ‘De bank mag de rekening van zijn klant sluiten als het land waarin gehandeld wordt internationaal gezien een slechte reputatie heeft.’ Op de Likertschaal antwoordden respondenten gemiddeld 4,17. Dit betekent dat respondenten globaal genomen neutraal staan tegenover de stelling. Voor de rechtbanken is de internationale reputatie van een land geen factor van betekenis bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de beëindiging van een bankrelatie, althans niet uitdrukkelijk. Ook de rechtbanken staan dus neutraal ten aanzien van de internationale reputatie van door de VS gesanctioneerde landen.⁷⁷ Het is wel zo dat de Nederlandse en Europese wetgevende en uitvoerende machten in het verleden protest tegen Amerikaanse extraterritoriale sancties achterwege lieten toen Nederland en de EU zelf slechte relaties met het sanctiedoelwit hadden en eigen sancties (hoewel minder vergaande) hadden opgelegd, bijvoorbeeld ten aanzien van Syrië of Iran voor het sluiten van de *Joint and Comprehensive Plan of Action* in 2015. Dat kan verklaren waarom 4 op de 10 respondenten het toch eens zijn met de stelling dat de bank de rekening van zijn klant mag sluiten bij slechte reputatie van het Amerikaanse sanctiedoelwit.

6 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

Deze bijdrage ging na in hoeverre contracterende partijen zich kunnen beroepen op mogelijke blootstelling aan Amerikaanse sanctiewetgeving om onder hun contractuele verplichtingen krachtens het privaatrecht uit te komen. Een aantal recente vonnissen van Nederlandse rechters over deze kwestie werden besproken, waarbij de nadruk lag op de

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld het vonnis van de voorzieningenrechter Zutphen (zoals besproken in paragraaf 2.2), dat betrekking had op export naar Syrië, dat onmiskenbaar een slechte internationale reputatie heeft en zelf het voorwerp is van (minder vergaande) EU-sancties. Zie echter ook het vonnis van de voorzieningenrechter Amsterdam (Rb. Amsterdam (KG) 18 oktober 2017, C/13/634420/KG ZA 17-966 A B/DP, besproken in paragraaf 3.2), dat *mogelijk* gebaseerd was op de slechte reputatie van Syrië (zie de analyse in die paragraaf).

door de rechters gehanteerde assumpties over wat in het maatschappelijk verkeer als redelijk en billijk wordt beschouwd. Deze assumpties werden vervolgens empirisch getoetst aan de hand van een aan respondenten voorgelegde vragenlijst. De vragenlijst had specifiek betrekking op het voor respondenten wellicht iets meer herkenbare scenario van de beëindiging van een bankrelatie. Echter zijn de vrij algemeen geformuleerde vragen evenzeer relevant voor het scenario van levering van goederen en diensten. In beide scenario's staat het beroep van een contracterende partij op overmacht in de context van de dreiging van Amerikaanse sancties centraal.

Vier stellingen over de rechtmatigheid van de beëindiging van een bankrelatie door een handelsbank, ingegeven door de dreiging van Amerikaanse sancties, werden aan respondenten voorgelegd. Vervolgens werden hun antwoorden vergeleken met de besproken rechterlijke uitspraken. Het doel was na te gaan of de rechterlijke opvattingen over redelijkheid en billijkheid stroken met de maatschappelijke opvattingen. De uitkomst van het onderzoek is dat de maatschappelijke opvattingen globaal gezien inderdaad stroken met de rechterlijke opvattingen ter zake. De assumpties die de rechters op dit vlak hanteren aangaande wat in het maatschappelijk verkeer als redelijk en billijk geldt, lijken derhalve de empirische toets te doorstaan.



6 OVER HET ‘NORMAAL MAATSCHAPPELIJKE RISICO’ OF ‘NORMALE BEDRIJFSRISICO’ BIJ SCHADE DOOR POLITIE-INVALLEN

*Ivo Giesen en Emanuel van Dongen**

1 INTRODUCTIE

In deze bijdrage staat de zaak *Staat/Wherestad* centraal. Daarin lag de vraag voor of de schade aan twee woningen van verhuurder Wherestad, veroorzaakt door strafvorderlijk optreden door de politie, buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico van die verhuurder viel.¹ We bespreken deze zaak niet primair om daar vanuit juridisch-doctrinair perspectief kanttekeningen bij te plaatsen, maar wel om de centrale overwegingen van de Hoge Raad, en de feitenrechters, in die uitspraak aan een nader juridisch-empirisch onderzoek te onderwerpen en daarover te berichten. De Hoge Raad benut in zijn redenering een maatschappelijke opvatting als bouwsteen voor zijn juridisch oordeel zonder daarbij die maatschappelijke opvatting ook nog empirisch te funderen. Voordat we echter daartoe zullen overgaan, zal eerst kort het probleem worden geschetst en zullen de cruciale rechtsoverwegingen worden weergegeven.

De zaak gaat dus over (rechtmatige) politie-invallen in twee huurwoningen. De Staat diende de daarbij aan voordeur en keukens toegebrachte schade, die enkele duizenden euro's bedroeg, te vergoeden, aldus het Hof Amsterdam, want deze schade behoorde niet tot 'het normale maatschappelijke risico' of het 'normale bedrijfsrisico' van de verhuurder. Het Hof zegt het zo:

‘4.6 Thans ligt ter beantwoording de vraag voor of de schade aan de voordeuren en keukens veroorzaakt door het strafvorderlijk optreden buiten het normale

* Ivo Giesen is als hoogleeraar privaatrecht verbonden aan Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) en Hoofd van het Departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht. Emanuel van Dongen is als universitair docent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Ucall, het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing en het onderzoekscluster Empirical Research into Institutions for conflict resolution (ERI) van de Universiteit Utrecht.

1 HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708; NJ 2010/95 m.nt. Du Perron (*Staat/Wherestad*).

maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico van Wherestad valt. Bij de beantwoording van die vraag dient rekening te worden gehouden met alle van belang zijnde omstandigheden.

4.7 In dat kader is het volgende relevant:

1. onder normaal maatschappelijk risico of normaal bedrijfsrisico valt niet zonder meer schade aan zaken als gevolg van strafvorderlijk optreden tegen een ander dan de eigenaar van de beschadigde zaken (HR 17-9-2004, NJ 2005, 392);
2. het strafvorderlijk optreden was niet gericht tegen Wherestad maar tegen twee van haar huurders op wier handelen Wherestad buiten het gehuurde geen invloed kan uitoefenen;
3. Wherestad was niet betrokken bij en/of op de hoogte van het – volgens de Staat – strafbaar handelen van haar huurders;
4. Wherestad heeft geen schadebeperkende maatregelen kunnen treffen aangezien zij pas na het strafvorderlijk optreden daarvan op de hoogte is gesteld;
5. Wherestad treedt als sociale verhuurder op in de regio Purmerend. Zij is niet uit op economisch gewin maar dient een maatschappelijk doel: zij realiseert woonruimte voor minder draagkrachtigen;
6. de schade bedraagt € 2.783,01.

4.8 Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat op grond van deze omstandigheden geoordeeld moet worden dat de ten processe bedoelde schade aan voordeuren en keukens van de door Wherestad aan S. en R. verhuurde woningen als gevolg van het strafvorderlijk optreden niet valt onder het normale maatschappelijke of normale bedrijfsrisico van Wherestad.

Het betreft immers schade ter hoogte van enkele duizenden Euro's die door een sociale verhuurder die niet uit is op economisch gewin – onder deze omstandigheden derhalve geen geringe schade -, geleden is als gevolg van strafvorderlijk optreden tegen twee van haar huurders van wier strafrechtelijk handelen zij niet op de hoogte was en waarop zij ook geen invloed kon uitoefenen, terwijl deze verhuurder van het strafvorderlijk optreden pas op de hoogte werd gesteld nadat het was uitgevoerd, waardoor zij niet in de gelegenheid was schadebeperkende maatregelen te treffen.²

² Gerechtshof Amsterdam 24 april 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD2359.

De Hoge Raad bepaalde vervolgens in antwoord op het cassatiemiddel van de Staat:

'3.3 Onderdeel 1³ bestrijdt het oordeel van het hof dat de onderhavige schade niet behoort tot het normale maatschappelijke risico of normale bedrijfsrisico van Wherestad. Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld omdat dit oordeel niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en toereikend is gemotiveerd. De omstandigheid dat Wherestad een grootschalige bedrijfsmatige verhuurder is, behoefde het hof geenszins van zijn oordeel te weerhouden, eens te minder nu het hof, niet onbegrijpelijk, van oordeel was dat het hier geen geringe schade betrof.⁴

Aldus blijkt dat de invulling die het hof in dit geval aan de norm van het 'normale maatschappelijke risico' of 'het normale bedrijfsrisico' heeft gegeven, niet onjuist was, en op zijn minst toereikend is onderbouwd. Of de Hoge Raad zelf in deze zaak op identieke wijze zou hebben beslist, weten we daarmee overigens nog niet, maar deze invulling van wat dat 'normale maatschappelijke risico' is, of zou kunnen zijn, wijkt in elk geval niet al te zeer af van wat de hoogste rechter daaronder verstaat. Het oordeel is overigens ook in lijn met de overige rechtspraak van de Hoge Raad, zoals we nog zullen zien.⁵

Waar het ons in het vervolg van deze bijdrage om te doen is, is niet zozeer om de juridische merites achter de invulling die de Hoge Raad geeft aan de term 'normale maatschappelijke risico' nader te bepalen,⁶ maar veeleer om te onderzoeken of de inhoud van deze

3 In het eerste cassatiemiddel werd gesteld dat de schade behoorde tot haar normale maatschappelijke of normale bedrijfsrisico als bedrijfsmatig verhuurder die op grote schaal woningen verhuurt; voor de betrokkene moet als bedrijfsmatig verhuurder die op grote schaal woningen verhuurt objectief voorzienbaar worden geacht dat eventueel strafvorderlijke optreden tegen een huurder in een voorkomend geval voor haar tot beperkte schade als het onderhavige kan leiden. Het is immers eigen aan deze economische activiteit dat de grootschalige bedrijfsmatige verhuurder geconfronteerd kan worden met de gevolgen van eventueel strafvorderlijk optreden jegens haar huurders. Gegeven dit laatste behoort de schade in elk geval tot het normale maatschappelijke of normale bedrijfsrisico van betrokkene.

4 HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708; NJ 2010/95 m.nt. Du Perron, r.o. 3.3.

5 Na het oordeel dat de Staat op zichzelf schadeplichtig is, kan nog de vraag opkomen of er plaats is voor een eigen schuld-verweer van de Staat. Daarentrent werd in 2017 beslist dat de omstandigheden die aan de verdachte/huurder worden toegerekend niet via art. 6:101 lid 2 BW alsnog aan de verhuurder kunnen worden toegerekend (er vindt dus geen zogenaamde 'vereenzelviging' plaats van huurder en verhuurder) in het geschil van de verhuurder met de Staat; genoemd artikellid blijft buiten toepassing, aldus de Hoge Raad. Zie HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2789; AB 2017/420 m.nt. Tjepkema; NJ 2018/179 m.nt. J. Spier (*Drugsvangst*). Met dat arrest kwam de Hoge Raad overigens expliciet terug van de lijn die op dit punt (eigen schuld) in ons arrest *Staat/Wherestad* was ingezet, in r.o. 3.5. We gaan in deze bijdrage verder voorbij aan dit interessante punt van geschil en verdere rechtsontwikkeling.

6 In 2008 is een voorontwerp van de *Wet schadecompensatie strafrechtelijke overheidsop treden* gepubliceerd. Toekenning van compensatie volgens deze regeling zou mogelijk zijn als de betrokkene (ook een derde) onevenredig is getroffen en de schade uitgaat boven het maatschappelijke risico. Omtrent dit voorontwerp is nadien niets meer vernomen; zie G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b) 2016, nr. 39a. In de grote wetgevingsoperatie 'Modernisering Strafvordering' die momenteel nog loopt, is

maatschappelijke opvatting (te weten: het ‘normale maatschappelijke of bedrijfsrisico’⁷), zoals nader ingekleurd door het hof in deze kwestie, door middel van empirisch onderzoek verder onderbouwd kan worden. We gaan dat doen door na te gaan en uit te vragen wat de opvatting is van ‘de maatschappij’ over normaal maatschappelijk risico, en ook of dat dan strookt met de invulling die het hof (en de Hoge Raad, door niet in te grijpen) daaraan gegeven hebben. Dat is dan ook de centrale vraag van deze bijdrage.

Deze vraag onderzoeken wij hierna door eerst de juridische betekenis van het door de Hoge Raad ingevulde ‘normale maatschappelijke of bedrijfsrisico’ nader te bekijken (par. 2), vervolgens na te gaan wat er hierover eventueel al bekend is uit eerder empirisch onderzoek (par. 3), en daarna verslag te doen van de uitkomsten van het vragenlijstonderzoek dat mede is uitgezet om onze vraag te beantwoorden (par. 4). Een verdere analyse van die uitkomsten en de relevantie daarvan voor het aansprakelijkheidsrecht, besluit deze bijdrage (par. 5).

Daartoe getriggerd door de hiervoor aangehaalde uitspraak van het hof, zoals in stand gelaten door de Hoge Raad, luidt onze hypothese voor deze bijdrage als volgt:

‘Het wordt naar maatschappelijke opvattingen redelijk geacht dat de Staat de schade draagt die aan derden (buitenstaanders) wordt toegebracht bij een politie-inval in het kader van een strafvorderlijk opsporingsonderzoek.’

In deze bijdrage onderzoeken wij, als gezegd, of deze hypothese ‘klopt’, of deze maatschappelijke opvatting inderdaad ook terug te vinden is in die maatschappij, en niet alleen als een opvatting die binnen het juridische (of: civielrechtelijke) domein heersend is. Alvorens we daartoe specifiek overgaan, is het echter goed om nog enige (juridische) context te schetsen. Dat gebeurt hierna.

ook deze kwestie meegenomen. Specifiek voor de gevallen waar het in deze bijdrage over gaat, verwijzen wij naar artikel 6.6.5 conceptwetsvoorstel Wetboek van Strafvordering (Ambtelijke versie juli 2020). Lid 1 daarvan luidt: ‘Na rechtmatig strafvorderlijk optreden kan schadevergoeding uitsluitend worden toegekend indien en voor zover daartoe, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn.’ Op grond van artikel 6.6.1 lid 1 van dit concept gaat het dan overigens om verzoeken tot 25.000 Euro; daarboven is de civiele rechter alsnog gewoon aan zet. Het zou dus kunnen dat het belang van de norm van het ‘normaal maatschappelijke risico’ in de toekomst (sterk) afnemen zal, voor de kleinere (<25.000 Euro) schadevorderingen, maar dat is nu nog niet helemaal duidelijk. Op p. 1054 van de voorlopige wetgeschiedenis bij het conceptwetsvoorstel (zie www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/nieuwe-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-memorie-van-toelichting-wetboek-van-strafvordering) wordt de link naar de huidige rechtspraak gelegd en tevens aangegeven dat als er onevenredig nadeel is (d.w.z. als de schade dus voorbij gaat aan wat het normaal maatschappelijke risico omvat), er waarschijnlijk ook wel billijkheidsgronden aanwezig zijn voor een vergoeding.

7 Het hof en de Hoge Raad zeggen niet expliciet dat ‘een normaal maatschappelijk risico’ verwijst naar ‘een maatschappelijke opvatting’. Dat het normaal maatschappelijk risico afhangt van hoe er in de maatschappij daarover gedacht wordt, ligt echter in die term besloten.

6 OVER HET ‘NORMAAL MAATSCHAPPELIJKE RISICO’ OF ‘NORMALE BEDRIJFSRISICO’ BIJ
SCHADE DOOR POLITIE-INVALLEN

2 DE JURIDISCHE BETEKENIS VAN HET ‘NORMALE MAATSCHAPPELIJKE RISICO’
OF ‘HET BEDRIJFSRISICO’

Het gaat in deze materie om schade die – soms betrekkelijk onvermijdelijk – wordt toegebracht bij politie-inalven. Op zoek naar een verdachte of bewijs tegen een verdachte, kan de politie, in overeenstemming met de regels van het Wetboek van Strafvordering en dus rechtmatig, een huiszoeking verrichten. Daarbij wordt vaak de deur open gebeukt (om het verrassingseffect niet te verliezen) en wordt er ook anderszins schade veroorzaakt. Soms wordt die schade niet toegebracht aan de (gewezen) verdachte, maar gaat het om (dan onevenredig) nadeel voor een buitenstaander, een derde. Zoals, net als in de zaak *Staat/Wherestad*, de verhuurder van de woning van de verdachte. Het vervolg van deze bijdrage concentreert zich dan ook op de vergoeding van de schade toegebracht aan de belangen van deze buitenstaander (‘derde’).

In de zaak *Staat/Lavrijsen*⁸ werd door de Hoge Raad bepaald dat als in het kader van een rechtmatige huiszoeking – indien aan de wettelijke voorwaarden voor de bevoegdheidsuitoefening is voldaan – een derde (in dit geval de huurder) schade oploopt, het enkele feit dat een huiszoeking rechtmatig is, niet in de weg staat aan het oordeel dat de daarbij toegebrachte schade onrechtmatig is. Onder omstandigheden bestaat aldus een recht op schadevergoeding. Het gaat in deze gevallen om aansprakelijkheid voor een zogenoemde ‘rechtmatige daad’.⁹ De Hoge Raag overwoog:

‘Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige, – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (...). Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zich zelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffen onrechtmatig is.’¹⁰

8 HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 m.nt. M. Scheltema; AB 2001/412 m.nt. Drupsteen (*Staat/Lavrijsen*).

9 Zie Asser/*Sieburgh* 6-IV 2019/345-346.

10 HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615, r.o. 3.8. Zie ook A-G Spier, conclusie voor HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708; NJ 2010/95 m.nt. Du Perron (*Staat/Wherestad*). Het arrest *Staat/Lavrijsen* heeft geleid tot vele rechtsgeleerde beschouwingen en commentaren, zie voor nu slechts bijv. M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (R&P nr. SB1) 2010, p. 230-248.

Conform het (ongeschreven) gelijkheidsbeginsel behoren burgers en bedrijven gelijk te zijn als het gaat om het dragen van openbare lasten (*l'égalité devant les charges publiques*).¹¹ Als een overheidsmaatregel die in het publieke belang genomen is (en rechtmatig is), een groep burgers of bedrijven onevenredig treft, en deze schade niet behoort tot het normale maatschappelijk risico dat eenieder zelf te dragen heeft (d.w.z. het stijgt daarboven uit),¹² bestaat er op grond van deze schending van het gelijkheidsbeginsel een recht op schadevergoeding.¹³ Deze aansprakelijkheid vindt dus zijn grondslag in het zojuist genoemde *égalité*-beginsel. De relevante (rechts)feiten activeren de *égalité*-norm en dit leidt tot het intreden van een specifiek rechtsgevolg, namelijk het ontstaan van een schuld van de overheid tot betaling van nadeelcompensatie aan de betrokkene (een compensatieverbin-tenis).¹⁴ Formeel wordt de procedure bij de civiele rechter echter ingeleid op grond van art. 6:162 BW, de onrechtmatige daad.

Een zeer bekend voorbeeld van een schending van dit *égalité*-beginsel bevindt zich buiten het terrein van strafvorderlijk optreden, en betreft de zaak over het verbod tot gebruik van voedsel- en slachtafval ('swill') na het uitbreken van de Afrikaanse varkenspest. Een dergelijk plots opgelegd, drastisch verbod behoorde volgens de Hoge Raad niet tot het normale maatschappelijke of bedrijfsrisico dat voor rekening van de ondernemer behoorde te blijven.¹⁵ De schade moet bovendien een bepaalde groep *in onevenredige mate* hebben getroffen, de schade diende voor die specifieke groep niet te behoren tot de normale bedrijfsrisico's.¹⁶ In het *égalité*-beginsel ligt daarmee ook *een vergelijking met anderen* verscholen. Het gaat dan zowel om de vraag in hoeverre de getroffene zich onderscheidt

-
- 11 Voor het eerst aanvaard als grond voor aansprakelijkheid door de civiele rechter in HR 18 januari 1991, *NJ* 1992/638 m.nt. C.J.H. Brunner (*Leffers/Staat*).
- 12 Anders ABRvS 28 mei 2014, *AB* 2015/282, m.nt. Tjepkema; in dit geval werd de sluiting van een drugspand op grond van art. 13b Opiumwet geacht voor risico van de verhuurder te komen, nu hij kan kiezen aan wie hij verhuurt en zich van het gebruik van het verhuurde op de hoogte kan stellen. Tjepkema noemt het contracteren met ongure partijen, zoals een exploitant van een lokaal waar harddrugs werd gehandeld, als eigen handelen waarmee burgers zich bewust in een risicovolle situatie begeven en aldus de kans op het ontstaan vergroten – hiermee zich kwetsbaarder makend voor schadeveroorzakend overheidsingrijpen. Zie M.K.G. Tjepkema, 'Het normaal maatschappelijk risico: de allesreiniger van het nadeelcompensatierecht?', in: T.W. Franssen et al (red.), *Op het grensvlak. Opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels*, Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 119, die stelt dat een relatie met de objectieve voorzienbaarheid, een belangrijk gezichtspunt bij normaal maatschappelijk risico, dan snel gelegd is.
- 13 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, 3e druk, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 433. Zie ook HR 19 juli 2019, *RvdW* 2019/914; *AB* 2019/519 met annotatie van C.N.J. Kortmann (*Gaswinning Groningen*).
- 14 R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het *égalité*beginsel: chaos of *ius commune*? (II)', *Gst.* 2002-7161, 1.
- 15 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992/638 m.nt. C.J.H. Brunner (*Leffers/Staat*).
- 16 HR 3 april 1998, *NJ* 1998/726. In een ander geval werd echter geoordeeld dat het risico wel viel onder de normale maatschappelijke of bedrijfsrisico's, namelijk daar waar het ging om de schade als gevolg van een importverbod van Brits rundvlees als gevolg van de gekke koeien-ziekte (BSE), zie HR 20 juni 2003, *NJ* 2005/189 m.nt. M.R. Mok (*Staat/Harrida*). Blijkbaar zijn bij handelen in dierlijke producten, de daaraan gerelateerde risico's van ziekten, en in dat verband te nemen overheidsmaatregelen, wel voorzienbaar, aldus Van Dam 2020, p. 435.

van de referentiegroep (speciale last), als om een vergelijking met hetgeen het normaal maatschappelijk risico zou vergen (abnormale last). Dat laatste vereist onder meer dat de getroffene zich qua schade(s) dient te onderscheiden van de schade die burgers gemiddeld genomen van rechtmatig overheidshandelen (kunnen) ondervinden. Die grens kan voor ondernemers hoger liggen dan voor burgers. De omstandigheden van het geval spelen daarbij een grote rol.¹⁷

Of een bepaalde schade buiten het normale maatschappelijke risico of bedrijfsrisico valt, moet dus worden beantwoord met inachtneming van *alle van belang zijnde omstandigheden van het geval*. Uit het *Huiszoeking*-arrest¹⁸ blijkt welke gezichtspunten er bij de bepaling van wat het normale maatschappelijke risico inhoudt, van belang zijn:

‘de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende belang alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade’.

Het normaal maatschappelijk risico wordt aldus gepresenteerd als ‘een vindplaats van gezichtspunten en argumenten, die elkaar afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval soms versterken en soms verzwakken’.¹⁹ Voor zover het gaat om strafvorderlijk optreden waarvan de gevolgen een ander dan de verdachte treffen, kan volgens de Hoge Raad als uitgangspunt worden gehanteerd dat

‘in het algemeen enig ongemak of gering tijdverlies niet als onevenredig kan worden aangemerkt en dat men dit zal moeten aanvaarden als vallend binnen het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico, maar dat dit niet zonder meer zal kunnen worden gezegd indien zaken van die ander als gevolg van dit optreden worden beschadigd’.²⁰

17 G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht* 2016, nr. 35b. Uit het arrest van het Hof (Gerechtshof Amsterdam 24 april 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD2359, r.o. 4.8) in de zaak *Wherestad* kan worden afgeleid dat het onredelijk is om schade ten gevolge van strafvorderlijk optreden voor rekening van de burger te laten komen als hij geen schuld droeg aan het ontstaan daarvan, hij zelf geen voorwerp was van dat optreden, hij dit dus niet kon voorzien en daartegen dus ook geen schadebeperkende maatregelen kon treffen, aldus M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (R&P nr. SB1) 2010/5.4.2.3, die zich daarbij afvraagt wat het normaal maatschappelijk risico nog als drempel voor schadevergoedingsclaims te betekenen heeft.

18 HR 17 september 2004, NJ 2005/392 m.nt. J.B.M. Vranken; AB 2006/41 m.nt. B.P.M. van Ravels (*Huiszoeking*).

19 B.P.M. van Ravels, noot bij HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887; NJ 2005/392 m.nt. J.B.M. Vranken; AB 2006/41 m.nt. B.P.M. van Ravels (*Huiszoeking*).

20 HR 17 september 2004, NJ 2005/392 m.nt. J.B.M. Vranken; AB 2006/41 m.nt. B.P.M. van Ravels (*Huiszoeking*).

In het *Huiszoeking*-arrest behoorde een gesneuvelde ruit volgens het hof niet tot het maatschappelijk risico van de derde.²¹ Dat zou anders geweest zijn als die derde op enigerlei wijze betrokken was geweest bij het strafbare feit waarop de doorzoeking betrekking had, of indien hij wist of behoorde te weten of te vermoeden dat zijn woning voor strafbare feiten werd gebruikt. Het hof vermeldt ook dat een gedeeltelijke toerekening aan een derde wel in aanmerking kan komen in het geval dat die derde in een zodanige verhouding tot de verdachte staat dat hij zich, wat de doorzoeking betreft, onderscheidt van willekeurige andere derden. Dat is het geval bij een familierelatie of affectieve relatie: over en weer draagt men dan het risico dat de ander als verdachte wordt aangemerkt en dat huiszoeking wordt gedaan, waarbij zij schade lijden.²² Een voorbeeld van een zaak waarin dat leidde tot het voor eigen risico komen van de schade, is de zaak *X/Politieregio Brabant Zuid-Oost*. In deze zaak had een arrestatieteam onder meer het rolluik vóór de voordeur en de voordeur geforceerd met behulp van explosieven. X woonde samen met en had een langdurige, affectieve relatie met Y. Y hield zich bezig met strafbare feiten. Volgens het hof moest X dat hebben geweten. De schade diende daarom volledig voor rekening van X te komen.²³

Tjepkema stelt – niettegenstaande de nadruk in het voorgaande op ‘alle omstandigheden van het geval’ – dat feitelijk enkel de omvang van de schade een factor kan zijn die met zich brengt dat de schade tot het normale maatschappelijke risico behoort (‘enig ongemak of gering tijdverlies’).²⁴ Onder ‘enig ongemak’ viel de schade in de zaak *X/Politie (regionale eenheid Amsterdam)*: het in beslag genomen zijn van de auto, gedurende 10 weken, in verband met de opsporing (sporenonderzoek en de opnames voor het televisieprogramma

-
- 21 Men dient in het verband van door strafvorderlijk optreden toegebrachte schade een onderscheid te maken tussen nodeloze (onnodige) schade en inherente schade, i.e. schade die noodzakelijk is voor een doelmatige huiszoeking. Aldus PG Langemeijer, conclusie voor HR 30 maart 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB0801, sub 2.6. ‘Onnodig’ wordt door Langemeijer en Vranken gelijkgesteld met onrechtmatig toegebrachte schade; ‘inherent’ is dan de schade die ook bij een zorgvuldige huiszoeking soms onvermijdelijk is. Zie J.B.M. Vranken, noot bij HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887; NJ 2005/392; AB 2006/41 m.nt. B.P.M. van Ravels (*Huiszoeking*). Tjepkema leest het arrest zo dat de Hoge Raad ook ruimte ziet voor toepassing van het *égalité*-beginsel bij onnodige schade die rechtmatig is toegebracht, zie M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (R&P nr. SB1) 2010/5.4.2.1.
- 22 Zie ook H.J.B. Sackers, *Wet Wapens en Munitie* (SSR nr. 42) 2020/12.4. Het spreekt in een dergelijke relatie tussen volwassenen echter niet vanzelf om het gezamenlijk gebruik van een huis aan regels te onderwerpen en die ook te kunnen controleren en handhaven. Zie ook HR 13 september 2013, NJ 2014/467 m.nt. Vranken; AB 2013/393, m.nt. F.J. van Ommeren (*Miskraam*), waarin wordt geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de benadeelden levenspartner en inwonend kind van verdachte zijn, dan wel tussen hen en verdachte een intieme band bestaat, niet rechtvaardigt dat er geen recht op schadevergoeding bestaat. Ook in zo’n geval zal de aansprakelijkheid moeten worden beoordeeld aan de hand van de algemene maatstaf van HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392 m.nt. J.B.M. Vranken; AB 2006/41 m.nt. B.P.M. van Ravels (*Huiszoeking*).
- 23 Hof Den Bosch 13 april 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM1456.
- 24 Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (R&P nr. SB1) 2010/5.4.2.3; zie HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887; NJ 2005/392 m.nt. J.B.M. Vranken; AB 2006/41 m.nt. B.P.M. van Ravels (*Huiszoeking*).

'Opsporing Verzocht'), van de partner van degene die doodgeschoten was en die in de auto had gereden naar de plaats des onheils. Tot schadevergoeding (in dit geval kosten voor vervangend vervoer en reiniging van de auto) achtte de Politie zich niet gehouden, omdat de onderhavige schade, gelet op alle omstandigheden van het geval, *binnen het normale maatschappelijke risico* zou vallen. Het hof ging daarin mee en stelde vervolgens dat de schade 'in wezen het niveau van enig ongemak niet overstijgt'.²⁵ Mogelijk is, in lijn met hetgeen Schlössels opwerpt, de rechtspraak van mening dat iedere burger in een democratische rechtsstaat, als lid van de politieke gemeenschap, tot op zekere hoogte de nadelen van justitiële opsporing (zelf) heeft te dragen.²⁶ In paragraaf 4 gaan wij in iets breder verband na of de burger het nu wel of niet redelijk vindt dat de Staat de schade van strafvorderlijk optreden dient te betalen.

3 WAT IS ER AL BEKEND?

De stelling van de Staat dat de overheid niet aansprakelijk is, omdat de schade behoort tot het normaal maatschappelijke risico of het bedrijfsrisico, past volgens A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest-*Wherestad*, bij het 'kennelijk aanwezige beleid' van het Parket-Generaal. Hij verwijst naar het WODC-rapport *Vergoeding van schade ten gevolge van rechtmatig en onrechtmatig overheidsoptreden* uit 2008, waarin staat dat het Parket-Generaal (het gaat dus niet om de opvatting van 'de Nederlander') in het geval van bedrijfsmatige verhuurders van woningen, de geclaimde schade als gevolg van binnentreden en/of doorzoeking kwalificeert als vallend onder 'het normale bedrijfsrisico'.²⁷

Daar staat echter tegenover dat via de website van de politie een formulier te vinden is dat het voor benadeelden, indien zij door toedoen van de politie schade hebben geleden, mogelijk maakt om een schadeclaim in te dienen.²⁸ Mogelijk duidt het bestaan van zo'n formulier erop dat er een zekere behoefte is aan een vlotte en gestandaardiseerde afwikkeling en dus dat dergelijke schades vaak of vaker voorkomen. Dat beeld wordt bevestigd door een bericht van *RTL Nieuws* dat de politie over de periode 2013 tot en met halverwege

25 Zie Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:639, waarin het hof overwoog dat appellante enige maanden niet de beschikking had gehad over haar auto, maar niet is gesteld of gebleken dat zij van het gebruik van een auto afhankelijk is in een mate die maakt dat het missen van haar auto als een financieel nadeel kan worden beschouwd. Ook stelde het hof dat de auto verontreinigd is geraakt, maar slechts op een wijze die, naar de Politie heeft gesteld en appellante niet voldoende gemotiveerd heeft bestreden, te verhelpen was met een eenvoudige wasbeurt.

26 R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het égalitébeginsel: chaos of ius commune? (II)', *Gst.* 2002-7161, p. 152-157.

27 A-G Spier, conclusie voor HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708; *NJ* 2010/95 m.nt. Du Perron (*Staat/Wherestad*), nr. 2, verwijzend naar A.G. Mein, L.F. Drost & L. Balogh, *Vergoeding van schade ten gevolge van rechtmatig en onrechtmatig overheidsoptreden. Een beeld van de praktijk*, Den Haag 2008, p. 37.

28 www.politie.nl/contact/schadeclaim.html?sid=8721693d-4231-445e-8840-83fe2880e5bb.

2017 bijna 2500 grotere schadeclaims heeft ontvangen, en dat de verzekeraar van de politie sinds 2013 gemiddeld meer dan een miljoen euro per jaar uitkeerde.²⁹

Dit alles is echter anekdotisch (en indirect) bewijs ‘at best’. Voor zover wij hebben kunnen nagaan, is de hier centraal staande maatschappelijke opvatting nog niet eerder empirisch onderzocht, zodat we ook niet kunnen rapporteren wat de belangrijkste inzichten uit dergelijk onderzoek zijn. Ook verdere theorievorming over deze maatschappelijke opvatting als zodanig ontbreekt, voor zover wij weten.³⁰ Het kennisgebrek is hier dus alom, en in grote mate, aanwezig. Het werd dan ook hoog tijd om zelf enige data te verzamelen. Daarover handelt paragraaf 4 van deze bijdrage.

4 HOE DENKT DE BURGER OVER DE MAATSCHAPPELIJKE OPVATTING DAT HET REDELIJK IS DAT DE STAAT DE SCHADE VAN STRAFVORDERLIJK OPTREDEN BETAALT?

In deze vierde paragraaf staat centraal hoe de Nederlandse maatschappij, in deze ‘vertegenwoordigt’ door 1058 respondenten uit een representatieve steekproef onder de Nederlandse bevolking (en dus niet enkel juristen), denkt over de vraag of het redelijk is dat de Staat de schade van strafvorderlijk optreden betaalt. Wat is de, althans hun, maatschappelijke opvatting nu daadwerkelijk?

Onze hypothese, en ook de waarschijnlijke hypothese van de Hoge Raad, gezien zijn overwegingen, is zoals gezegd dat het ‘naar maatschappelijke opvattingen redelijk wordt geacht dat de Staat de schade draagt die aan derden (buitenstaanders) wordt toegebracht bij een politie-inval in het kader van een strafvorderlijk opsporingsonderzoek’. Gegeven die hypothese, luidde onze stelling voor de door de projectgroep van deze bundel uitgezette vragenlijst als volgt:

‘De schade die door de politie aan de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht, moet betaald worden door de overheid. (1)’

Zoals te lezen valt, is deze vraag gesteld in taalgebruik dat zoveel mogelijk is aangepast aan de leken die wij via de vragenlijst zouden gaan benaderden. Zo omzeilden wij bijvoorbeeld termen als ‘derden’ om de sociale verhuurder te duiden.³¹

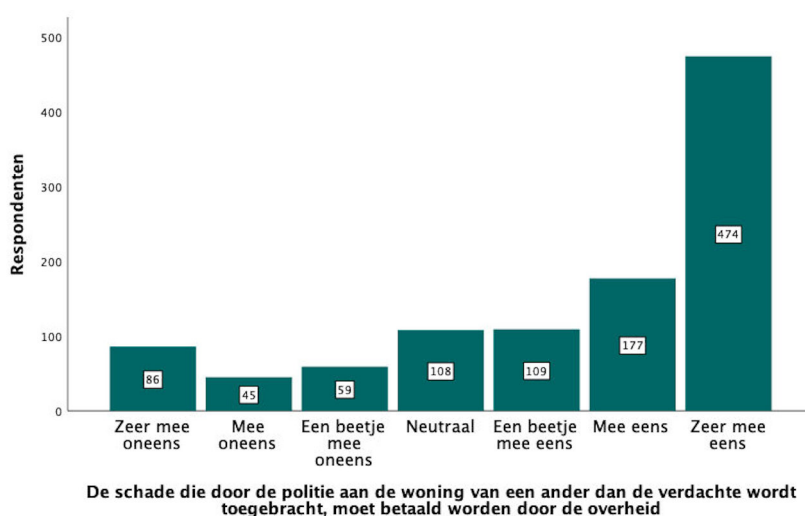
²⁹ www.rtlnieuws.nl/nieuws/nederland/artikel/4185031/politie-miljoenen-kwijt-aan-schadeclaims.

³⁰ Er is uiteraard wel de nodige literatuur uit juridische hoek over het leerstuk dat hier centraal staat en waarin deze problematiek juridisch geduid wordt. Maar naast die juridische theorievorming (waarover eerder al par. 2 van deze bijdrage) is er geen verdere duiding te vinden.

³¹ Die stelling werd voorafgegaan door een korte introductie. Deze luidde: ‘Wanneer de politie een inval doet in een woning kan er schade ontstaan (bijvoorbeeld omdat de voordeur ingetrapt wordt). Omdat de verdachte

Deze vraag is samen met de andere vragen uit de overige bijdragen aan deze bundel uitgezet en is vervolgens door de 1058 respondenten beantwoord op een 7-punts Likert-schaal.³² Uit de antwoorden op de eerste stelling, blijkt dat de opvatting zoals hof en de Hoge Raad die benut hebben in het besproken arrest, gemiddeld in dezelfde lijn wordt beoordeeld (Gem. = 5.39; STD = 1.95) en volgens de meerderheid van de respondenten juist is. Slechts een beperkt aantal respondenten was het duidelijk oneens met de stelling. Het oordeel van respondenten over de maatschappelijke opvatting is daarmee relatief eenduidig en in lijn met de rechtspraak. Zie figuur 1 voor de exacte frequenties per antwoordmogelijkheid.

Figuur 1 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 1 op een 7-punts Likertschaal



Naast de hiervoor besproken kernvraag konden en mochten we nog een aantal additionele vragen stellen (d.w.z. stellingen aan respondenten voorleggen) via de gezamenlijke vragenlijst, en wij kozen daarbij als tweede voor een vraag die ook weer geïnspireerd is door het hier centraal staande arrest, en wel door de additionele overweging van de Hoge Raad in r.o. 3.3 dat het gegeven dat het hier ging om een grootschalige bedrijfsmatige (sociale woning) verhuurder het hof niet van zijn oordeel behoefde te weerhouden. De daaraan

niet altijd de eigenaar is van de woning (bijvoorbeeld omdat de verdachte die woning huurt van iemand die zelf nergens van verdacht wordt), roept dit de vraag op wie voor de schade aan de woning moet opdraaien.'

32 Er was ook een optie 'Ik begrijp het niet'. Mensen die aangaven de vraag niet te begrijpen zijn niet meegenomen in de analyse; dat verklaart waarom per vraag niet altijd 1058 inhoudelijke respons werd gerapporteerd. Zie over de gehanteerde methodologie nader hoofdstuk 1 in deze bundel.

gekoppelde additionele stelling – waarbij het aspect dat het om sociale woningbouw gaat, wordt benadrukt – luidde:

‘De schade die door de politie aan de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht, moet betaald worden door de overheid als de woning eigendom is van een woningbouwvereniging (sociale huurwoningen).’ (2)

Een variant daarop zou kunnen zijn dat de beoordeling wellicht net anders komt te liggen als de verhuurder niet alleen een grote partij is, maar ook een commerciële partij, en geen sociale verhuurder zoals in de onderliggende rechtszaak. Ook daarnaar is gevraagd:

‘De schade die door de politie aan de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht, moet betaald worden door de overheid als de woning eigendom is van een commercieel woningverhuurbedrijf.’ (3)

Uit de verschillende antwoorden op de voorgaande twee stellingen (2 en 3), volgt dat de mogelijke implicaties van het oordeel van de Hoge Raad inzake de mogelijke invloed van de omvang en aard van de claimende partij door ‘de Nederlander’ niet gedeeld wordt; of nauwkeuriger, dat volgens de respondenten de aard en omvang van de verhuurder (sociale huurwoningen of commerciële woningen) nauwelijks verschil maakt (stelling 2: Gem. = 5.23; STD = 1.95; stelling 3: Gem. = 5.11; STD = 1.96). De zojuist genoemde nuance die in het arrest van de Hoge Raad gelezen zou kunnen worden, blijkt in elk geval niet uit de respons. Zie tabel 1.

6 OVER HET 'NORMAAL MAATSCHAPPELIJKE RISICO' OF 'NORMALE BEDRIJFSRISICO' BIJ
SCHADE DOOR POLITIE-INVALLEN

	De schade die door de politie aan de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht, moet betaald worden door de overheid als de woning eigendom is van een woningbouwvereniging (sociale huurwoningen)		De schade die door de politie aan de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht, moet betaald worden door de overheid als de woning eigendom is van een commercieel woningverhuurbedrijf	
	Frequentie	%	Frequentie	%
Zeer mee oneens	85	8,0	90	8,5
Mee oneens	61	5,8	59	5,6
Een beetje mee oneens	54	5,1	68	6,4
Neutraal	130	12,3	137	13,0
Een beetje mee eens	114	10,8	137	13,0
Mee eens	212	20,0	193	18,3
Zeer mee eens	402	38,0	371	35,2
Totaal	1058		1055	

Daarbovenop kozen wij bovendien voor nog een extra vraagstelling (4) die geïnspireerd werd door ons arrest, en wel door de overweging van de Hoge Raad, ook nog in r.o. 3.3, dat het gegeven dat de (sociale) verhuurder ook de verdachte (als huurder van de woning) had kunnen aanspreken, niet aan de aansprakelijkheid van de Staat afdoet. Dat is naar Nederlands recht, met zijn systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid, een evident juiste juridische stellingname.³³ Het is overigens ook een stelling die weliswaar niet claimt een maatschappelijke opvatting als bron te hebben, maar die toch ook interessant is om te onderzoeken aangezien deze omstandigheid wellicht van invloed is op hoe men denkt over de hoofdvraag. Die stelling luidde:

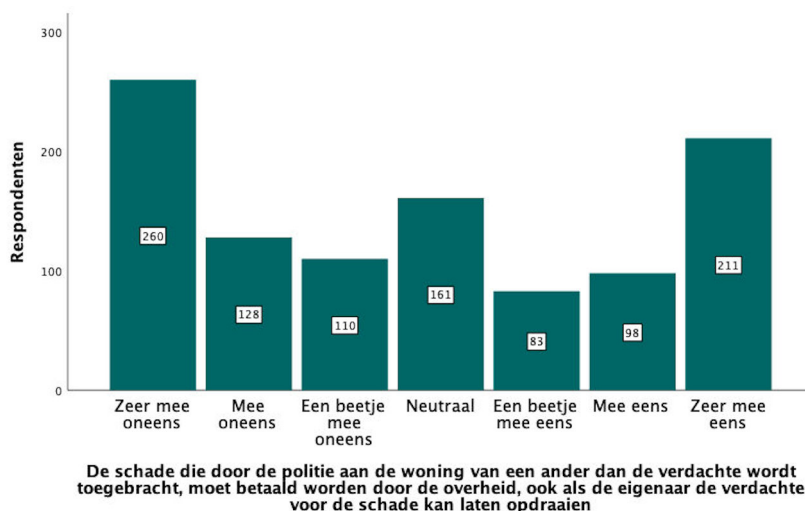
‘De schade die door de politie aan de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht, moet betaald worden door de overheid, ook als de eigenaar de verdachte voor de schade kan laten opdraaien.’ (4)

Uit de antwoorden gegeven op deze stelling volgt dat de opvatting van de Hoge Raad over de niet-disculperende werking van de aanwezigheid van een andere aansprakelijke partij (de verdachte/huurder) door ‘de Nederlander’ door de (steekproef van de) maatschappij als geheel niet zonder meer wordt gevolgd. De stelling wordt immers – met een gemiddelde score (Gem. = 3.78; STD = 2.24) – niet duidelijk instemmend of afkeurend bejegend, maar

³³ Zie ook de verwijzing in r.o. 3.3 van het arrest *Staat/Wherestad* naar HR 30 maart 2001, *NJ* 2003/615 (*Lavrijsen/Staat*).

echter wel zeer verschillend beantwoord. Een groot deel is het er namelijk (zeer) mee oneens en een groot deel is het er (zeer) mee eens, en behoorlijk wat respondenten antwoorden ‘neutraal’. De meningen zijn hier dus te (zeer) verdeeld, en dus is er op dit punt geen eenduidige maatschappelijke opvatting te benoemen.³⁴ Zie nader figuur 2.

Figuur 2 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 4 op een 7-punts Likertschaal



We hebben vervolgens nog de antwoorden op de vier vragen naast elkaar gezet door middel van een variantieanalyse (*one-way repeated measures ANOVA*). Hieruit bleek dat dat de gemiddelde scores op de vragen significant verschillen.³⁵ Als we vervolgens paarsgewijs kijken naar de verschillen tussen de antwoorden blijken ze onderling allen significant te verschillen.³⁶ Vervolgens zijn gepaarde t-testen uitgevoerd om meer inzicht te krijgen in de aard van de verschillen. Op vraag 1 is gemiddeld genomen 0.16 punt hoger gescoord dan op vraag 2, 0.28 punt hoger dan op vraag drie en 1.61 punt hoger dan op vraag 4. Deze verschillen zijn allen significant,³⁷ maar de effectgroottes zijn niet allemaal gelijk. Het effect

34 Vgl. in dit verband de twee voorwaarden die B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Mon. Nieuw BW A-20, 2e druk, Kluwer: Deventer 1999, p. 33-34, heeft geformuleerd: het aantal mensen dat geen mening heeft, mag niet te groot zijn, en de meningen mogen niet al te zeer verdeeld zijn. Zie ook hoofdstuk 1, par. 2.1, van deze bundel.

35 $F(1.932, 2025.028) = 327.47, p < .001$, partial eta squared = .24. Bij deze en de andere in deze bijdrage vermelde variantieanalyses (ANOVA) werd een Greenhouse-Geisser correctie toegepast.

36 Post hoc test met gebruikmaking van de Bonferroni correctie, $p < .001$ en $p < .005$.

37 $t(1057) = 3.62, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval .07 tot .24; $t(1054) = 6.53, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval .20 tot .37; $t(1050) = 21.98, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval 1.47 tot 1.76.

tussen vraag 1 en 2, en vraag 1 en 3 is klein, terwijl het effect tussen vraag 1 en 4 middelmatig tot groot is.³⁸ De gemiddelde score op vraag 2 ligt 0.12 punt hoger dan op vraag 3 en 1.45 hoger dan op vraag 4.³⁹ Ook hier is er tussen vraag 2 en 3 sprake van een klein en tussen vraag 2 en 4 sprake van een middelmatig effect.⁴⁰ Ten slotte is nog gekeken naar het verschil tussen vraag 3 en 4. Deze scores verschillen 1.33 punt, waarbij ook sprake is van een middelmatig effect.⁴¹ Kortom, de variaties die we ingevoegd hebben, hadden wel (een gering tot middelmatig) effect op de gegeven antwoorden, zonder dat een en ander echter tot spraakmakende conclusies aanleiding geeft.

Mede gezien het opvallende verschil (er zijn twee uitersten: men is heel erg voor of heel erg tegen) in de door de 'maatschappij' gegeven antwoorden op de laatste vraag, hebben wij onderzocht of dit mogelijk te maken heeft met of te verklaren is op basis van een verschil in opleiding en/of politieke voorkeur. Er is daartoe een gemengde variantieanalyse (*two-way mixed ANOVA*) uitgevoerd, voor al onze vier vragen, om de invloed van politieke voorkeur (conservatief of progressief)⁴² en opleidingsniveau (laag, gemiddeld, hoog) van de participanten op de gegeven antwoorden te onderzoeken. Uit deze test blijkt dat deze beide factoren tezamen geen invloed hebben op de beantwoording van de vragen.⁴³ Ook los van elkaar is er geen significante invloed van politieke voorkeur⁴⁴ en opleidingsniveau.⁴⁵ Dit betekent dus dat de vier vragen niet anders worden beantwoord door mensen met een conservatieve of progressieve politieke voorkeur of door mensen met een laag, midden of hoog opleidingsniveau. Anders gezegd: zowel in de conservatieve als in de progressieve, zowel in laag- als midden- als hoogopgeleide respondenten bevonden zich voor- als tegenstanders van de stellingen, ook van de laatste stelling.

38 Cohens d respectievelijk .11, .20 en .68; De effectgrootte wijst op de mate waarin de gemiddelden van twee groepen van elkaar verschillen en wordt weergegeven met Cohens d . Als vuistregel wordt aangehouden dat de effectgrootte klein is als deze rond de $d = .20$ ligt, is $d = .50$ dan is de effectgrootte middelmatig en ligt de waarde rond de $d = .80$ dan kan je spreken van een groot effect.

39 Allebei significant: $t(1054) = 3.65, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval .06 tot .19; $t(1050) = 20.55, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval 1.31 tot 1.59.

40 $d = .11$ en $d = .63$.

41 $t(1048) = 18.97, p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval 1.20 tot 1.47; $d = .59$.

42 Gemeten met een vraag over op welke partij men ten tijde van het invullen zou stemmen als er verkiezingen zouden zijn. Mensen die zeiden te gaan stemmen op de VVD, CDA, PVV, FvD, of 50Plus kregen het label conservatief, en een geplande stem op D66, PvdA, CU, GL, SP, PvdD en Denk werd als progressief beschouwd.

43 $F(3.815, 1470.820) = .47, p = .75$, partial eta squared = .001.

44 $F(1.908, 1470.820) = .05, p = .95$, partial eta squared < .001.

45 $F(3.815, 1470.820) = 1.35, p = .25$, partial eta squared = .003.

5 DISCUSSIE EN CONCLUSIE

De koers die de Hoge Raad heeft gekozen, te weten het uitgangspunt dat het redelijk is dat de Staat de schade draagt die aan derden (buitenstaanders) wordt toegebracht bij een politie-inval in het kader van een strafvorderlijk opsporingsonderzoek, is conform de (gemiddelde) opvatting van de respondenten en is volgens de meerderheid van de respondenten juist, zo blijkt uit ons onderzoek. Hoewel de koers van de Hoge Raad op dit algemene punt gevolgd wordt door de maatschappij (of vice versa natuurlijk), is dat minder het geval ten aanzien van de opvatting van de Hoge Raad over het belang van de omvang en aard van de partij die schade stelt te hebben geleden. Uit de respons op de vragen waarin werd gedifferentieerd naar de aard van verhuurder (verhuurders van sociale huurwoningen of van commerciële woningen), zien wij nauwelijks verschil bij de respondenten (Gem.= 5.23; STD = 1.95 resp. Gem.= 5.11; STD = 1.96). De impliciete opvatting van de Hoge Raad dat dit een van de van belang zijnde omstandigheden zou kunnen zijn voor het bepalen van het normaal maatschappelijk risico wordt door ‘de Nederlander’, wanneer als zelfstandige omstandigheid beoordeeld, niet als voldoende doorslaggevend voor een ander oordeel geacht. Blijkbaar is de achtergrond van de verhuurder niet van belang. Dat is ook wel begrijpelijk, want schade is schade, en die is lastig te voorzien en te voorkomen in dit type gevallen, zo lijkt de redenering te zijn. Dat geldt net zozeer als je commercieel verhuurder bent als wanneer je sociale woningen verhuurt. Dat de Hoge Raad ook nogal impliciet is in zijn gedachte dat er wellicht wel een verschil te maken is, en zich in zekere zin niet eens duidelijk uitspreekt hierover, is tegen deze achtergrond ook wel passend.

Het is goed om ook nog even te kijken naar het duidelijke verschil van mening tussen de respondenten onderling over het vergoeden door de Staat van schade die bij een politie-inval wordt toegebracht aan de eigendommen (zoals: de verhuurde woning) van iemand anders dan de verdachte (die de woning huurt) als die getroffen zijn schade ook kan verhalen op die verdachte. Volgens de Hoge Raad staat de omstandigheid dat Wherestad ook de verdachte kan aanspreken niet eraan in de weg dat ook de Staat gehouden is de door Wherestad geleden schade te vergoeden, zodat het Wherestad vrijstond de Staat tot vergoeding van haar schade aan te spreken. Interessant voor vervolgonderzoek, hoewel maatschappelijke opvattingen daarbij minder relevant zijn, is het gegeven dat de gedachte van hoofdelijkheid door een aanzienlijk deel van onze respondenten niet wordt gedragen. Het zou aardig zijn om te trachten via een kwalitatief onderzoek te achterhalen wat de onderliggende redenen zijn van de respondenten voor de door hen gegeven respons. Vind men dat een eenvoudige vergoedingsmogelijkheid moet worden geboden? Zit hier een gedachte van risico-aanvaarding en eigen schuld achter?

Tot slot, dat de algemene koers van de Hoge Raad, zoals we bespraken, wordt ondersteund door de ‘maatschappij’, is prettig maar uiteraard niet meteen bepalend voor de vraag of het oordeel van de Hoge Raad ‘juist’ is. Er kunnen – dat geldt in zijn algemeenheid

bij de wisselwerking tussen empirie en het recht, en dus ook hier⁴⁶ – additionele, misschien wel belangrijkere normatieve gronden zijn om de gekozen lijn aan te houden. Dat is hier onzes inziens het geval. Immers, een andere oplossing dan gekozen in dit arrest betekent dat we de rekening van de schade door politie-invalen uiteindelijk neerleggen bij de sociale verhuurders, met als gevolg dat deze de kosten daarvan moeten verdisconteren in hun huurprijzen, hetgeen een verhoging betekenen zal van die huurprijs voor de sociaal-economisch toch al zwakkere groepen in de samenleving. Dit is niet aanstonds aantrekkelijk. Het lijkt evenwichtiger om de rekening dan via de staat bij de samenleving als geheel neer te leggen, aldus A-G Spier, die hierop gewezen heeft in zijn conclusie voor het arrest *Staat/Wherestad*.⁴⁷

46 Zie reeds I. Giesen, 'Defensive Journalism' en het 'chilling effect' in de journalistiek: feit of nepfeit?, in: I. Giesen e.a. (red.), *Assumpties Annoteren*, Den Haag: Boomjuridisch 2019, p. 64, en I. Giesen, The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning, *Utrecht Law Review* 2015, Vol. 11 (1), p. 3 en p. 16.

47 A-G Spier, conclusie voor HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708; NJ 2010/95 m.nt. Du Perron (*Staat/Wherestad*), nr. 3.4.2.



7 HANGMATTEN EN PAARDEN

Over de redelijkheid van medebezittersaansprakelijkheid

*Ivo Giesen en Elbert de Jong**

1 INTRODUCTIE

In deze bijdrage staat het *Hangmat*-arrest centraal.¹ In dat arrest gebruikt de Hoge Raad in zijn redenering een maatschappelijke opvatting als bouwsteen voor zijn juridische oordeel. In deze bijdrage onderwerpen wij deze bouwsteen aan een juridisch-empirisch onderzoek. Wij doen dat niet om er nogmaals een juridisch-dogmatische beschouwing aan te wijden, want dat is al vaak genoeg op overtuigende wijze gebeurd.² Waar het ons om gaat, is de vraag in welke mate de maatschappelijke opvatting zoals die door de Hoge Raad wordt gebruikt, overeenstemt met de opvatting over deze thematiek in de maatschappij.

Als geheugensteun: aanleiding voor het *Hangmat*-arrest was een ongeval, met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg, van een vrouw die uit een hangmat viel nadat de stenen zuil waaraan de hangmat bevestigd was, instortte. Zij sprak haar man als bezitter van die (verondersteld) gebrekkig opstal (de zuil) aan tot vergoeding van haar schade op grond van art. 6:174 BW. Zelf was zij evenwel ook bezitter van die opstal. Dat wierp de – tot dan toe onbeantwoorde – vraag op of een schadevergoedingsvordering van de ene medebezitter jegens een ander mogelijk zou zijn. De Hoge Raad bepaalde, onder andere, dat bij gebrek aan een eenduidig antwoord in de wet, rechtspraak en Parlementaire Geschiedenis, het antwoord op die vraag afhangt van wat naar maatschappelijke opvattingen redelijk moet worden geacht:

* Ivo Giesen en Elbert de Jong zijn beiden als hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht. Ivo Giesen is tevens Hoofd van het Departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht.

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

2 Zie, onder andere, C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, 3^e druk, Den Haag: Boomjuridisch 2020, nrs. 104-2 en 708-2; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/238, alsmede de literatuur genoemd door A-G Valk in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:980) voor het via art. 81 RO afgewikkelde arrest HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:150 (*Allianz/X.*) over een ongeval met een paard en de mogelijke aansprakelijkheid van de koetsier (vrouw) jegens haar man.

‘4.3.4 De kernvraag is of het recht bescherming behoort te verlenen aan degene die, hoewel de aansprakelijkheid van art. 6:174 niet is gebaseerd op overtreding van enigerlei gedragsnorm, zelf in zekere zin medeverantwoordelijk geacht kan worden voor de gebrekkige opstal. Bij de geschetste stand van zaken, waarbij de wetgever de door [verweerster] bepleite aansprakelijkheid niet heeft uitgesloten, hangt de te maken keuze af van wat *naar maatschappelijke opvattingen*, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, *het meest redelijk* moet worden geacht als reikwijdte van art. 6:174. Die keuze valt uit ten gunste van het standpunt van [verweerster]. Daarbij wordt het volgende in aanmerking genomen.’ [onze curs., IG/Ed]

Waarna die maatschappelijke opvatting zo wordt ingevuld dat het redelijk is de schade van de (enkele) benadeelde over alle medebezitters te verdelen:

‘4.3.5 (...) Een benadeelde derde kan voor de door hem als gevolg van het gebrek geleden schade iedere bezitter van de opstal, die tegenover hem hoofdelijk aansprakelijk is (art. 6:180 lid 1), voor het geheel aanspreken. In hun onderlinge verhouding zijn de bezitters in beginsel verplicht in de schuld en in de kosten bij te dragen voor het gedeelte van de schuld dat hun in hun onderlinge verhouding aangaat (art. 6:10 lid 1 BW). Dit gedeelte moet in het algemeen worden gesteld op het gedeelte dat overeenkomt met ieders aandeel in de opstal. Dit heeft tot effect dat de schade in zo’n geval wordt gedragen door de bezitters gezamenlijk. Indien de medebezitter die schade lijdt ten gevolge van het gebrek geen enkele aanspraak zou hebben tegenover andere bezitters van de opstal, zou hij de schade volledig zelf moeten dragen en zouden de andere bezitters niets behoeven bij te dragen, hoewel ook zij in dezelfde relatie tot de gebrekkige opstal staan als de medebezitter die schade lijdt ten gevolge van het gebrek. Het is, vorenbedoeld uitgangspunt in aanmerking genomen, *uit maatschappelijk oogpunt redelijker de schade van de benadeelde over alle bezitters te verdelen dan uitsluitend de benadeelde medebezitter de schade te laten dragen.*’ [onze curs., IG/Ed]

Waar het ons hier om te doen is, is om te bepalen of deze maatschappelijke opvatting, de ‘redelijkheid uit maatschappelijk oogpunt’, ‘kloppend’ is. In welke mate strookt de invulling die de Hoge Raad daaraan gegeven heeft met de invulling zoals een geselecteerde groep respondenten (een representante van ‘de maatschappij’ dus) hier invulling aan geeft? Dat is dan ook de centrale vraag van deze bijdrage. Om die vraag te beantwoorden, beperken wij ons niet tot de maatschappelijke opvatting over medebezittersaansprakelijkheid op

grond van art. 6:174 BW (zoals in *Hangmat*), maar ook de opvatting over medebezittersaansprakelijkheid bij dieren ex art. 6:179 BW en gebrekkige zaken ex art. 6:173 BW. Ten aanzien van die aansprakelijkheden is immers in de rechtspraak dan wel de literatuur ook de vraag naar voren gekomen of medebezittersaansprakelijkheid kan worden aangenomen. Bovendien bepaalde de Hoge Raad dat deze vraag voor medebezittersaansprakelijkheid bij dieren ontkennend moet worden beantwoord.³

Deze vraag onderzoeken wij hierna door eerst de juridische betekenis van de door de Hoge Raad ingevulde ‘maatschappelijke redelijkheid’ te bekijken (par. 2). Vervolgens gaan we na wat er al bekend is over de door ons opgeworpen vraag uit eerder empirisch onderzoek (par. 3), om daarna verslag te doen van de uitkomsten van het vragenlijstonderzoek dat mede is uitgezet om onze vraag te beantwoorden (par. 4). Wij sluiten af met een verdere analyse van die uitkomsten en de relevantie daarvan voor het aansprakelijkheidsrecht (par. 5).

2 DE JURIDISCHE BETEKENIS VAN ‘DE MAATSCHAPPELIJKE OPVATTING’

Daartoe geprikkeld door de al aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad in de *Hangmat*-zaak luidt onze centrale hypothese voor deze bijdrage als volgt:

‘Het wordt naar maatschappelijke opvattingen redelijk(er) geacht dat de medebezitter(s) van een onroerende zaak die tot schade bij een andere medebezitter heeft geleid, een (proportionele) bijdrage moet(en) leveren aan de vergoeding van de schade van het slachtoffer.’

In deze bijdrage onderzoeken wij, als gezegd, of deze hypothese ‘klopt’, of deze maatschappelijke opvatting inderdaad voldoende grond vindt in die maatschappij. Alvorens we daartoe specifiek overgaan, is het echter goed om nog enige (juridische) context te schetsen.

De wettekst van de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW, geeft geen uitsluitel over de vraag of medebezitters van de gebrekkige opstal elkaar kunnen aanspreken. Ook de wetssystematiek en de parlementaire geschiedenis geven geen aanknopingspunten die tot een duidelijk antwoord leiden.⁴

Tegen deze achtergrond moest de Hoge Raad een normatieve keuze maken; zo overweegt hij zelf ook. En om die keuze te kunnen maken, construeerde de Hoge Raad een nieuw

3 Zie HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173 m.nt. T. Hartlief (*Paard Imagine*). Een derde zaak (weer gegrond op art. 6:179 BW) die aan de Hoge Raad werd voorgelegd, werd via art. 81 RO afgedaan, zie HR 31 januari 2020, *ECLI:NL:HR:2020:150* (*Allianz/X*).

4 Zie r.ov. 4.3.2 en 4.3.3 in het al genoemde *Hangmat*-arrest.

criterium dat als maatstaf heeft te gelden (in r.o. 4.3.4) en waarbij de maatschappelijke opvattingen een belangrijke rol spelen:

‘Bij de geschetste stand van zaken, waarbij de wetgever de door [verweerster] bepleite aansprakelijkheid niet heeft uitgesloten, hangt de te maken keuze af van wat naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van art. 6:174.’

Kortom: of art. 6:174 BW ook bescherming biedt aan medebezitters die schade leiden als gevolg van een gebrekkige opstal, of ‘slechts’ aan derden, wordt uiteindelijk bepaald aan de hand van de maatschappelijke opvatting over die vraag. De bewoordingen van de Hoge Raad suggereren bovendien dat die maatschappelijke opvatting (meteen ook) een (zeer veel) bepalende factor is. De overige elementen die door de Hoge Raad in zijn uitspraak genoemd zijn (d.w.z.: de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar), worden hier ‘slechts’ ‘in aanmerking genomen’. Zij vormen daarmee de invulling van hoe die maatschappelijk opvatting luidt, maar meer dan dat ook niet. Opvallend is daarbij dat de Hoge Raad géén definitie geeft van ‘maatschappelijke opvatting’, waardoor onduidelijk is hoe, naast deze genoemde gezichtspunten, de maatschappelijke opvatting verder wordt geconstrueerd.

Het is, bij wege van afronding van deze schets van de context, goed om nog op te merken dat de Hoge Raad hetzelfde criterium opnieuw benutte in de (vervolg)zaak van *Paard Imagine*, waarin het ging om de mogelijke toepassing van art. 6:179 BW (de risico-aansprakelijkheid voor de bezitter van een dier) in het geval een medebezitter van het dier schade oploopt.⁵ De uitkomst luidde daar anders dan in *Hangmat*: geen aansprakelijkheid van medebezitters onderling. De wijze van toetsing en het daarbij aangelegde criterium waren echter identiek,⁶ maar de uitkomst dus niet.⁷ Daarmee zijn twee rechtsvragen die bepalend zijn voor de inrichting en reikwijdte van twee kernartikelen van ons aansprakelijkheidsrecht, beantwoord op grond van ‘de maatschappelijke opvatting’ over de thematiek.

5 Zie HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173 m.nt. T. Hartlief (*Paard Imagine*). Een derde zaak (weer gegrond op art. 6:179 BW) dat aan de Hoge Raad werd voorgelegd, werd via art. 81 RO afgedaan, zie HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:150 (*Allianz/X*).

6 Bovendien erkende de Hoge Raad ook hier weer dat beantwoording van de voorliggende rechtsvragen een normatieve keuze vergde.

7 Voor de Hoge Raad zijn de (juridisch relevante) verschillen tussen beide situaties gelegen in, kort gezegd, de verzekeraarbaarheid, de gevoeligheid van fraude, de mogelijkheid om, mede met het oog op de keuze om al dan niet een verzekering af te sluiten, de toepasselijke risico’s in te schatten, de identificatie van de voor het gebrek dan wel het dier verantwoordelijke bezitter (dat zou bij gebrekkige opstallen vanwege tijdsverloop lastiger kunnen zijn) en het gegeven dat een dier uit eigen energie handelt, hetgeen per definitie andere risico’s met zich brengt dan die van een gebrekkige opstal.

Dat is gebeurd zonder dat het aangelegde criterium en de daarmee aangeropen maatschappelijke opvattingen als zodanig tot kritiek aanleiding hebben gegeven.⁸ Bovendien leidde de toepassing van hetzelfde criterium tot twee verschillende antwoorden in ogenschijnlijk behoorlijk gelijke gevallen. En dat roept onder meer de vraag op wat precies is bedoeld met de ‘maatschappelijke opvatting’, hoe de Hoge Raad deze maatschappelijke opvatting construeert en vaststelt. Zoals we in paragraaf 4 nog zullen bespreken, komt dit verschil in oordeel namelijk niet terug in de (maatschappelijke) opvatting van de respondenten.

Ten slotte valt te verwachten dat de Hoge Raad ditzelfde kader opnieuw gaat toepassen als hij zich op enig moment zou moeten gaan uitspreken over medebezittersaansprakelijkheid bij andere kwalitatieve aansprakelijkheden die rusten op een bezitter. Denk aan de nog openstaande vraag of medebezittersaansprakelijkheid op grond van art. 6:173 BW, de risicoaansprakelijkheid van de bezitter van een roerende zaak, mogelijk is als een medebezitter een vordering instelt. Of het uiteindelijke antwoord op die vraag, gegeven dat kader, dan qua uitkomst de *Hangmat*- of de *Paard Imagine*-lijn gaat volgen, durven, willen en hoeven wij hier en nu niet te zeggen. Wij hebben die vraag echter wel voorgelegd aan ‘de maatschappij’ via het opinieonderzoek dat opgezet is voor dit project, maar daarover ook meer in paragraaf 4.

3 WAT IS ER AL BEKEND?

Voor zover wij hebben kunnen nagaan, is nog niet eerder onderzoek verricht naar de opvattingen over medebezittersaansprakelijkheid. De eerder in hoofdstuk 1 van deze bundel al uitvoeriger beschreven onderzoeksprojecten van Van Boom c.s.⁹ komen qua opzet en inhoud in de buurt van de vragen die wij hier stellen, en betreffen ook wel enigszins verwante opvattingen (betreffende het aansprakelijkheidsrecht), maar de *Hangmat*-zaak of de daarin gestelde vraag is als zodanig niet aan de orde geweest in die onderzoeken. Ook buitenlandse onderzoeken aangaande de thematiek zijn ons niet bekend. Er valt dan ook niet nader te rapporteren over de mogelijke relevante inzichten uit die onderzoeken, doch enkel te constateren dat er nog veel braakliggend terrein bestaat, kennis ontbreekt, en de verdere theorievorming over de hier relevante maatschappelijke opvatting ook niet aan de orde is. In die zin is het opinieonderzoek waarover we hierna, in paragraaf 4 rapporteren, even uniek als exploratief, zonder enige pretentie van volledigheid. De verklaring

8 Kritiek op (de uitkomsten van) deze rechtspraak was er voor het overige in overvloed, zie bij wege van voorbeeld slechts de *NJ*-noot van Hartlief onder het *Hangmat*-arrest en het commentaar van Van Dam 2020, nr. 708-2 bij het *Paard Imagine*-arrest.

9 W. van Boom, H. Pluut & J-P van der Rest, ‘Burgers over burgerlijk recht’, *AA* 2018, p. 105 e.v.; W. van Boom, H. Pluut & J-P. van der Rest, ‘Eigen verantwoordelijkheid of bescherming tegen verkeerde keuzes?’, *NJB* 2019/2352, p. 2869 e.v.

voor die afwezigheid van onderzoek en kennis is waarschijnlijk te zoeken in het algemene gegeven dat juridisch-empirisch onderzoek in Nederland (en elders) sowieso nog in de kinderschoenen staat, en weliswaar momenteel aan een stevige opmars bezig is, maar er dus ook heel veel mogelijk onderzoek nog niet gedaan is.

4 HOE DENKT DE BURGER OVER MEDEBEZITTERSAANSPRAKELIJKHEID?

4.1 *Inleiding: drie vragen*

In deze paragraaf staat de vraag centraal hoe ‘de Nederlandse maatschappij’, ‘vertegenwoordigd’ door 1058 respondenten uit een representatieve steekproef onder de Nederlandse bevolking (en dus niet enkel juristen), denkt over deze thematiek. Wat is de, althans hun, maatschappelijke opvatting over medebezittersaansprakelijkheid? En maakt het daarbij, zoals in de rechtspraak van de Hoge Raad het geval is, verschil uit of het aansprakelijkheid voor dieren dan wel gebrekkige opstallen betreft? Onze hypothese, en ook de waarschijnlijke hypothese van de Hoge Raad gezien zijn overwegingen, is zoals gezegd deze: ‘dat het naar maatschappelijke opvattingen redelijk(er) wordt geacht dat de medebezitter(s) van een gebrekkige opstal die tot schade bij een andere medebezitter heeft geleid, een (proportionele) bijdrage moet(en) leveren aan de vergoeding van de schade van het slachtoffer.’ In geval van schade veroorzaakt door een dier (art. 6:179 BW) luidt de hypothese dat zo’n schadeverdeling niet redelijk(er) wordt geacht. Ten aanzien van aansprakelijkheid voor een gebrekkige zaak weten we (nog) niet hoe de Hoge Raad denkt over de relevante maatschappelijke opvatting.

Gegeven die hypothese luidde onze, qua taalgebruik aangepaste, eerste, en belangrijkste vraag voor de door de projectgroep van deze bundel uitgezette vragenlijst als volgt:¹⁰

‘Als een schoorsteen van een woning waait en één eigenaar verwondt, moeten de andere eigenaren van de woning ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt.’ (1)

Zoals te lezen valt, is deze vraag gesteld in taalgebruik dat (in enige mate) is aangepast aan de leken die wij via de vragenlijst hebben benaderd. We gebruikten een sprekend en eenvoudig voorbeeld, de naar onze inschatting beter begrepen term ‘eigenaar’ in plaats van

¹⁰ Die vraag werd ingeleid door een korte schets van de onderliggende situatie, welke als volgt luidde: ‘Mensen kunnen samen eigenaar zijn van bijvoorbeeld een woning, of een boot maar ook van een dier. Soms kunnen die dingen of dieren schade veroorzaken aan maar één van deze eigenaren. De vraag is dan wie voor deze schade moet opdraaien.’

het juridisch juiste ‘bezitter’, we verwerkten een voorbeeld in de vraag (‘de woning’) om de vraag op die wijze nader toe te lichten, en de omvang van ieders bijdrage is niet nader gekwantificeerd. De voorgelegde vragen zijn voorgelegd in een pre-test, onder meer om de begrijpelijkheid van de terminologie te toetsen.¹¹

Naast de hiervoor besproken vraag konden we nog twee andere vragen kwijt in de gezamenlijke vragenlijst, en wij kozen voor vragen die geïnspireerd zijn door het *Paard Imagine*-arrest en door de omringende discussie over de nog openstaande vraag hoe art. 6:173 BW uitgelegd zou moeten worden als een medebezitter jegens de andere bezitter een vordering instelt. Die twee vragen luiden als volgt:

‘Als een hond één van zijn eigenaren bijt, moeten de andere eigenaren van de hond ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt.’ (2)

‘Als de mast van een boot afbreekt en één eigenaar verwondt, moeten de andere eigenaren van de boot ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt.’ (3)

4.2 De antwoorden

Deze drie vragen zijn, tezamen met de vragen voor de andere bijdragen aan deze bundel, uitgezet en vervolgens door 1029, resp. 1039 en 1041 respondenten beantwoord op een 7-punts Likertschaal. Zie Tabel 1 voor de beantwoording.

Tabel 1 Gegeven antwoorden op de gestelde vragen over de redelijkheid van het verdelen van schade over medebezitters

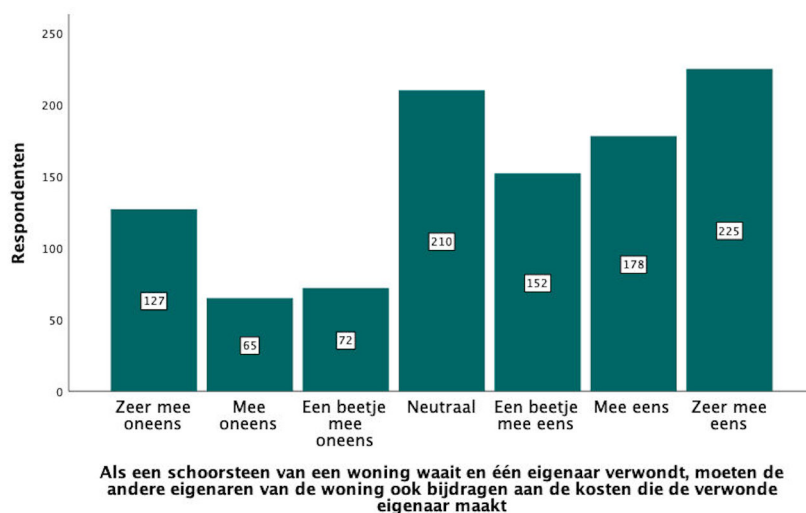
	Als een schoorsteen van een woning waait en één eigenaar verwondt, moeten de andere eigenaren van de woning ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt		Als een hond één van zijn eigenaren bijt, moeten de andere eigenaren van de hond ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt		Als de mast van een boot afbreekt en één eigenaar verwondt, moeten de andere eigenaren van de boot ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt	
	Frequentie	%	Frequentie	%	Frequentie	%
Zeer mee oneens	127	12,3	138	13,3	102	9,8
Mee oneens	65	6,3	85	8,2	63	6,1

¹¹ Naar aanleiding van die test zijn geen veranderingen in de terminologie doorgevoerd. Dat geldt ook voor de hierna te bespreken vragen.

	Als een schoorsteen van een woning waait en één eigenaar verwondt, moeten de andere eigenaren van de woning ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt		Als een hond één van zijn eigenaren bijt, moeten de andere eigenaren van de hond ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt		Als de mast van een boot afbreekt en één eigenaar verwondt, moeten de andere eigenaren van de boot ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt	
	Frequentie	%	Frequentie	%	Frequentie	%
Een beetje mee oneens	72	7,0	68	6,5	62	6,0
Neutraal	210	20,4	186	17,9	197	18,9
Een beetje mee eens	152	14,8	157	15,1	189	18,2
Mee eens	178	17,3	161	15,5	196	18,8
Zeer mee eens	225	21,9	244	23,5	232	22,3
Totaal	1029		1039		1041	

Voor het antwoord op vraag (1) ziet dat er grafisch als volgt uit (figuur 1):

Figuur 1 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 1 op een 7-punts Likertschaal



Gem.= 4.58

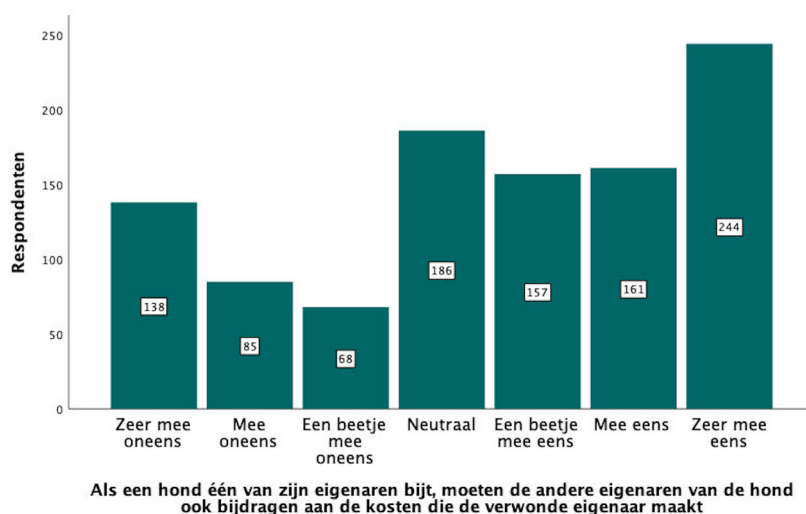
Std. = 1.98

Uit deze beantwoording blijkt dat de opvatting zoals de Hoge Raad die benut heeft in het *Hangmat*-arrest door de meerderheid van de 1029 respondenten (een beetje tot zeer)

gedeeld wordt (n=555), terwijl een kwart van de respondenten die opvatting (deels tot geheel) niet deelde (n=264). Ongeveer 20% van de respondenten vulde de optie 'neutraal' in (n=210). De maatschappelijke opvatting zoals de Hoge Raad die gebruikt heeft in zijn arrest, sluit derhalve aan bij 'de' maatschappelijke opvatting zoals die leeft onder respondenten.

Uit de antwoorden op de vervolgvraag (2) naar de positie van de medebezitter van een dier volgt onzes inziens dat de opvatting van de Hoge Raad over (het ontbreken van) aansprakelijkheid jegens de medebezitter van een dier door de Nederlander niet zonder meer gedeeld wordt. De tweede kolom in Tabel 1 hiervoor en Figuur 2 hierna laat dat, met cijfers, zien:

Figuur 2 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 2 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 4.54

Std. = 2.05

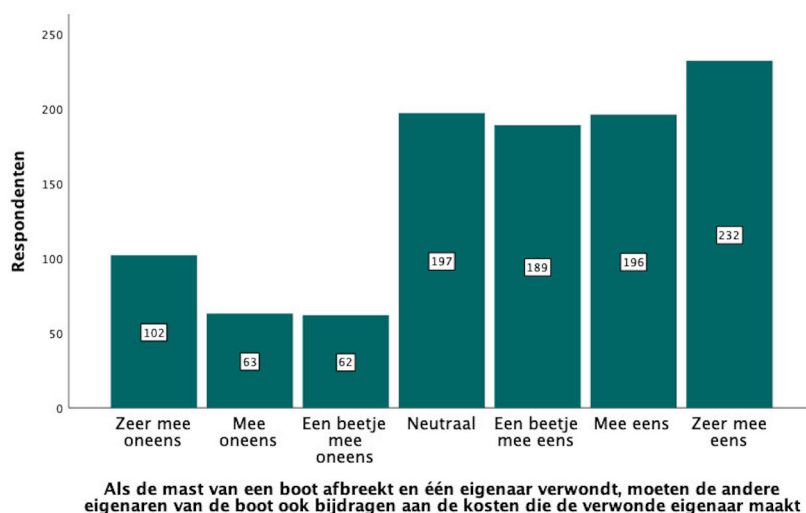
Immers, de meeste van de 1039 respondenten (n=562), marginaal meer nog dan bij het antwoord op de vorige vraag,¹² menen dat de medebezitter juist wél aansprakelijk gehouden moet worden. Als nuancering: er zijn ook iets minder respondenten die neutraal antwoorden (n=186) en iets meer antwoorden die juist de andere kant op gaan (n=291), maar dat zijn geen aantallen die afbreuk doen aan de gedachte dat de meerderheid inderdaad 'stemt' voor gedeelde aansprakelijkheid. De 'switch' qua uitkomst die de Hoge Raad dus maakte

¹² Wij onderkennen dat hier een volgorde-effect kan zijn ingetreden, zie nader voetnoot 13 hierna.

in zijn *Paard Imagine*-arrest ten opzichte van het *Hangmat*-arrest, verwoordt dus niet direct, of eerder: juist niet, de maatschappelijke opvatting op dit vlak.

Als we dan ook de laatste vraag (3) in de beschouwing betrekken, dan lijkt het erop dat als de vraag naar de uitleg van art. 6:173 BW zich zou voordoen, de Hoge Raad uit zou kunnen gaan van de maatschappelijke opvatting dat vergoeding van een deel van de schade van een medebezitter nodig is, en vanuit dat vertrekpunt de juiste keuze zou zijn. Zie daartoe figuur 3:

Figuur 3 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 3 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 4.76

Std. = 1.89

Sterker, zoals we in paragraaf 4.3 nog nader uitleggen, pleit de uitslag hier nog steviger voor een gedeelde aansprakelijkheid dan bij vraag (1) en (2) want van de 1041 respondenten is de groep ‘voorstanders’ (n=617) weer verder gegroeid, terwijl met n=197 de aantallen ‘neutraal’ hier het midden houden tussen de uitslagen op de vorige vragen, en het aantal ‘tegenstanders’ is nogal afgenomen (n=227).¹³ Dat betekent dat de respondenten (ook) in dit geval medebezittersaansprakelijkheid accepteren.

Bekijken we de drie antwoorden naast elkaar, dan valt op dat de respondenten redelijk consistent zijn in hun mening dat zowel in geval van schade veroorzaakt door een

¹³ Net als bij vraag (2) kan zich hier natuurlijk een volgorde-effect hebben voorgedaan, maar gezien de variatie tussen voor, tegen en neutraal als antwoord op de drie vragen is dat niet per se een voor de hand liggende verklaring.

gebrekkige opstal, een dier én een gebrekkige zaak, het redelijk is deze schade (deels) door de andere bezitters te laten dragen. Dat strookt slechts deels met de oordelen van de Hoge Raad, die wél een onderscheid maakt tussen de verschillende situaties. Aan de andere kant valt ook op dat het oordeel van de respondenten over de voorliggende thematiek niet eenduidig is. In met name de voorbeelden gebaseerd op de *Hangmat* en *Imagine*-casus (vragen (1) en (2)) is er ook een behoorlijke minderheid die meent dat aansprakelijkheid juist dient te worden afgewezen. In die zin onderstrepen de antwoorden van de respondenten dat het bij de vraag of medebezittersaansprakelijkheid moet worden aangenomen uiteindelijk aankomt op, zoals de Hoge Raad ook erkent, een normatieve keuze. De antwoorden van de respondenten leren ons in dit verband dat de maatschappelijke opvatting sec alleen de uitkomst van die normatieve keuze in *Hangmat* rechtvaardigt.

4.3 *Nadere statistische data-analyse*

Uit de vervolgens nog uitgevoerde variantieanalyse blijkt dat de vragen significant verschillend zijn beantwoord (zoals ook in het lijndiagram hieronder weergegeven).¹⁴ Een paarsgewijze vergelijking laat zien dat vraag 3 significant anders is beantwoord dan vraag 1 en vraag 2, de overige scores verschillen niet.¹⁵ Gepaarde t-testen geven meer duidelijkheid over de aard van de significante verschillen. Op vraag 3 is gemiddeld 0.18 punt hoger gescoord dan op vraag 1.¹⁶ Het verschil in score op tussen vraag 2 en 3 is 0.21 punt. Deze verschillen zijn weliswaar significant,¹⁷ maar laten slechts een kleine effectgrootte zien.¹⁸

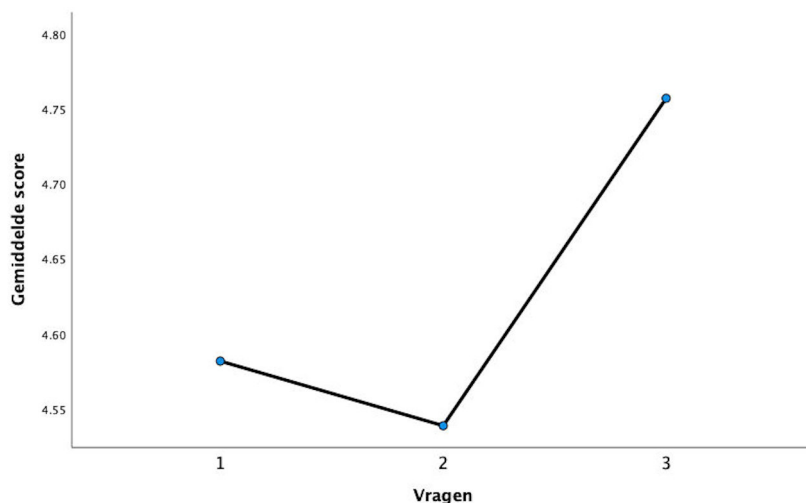
14 Gemeten met een one-way repeated measures ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(1.817, 1853.555) = 9.42, p < .001$, partial eta squared = .01.

15 Post hoc test met gebruikmaking van de Bonferroni correctie, $p < .001$.

16 $t(1024) = -3.77, p < .001$ (tweezijdig); 95% betrouwbaarheidsinterval van -.27 tot -.08.

17 $t(1036) = -4.14, p < .001$ (tweezijdig); 95% betrouwbaarheidsinterval van -.31 tot -.11.

18 Cohens d respectievelijk -.12 en -.13; De effectgrootte wijst op de mate waarin de gemiddelden van twee groepen van elkaar verschillen en wordt weergegeven met Cohens d . Als vuistregel wordt aangehouden dat de effectgrootte klein is als deze rond de $d = .20$ ligt, is $d = .50$ dan is de effectgrootte middelmatig en ligt de waarde rond de $d = .80$ dan kan je spreken van een groot effect.

Figuur 4 Lijndiagram van de gemiddelde scores op de verschillende vragen

Naast het voorgaande hebben we nog onderzocht of er mogelijk verschillen zitten in de antwoorden op onze vragen die te maken hebben met een verschil in woonsituatie (samenwonend of alleenstaand¹⁹) vanuit de veronderstelling dat ‘samenwonenden’ (vaker) samen eigenaar/bezitter van een pand (zullen) kunnen zijn, of een verschil in politieke voorkeur (huizenbezitters stemmen ‘rechtser’).²⁰ Er is daartoe een gemengde variantieanalyse uitgevoerd om de invloed van politieke voorkeur en woonsituatie op de gegeven antwoorden te onderzoeken. Uit deze test blijkt dat politieke voorkeur en woonsituatie tezamen géén invloed hebben op de beantwoording van de vragen.²¹ Ook enkel de woonsituatie (samen of alleen) is niet van invloed op de beantwoording.²² Wel is er een effect (correlatie²³) van politieke voorkeur, onafhankelijk van woonsituatie, op hoe men de vragen

19 De variabele ‘gezinssituatie’ is (met dank nogmaals aan Lydia Dalhuisen) opnieuw gecodeerd in ‘alleen of samenwonen’ en de eventuele aanwezigheid van kinderen is daarin dan niet verder betrokken. Dus ‘alleenstaand met/zonder kinderen’, en latrelaties zijn samengevoegd als ‘alleen’ en ‘samenwonend/getrouwd al dan niet met kinderen’ en bij ouders inwonend zijn samengevoegd als ‘samen’.

20 Gemeten met een vraag over op welke partij men ten tijde van het invullen zou stemmen als er verkiezingen zouden zijn. Mensen die zeiden te gaan stemmen op de VVD, CDA, PVV, FvD, of 50Plus kregen het label conservatief, en een geplande stem op D66, PvdA, CU, GL, SP, PvdD en Denk werd als progressief beschouwd.

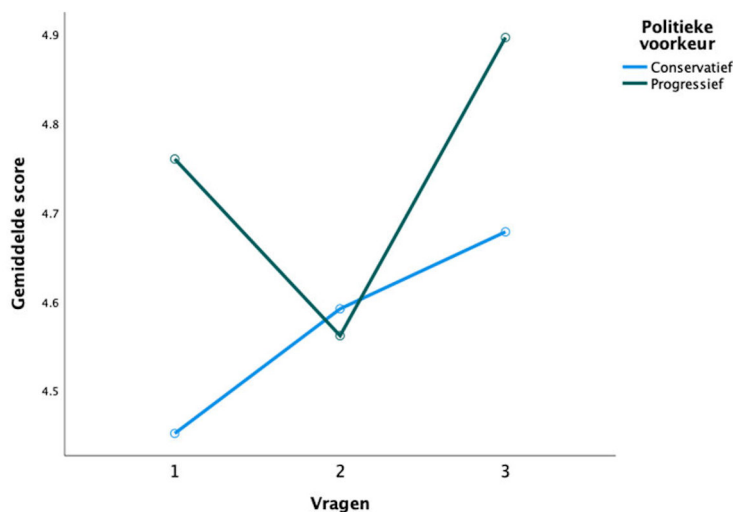
21 Two-way mixed ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(1.806, 1369,003) = .54, p = .56$, partial eta squared = .001.

22 Two-way mixed ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(1.806, 1369,003) = .19, p = .80$, partial eta squared < .001.

23 We kunnen hier niet over ‘causaliteit’ spreken: het is niet zo dat bijv. iemands geringe leeftijd de oorzaak is van diens afwijkende opvatting. We zouden enkel kunnen stellen dat er enig verband is tussen x en y.

beantwoordt.²⁴ De figuur hierna toont aan dat een progressieve voorkeur in verband staat met een hogere gemiddelde score op vraag 1 en vraag 3, afgezet tegen zowel het antwoord op vraag 2 als afgezet tegen een conservatieve voorkeur. Het gaat hier wel om een klein effect. Dit roept allereerst de vraag op tot op welke hoogte de keuze zoals de Hoge Raad die heeft gemaakt, ook is beïnvloed, naast de hiervoor aangehaalde juridische argumenten, door de (dan blijkbaar progressieve) politieke voorkeur van de raadsheren²⁵ (die wij echter niet kennen). Ten tweede zou dit effect er ook op kunnen duiden dat de vraag naar medebezittersaansprakelijkheid bij art. 6:173 BW, als die zich zou aandienen, de *Hangmat*-route zou gaan volgen qua uitkomst (tenzij de politieke voorkeur van de raadsheren inmiddels gewijzigd zou zijn). Maar veel meer dan speculatie is dit alles niet, dus wij zullen er geen verdere conclusies aan verbinden.

Figuur 5 Politieke voorkeuren



5 ANALYSE: VERHULLEND MOTIVEREN?

In alle voorgelegde situaties, te weten bij een gebrekkige opstal, schade toegebracht door een dier en een gebrekkige zaak, vond een substantiële meerderheid van de respondenten

24 Two-way mixed ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(1.806, 1369,003) = 3.39, p < .05$, partial eta squared = .004.

25 'De raadsheren' zijn hier dan overigens die vijf raadsheren die in de zetel zaten, en niet meteen alle raadsheren van de civiele kamer.

het aannemen van medebezittersaansprakelijkheid redelijk. De uitkomst in het *Hangmat*-arrest sluit aldus aan bij de maatschappelijke opvatting over medebezittersaansprakelijkheid, terwijl die in het *Imagine*-arrest daarvan afwijkt. Ten aanzien van de laatste kwestie (medebezittersaansprakelijkheid bij een gebrekkige zaak) heeft de Hoge Raad (nog) geen arrest gewezen. Mocht de Hoge Raad opnieuw willen aansluiten bij ‘de maatschappelijke opvatting’ dan ligt het aannemen van medebezittersaansprakelijkheid onder art. 6:173 BW op die grond voor de hand. Wij concluderen evenwel hieronder dat het beter is een andere koers te varen en dat de term ‘maatschappelijke opvatting’ in deze context beter maar helemaal kan worden gemeden.

Eerst echter nog dit: er zijn (minimaal) drie mogelijke verklaringen te geven voor de gesignaleerde discrepantie, denken wij. Ten eerste verdient aantekening dat de argumentatie die de Hoge Raad naar voren brengt om het verschil tussen het *Imagine*-arrest en het *Hangmat*-arrest te rechtvaardigen, niet aan de respondenten is voorgelegd. In *Imagine* overwoog de Hoge Raad onder meer dat er belangrijke juridische verschillen zijn met de aansprakelijkheid voor een gebrekkige opstal.²⁶ Deze verschillen (of: variabelen) hebben wij niet voorgelegd aan de respondenten, en er bestaat dus de mogelijkheid dat de antwoorden anders zouden zijn uitgevallen indien wij dit wel zouden hebben gedaan. Bovendien hebben wij geen variatie(s) aangebracht aan de hand van de ernst van de schade bij het slachtoffer. In de literatuur, en door A-G Spier in het bijzonder,²⁷ werd aangetekend dat het aannemen van medebezittersaansprakelijkheid in de *Hangmat*-zaak mede verklaard kan worden door de ernst van de schade in dat geval. Dit alles neemt echter niet weg dat uiteindelijk de maatschappelijke opvatting over de kernvraag (moet medebezittersaansprakelijkheid worden aangenomen?) wél door ons is uitgevraagd. Uit de antwoorden blijkt ‘de maatschappij’ beide situaties niet verschillend beoordeelt.

De tweede en derde verklaring die wij zien, houden verband met de vraag in welke mate de maatschappelijke opvatting daadwerkelijk leidend is geweest voor de Hoge Raad. Het is mogelijk – en dit is de tweede verklaring – dat de Hoge Raad weliswaar heeft getracht bij ‘de maatschappelijke opvatting’ aan te sluiten, maar dat hij daarop simpelweg geen goed zicht heeft gehad en hij dus (onbedoeld) een niet helemaal juiste opvatting heeft aanvaard. De geconstateerde discrepantie komt dan voort uit een (overigens: begrijpelijk en inherent) informatiegebrek over wat die maatschappelijke opvatting dan behelst. In dat licht zou het dan misschien verstandig(er) zijn (geweest) om de maatschappelijke opvattingen in het geheel niet in de afweging te betrekken.²⁸

26 Zie voetnoot 7.

27 Zie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2010:BM6095 voor HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2010/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*) en A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2015:2307 voor HR 29 januari 2016, NJ 2016/173 m.nt. T. Hartlief (*Paard Imagine*).

28 Mocht de Hoge Raad daar echter toch niet vanaf willen, dan zou hij in de toekomst wellicht nog zijn voordeel kunnen doen met hetgeen ten behoeve van deze bijdrage is uitgevraagd.

De derde mogelijke verklaring is dat de Hoge Raad weliswaar aangeeft aan te zullen sluiten bij de maatschappelijke opvatting, maar eigenlijk daarmee iets anders bedoeld dan hoe wij de term maatschappelijke opvatting begrijpen. De Hoge Raad lijkt de term met name te hanteren om zijn eigen oordeel iets nader te objectiveren: we volgen niet zomaar onze eigen lijn, we volgen hetgeen de maatschappij hier naar onze inschatting voorstaat.

Als die derde verklaring de juiste is, dan is het gebruik van de term maatschappelijke opvatting, mede gezien de hiervoor beschreven discrepantie, enigszins problematisch. De maatschappelijke opvatting wordt dan als kapstok voor en in de motivering gebruikt, terwijl uiteindelijk andere argumenten doorslaggevend zijn geweest voor het uiteindelijke oordeel. Daarmee werkt het gebruik van deze terminologie het gevaar van verhullend motiveren in de hand. Immers, het uiteindelijke oordeel is gebaseerd op een rechtspolitieke afweging van alle verschillende argumenten door *de raadsheren zelf* (en niet door ‘de maatschappij’). Met dat gegeven is als zodanig overigens helemaal niks mis; het is zelfs inherent aan rechtsvormend optreden door de Hoge Raad dat hij waar nodig rechtspolitieke knopen doorhakt. Sterker nog, van de Hoge Raad wordt juist verwacht dat hij zelfstandig tot een weging komt van die verschillende argumenten en zo sturing geeft aan de rechtsontwikkeling. Dat kan bovendien betekenen dat de Hoge Raad, om goede *juridische redenen*, afwijkt van wat de maatschappelijke opvatting is over de voorliggende thematiek. Het gebruik van de term maatschappelijke opvatting kan dit gegeven evenwel verbloemen. Dat maakt uitspraken onnodig kwetsbaar voor kritiek zoals die hiervoor is geuit: dat de uitkomst niet aansluit bij de gebruikte maatschappelijke opvatting, terwijl wél wordt aangegeven dat daarbij aansluiting is gezocht.

Op basis van het voorgaande zijn er twee oplossingsrichtingen. Indien men wil vasthouden, bijvoorbeeld in het kader van de vraag naar medebezittersaansprakelijkheid onder art. 6:173 BW, aan de maatschappelijke opvatting als onderdeel van de aan te leggen maatstaf, moeten eventuele verbeteringen vooral in de hoek van de informatievoorziening worden gezocht. De Hoge Raad moet dan, bijvoorbeeld via opiniepeilingen en andere empirisch onderzoek, beter zicht krijgen op wat die betreffende maatschappelijke opvatting dan inhoudt. Dat lijkt ons, mede gezien de procesrechtelijke beperkingen en de bijkomende kosten, niet meteen een aantrekkelijke oplossing. Bovendien, het is uiteindelijk een normatieve, rechtspolitieke afweging door de raadsheren zelf die bepaalt wat het antwoord op de voorliggende rechtsvraag is. En dus ligt een tweede te volgen oplossingsrichting meer voor de hand: onderken dat het om een eigen normatieve, rechtspolitieke keuze gaat en wees terughoudend(er) met het gebruik van de term maatschappelijke opvatting in die gevallen.



8 RISICOVERDELING IN GEVAL VAN GEBRUIK VAN ONGESCHIKTE MEDISCHE HULPMIDDELEN

*Rianka Rijnhout en Shosha Wiznitzer**

1 INLEIDING

De discussie over wie aansprakelijk is voor de schade als gevolg van het gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen, houdt de juridische gemoederen al enkele decennia bezig.¹ Dat is niet voor niets: het gaat om zaken waarin patiënten worden geconfronteerd met schadelijke neveneffecten van medische hulpmiddelen. Dat kan ernstige gezondheidsschade tot gevolg hebben, soms zelfs van blijvende aard. Zo ontstond in het verleden letsel als gevolg van het gebruik van voorbehoedsmiddelen², borstimplantaten³, metaal-op-

* Rianka Rijnhout is als Universitair hoofddocent verbonden aan Ucall en aan het onderzoekscluster Empirical Legal Research into Institutions for Conflict Resolution (ERI), Shosha Wiznitzer was als promovenda verbonden aan Ucall.

- 1 Zie bijv. A.J. Van, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen – Implanon revisited', *TVP* 2011, p. 44-49; R.P. Wijne, 'Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met "een niet te onderkennen gebrek"', *L&S* 2015, nr. 4, p. 37-51; J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018; R.P. Wijne, 'Hoge Raad schept duidelijkheid maar beslist is het nog niet', *L&S* 2020, nr. 3, p. 6-14; T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid voor medische hulpmiddelen 2.0', *NJB* 2020/2639; P.J. Klein Gunnewiek en M.S.E. van Beurden, 'Aansprakelijkheid voor medische hulpmiddelen, het laatste woord was aan de Hoge Raad', *TVP* 2020, nr. 4, p. 126-130; M. van Asch en S. Tanouyat, 'Aansprakelijkheid hulpverleners voor medische hulpzaken: state of the art?', *AV&S* 2020/30, nr. 5, p. 180-184; Noot G. Veldt bij HR juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, *TvCH* 2020, nr. 6, p. 345-356; W.H. van Boom, 'Gebrekkige hulpzaak bij medische behandeling', *AA* 2021, nr. 3, p. 268-278.
- 2 Rb. 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT7382 (*Implanon*); Rb. 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT7353 (*Implanon*).
- 3 Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4936; Rb. Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:212; Rb. Amsterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3491; Rb. Gelderland 14 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3115; Rb. Noord-Holland 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11082; Rb. Oost-Brabant 22 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6091; Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1458 (*PIP-implantaten*); Hof 's-Hertogenbosch 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3188 (*PIP-implantaten*, gestelde prejudiciële vragen); Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2219.

metaal-heupprothesen⁴, bekkenbodematjes⁵ en ‘kussentjes’ die worden gebruikt om een netvliesloslating te behandelen (miragelplombe).⁶

Als medische hulpmiddelen gebrekkig zijn, bepaalt het recht dat de producent risicoaansprakelijk is. Veelal is de producent echter niet de partij tot wie de patiënt zich richt. Dat heeft meerdere redenen. Ten eerste is het niet de producent, maar de medische hulpverlener die de behandeling heeft verricht waardoor de schade is veroorzaakt. Ten tweede kan de producent buiten beeld zijn vanwege een faillissement. Ten slotte kent de risicoaansprakelijkheid van de producent kortere verjaringstermijnen.⁷ Ondanks dat de individuele medisch hulpverlener (vaak) geen concrete kennis heeft over de ongeschiktheid van de zaak, ziet de aangesproken medische instelling⁸ (hierna: het ziekenhuis) zich geconfronteerd met vorderingen gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming vanwege het gebruik van ongeschikte hulpmiddelen (art. 6:74 juncto 6:77 Burgerlijk Wetboek, BW). Dat roept de vraag op wat in deze gevallen de gewenste risicoverdeling is. Wie zou de schade moeten dragen: de patiënt, de producent of het ziekenhuis?

Deze bijdrage concentreert zich op de risicoverdelingsvraag tussen de patiënt en het ziekenhuis, omdat in die relatie de invulling van een open norm relevant is: de verkeersopvatting. De verkeersopvatting heeft hier betrekking op een maatschappelijke opvatting: de gedeelde opvatting van (een specifiek deel van) de samenleving.⁹ Het betreft de invulling van de verkeersopvatting in het kader van de toerekening van ongeschikte medische hulpzaken (art. 6:77 BW), een kwestie die ook actueel is. In juni 2020 wees de Hoge Raad namelijk twee arresten (een arrest en een antwoord op prejudiciële vragen)¹⁰, waarin hij weliswaar de nadruk verschoof van de toerekeningsvraag (art. 6:77 BW) naar de tekortkomingsvraag (art. 7:453 BW), maar wel ook voor het eerst nadere invulling gaf aan de verkeersopvatting bij gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen door de medisch hulpverlener. Het doel van deze bijdrage is dan ook om te onderzoeken of, vertrekkend vanuit het perspectief van de samenleving, het ziekenhuis de schade zou moeten vergoeden

4 Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6179; Rb. 2 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4839 Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:166 (voornemen tot stellen prejudiciële vragen, niet ingediend: ECLI:NL:GHDHA:2019:1990); Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10751 (producent).

5 Rb. Midden-Nederland 15 april 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1466 (producent).

6 Rb. Arnhem 28 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10336. Een zaak over een ander hulpmiddel dan een implantaat, is de zaak over het gebruik van een hulpmiddel bij de fixatie van een epilepsiepatiënt in bed (Brefixband), Rb. Breda 3 januari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BO9631.

7 Wat niet uitsluit dat de producent op grond van het algemene (schuld)aansprakelijkheidsrecht wordt aangesproken.

8 Veronderstellende dat sprake is van centrale aansprakelijkheid (art. 7:462 BW), wat veelal het geval is, en dus van medeaansprakelijkheid naast de hulpverlener.

9 Mon. BW A20 (Rogmans) 2007, p. 20-21.

10 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082 (*Miragelplombe*); HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090 (*PIP-implantaten*).

als gevolg van het gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen. Drie specifieke omstandigheden zijn onderzocht: fraude door de producent, het niet hebben van een verzekering aan de zijde van het ziekenhuis en een faillissement van de producent.

In het onderstaande besteden wij als eerste aandacht aan de details van het juridische vraagstuk betreffende de risicoverdeling (paragraaf 2). Paragraaf 3 gaat over de gebruikte empirisch methode en de vraagstelling. Daarna presenteren wij de resultaten van het vragenlijstonderzoek (paragraaf 4). Tot slot volgt een discussieparagraaf (paragraaf 5), waarin wij het juridische vraagstuk plaatsen in het licht van de uitkomsten van het vragenlijstonderzoek en enkele laatste observaties doen.

2 JURIDISCH VRAAGSTUK

2.1 Achtergrond

De literatuur en rechtspraak ging er tot voor kort vanuit dat de *toerekening* van de tekortkoming het centrale discussiepunt was voor de risicoverdeling tussen de patiënt en het ziekenhuis (art. 6:77 BW).¹¹ Het gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen werd beschouwd als een *tekortkoming*, omdat als uitgangspunt werd genomen dat er op dit punt een resultaatverbintenis gold.¹² Artikel 6:77 BW bepaalt dat het gebruik van een ongeschikt hulpmiddel bij de uitvoering van een verbintenis wordt toegerekend aan – in dit geval – de medisch hulpverlener/het ziekenhuis. Daarop wordt een uitzondering toegelaten als deze uitkomst onredelijk zou zijn in het licht van 1) de inhoud en strekking van de rechtshandeling, 2) de in het verkeer geldende opvattingen en 3) de overige omstandigheden van het geval (samengevat: de ‘tenzij-formule’). Binnen deze uitzonderingsmogelijkheid is de verkeersopvatting (lees: de opvatting van de samenleving over de redelijkheid van toerekening) dus één van de factoren waarmee rekening kan worden gehouden in het kader van de *toerekening*.

De parlementaire geschiedenis bij art. 6:77 BW maakte het partijdebat in medische zaken echter bij voorbaat ingewikkeld, omdat er het volgende in te lezen valt:

‘Wat de aansprakelijkheid betreft voor bij de behandeling gebruikte zaken (...), meent de ondergetekende dat voorzichtigheid geboden is. Ten aanzien van de overeengekomen geneeskundige behandeling zal in het algemeen niet een bepaald resultaat zijn toegezegd. Niettemin zal van het ziekenhuis, van de

11 Zie de rechtspraak van voor 19 juni 2020 in voetnoot 2-6 van deze bijdrage. Van, *TVP* 2011; Wijne, *L&S* 2015; Hiemstra 2018.

12 Hiemstra 2018, p. 316-317.

behandelend geneesheer en van de hem assisterende personen een grote mate van zorgvuldigheid kunnen worden geëist ten aanzien van de geschiktheid van de apparatuur en de geneesmiddelen die voor de voorgenomen behandeling aangewend zullen moeten worden. (...) Is een zodanige zorg in acht genomen maar blijkt de zaak te falen, omdat zij door de producent daarvan in het verkeer is gebracht met een ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek, dan ligt naar de mening van de ondergetekende in de eerste plaats een aansprakelijkheid van de producent voor de hand.¹³

Kort gezegd, het is primair aan de producent om de schade als gevolg van het gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen te dragen en niet het ziekenhuis of de medisch hulpverlener, *indien* de vereiste professionele zorg was betracht door de medische hulpverleners én het gebrek desondanks niet was te onderkennen. In de rechtspraak en literatuur bestond discussie over de exacte betekenis van deze passage voor de risicoverdeling tussen het ziekenhuis en de patiënt: maakt dit dat het (ook thans nog) in beginsel niet redelijk is om de schade toe te rekenen aan de medisch hulpverlener/het ziekenhuis als sprake is van een voor hen niet te onderkennen gebrek en er een aansprakelijke producent bestaat?¹⁴

Als dan wordt gefocust op de concrete toerekeningsvraag, wordt duidelijk dat geen eenstemmigheid bestond over de relevante factoren voor toerekening. In de literatuur zijn uitvoerige analyses gemaakt over welke factoren gewichtig zijn of zouden moeten zijn bij de toerekening krachtens verkeersopvatting. Genoemd zijn (in willekeurige volgorde):

- Subjectieve onbekendheid mag niet aan toerekening in de weg staan,¹⁵ evenmin als het ontbreken van verwijtbaarheid aan de zijde van het ziekenhuis.¹⁶
- Als aansprakelijkheid van de producent krachtens artikel 6:185 BW ontbreekt, dan ontbreekt ook de aansprakelijkheid van het ziekenhuis.¹⁷
 - Hiemstra komt echter tot een andere conclusie: er zijn volgens haar goede argumenten om ontwikkelingsrisico's voor risico van de medisch hulpverlener te laten komen.¹⁸

13 Parl. Gesch. Boek 6, p. 271. Citaat ook te vinden in Wijne, *L&S* 2020, p. 8.

14 Zie bijv. Van, *TVP* 2011, p. 44-49; Hiemstra 2018, p. 323. Volgens Hiemstra moet de betekenis van deze passage worden gerelativeerd, omdat het een tekst van 40 jaar geleden is en de verkeersopvatting doorontwikkeld is.

15 Van, *TVP* 2011, p. 48; Wijne, *L&S* 2015, nr. 4, p. 43.

16 Verwijtbaarheid is enkel een relevante beoordelingsfactor bij toerekening krachtens schuld, Hiemstra 2018, p. 320.

17 Van, *TVP* 2011, p. 47. Wijne spreekt expliciet over het ontwikkelingsrisicoverweer (de producent kon het gebrek niet kennen), Wijne, *L&S* 2020, p. 51.

18 Hiemstra 2018, p. 328-330.

- Als een gebrek aan de hulpzaak is ontstaan nadat het op de markt is gebracht door de producent, is het aannemelijk dat het ziekenhuis aansprakelijk is.¹⁹
- De omvangrijkere deskundigheid van de medisch hulpverlener in vergelijking tot de deskundigheid van de patiënt pleit voor toerekening aan de medisch hulpverlener.²⁰
- De mogelijkheden voor een arts ‘om te achterhalen wat er precies fout is gegaan bij de behandeling en de leverancier of producent daarvoor aan te spreken’, pleit voor toerekening aan de medisch hulpverlener.²¹
- ‘De aanwezigheid van een verzekeringsdekking’²², of scherper: ‘dat hij doorgaans verzekerd is tegen het risico van schade veroorzaakt door een gebrekkig hulpmiddel’,²³ pleit voor toerekening aan de medisch hulpverlener.
- ‘De mate waarin de arts de vrijheid heeft gehad zelf zijn hulpmiddelen te kiezen’²⁴ pleit voor toerekening aan de medisch hulpverlener.
- Indien de patiënt omvangrijke schade heeft, terwijl de hulpverlener een eenvoudige, kleine ingreep heeft gedaan, kan dit een argument zijn om de tekortkoming niet toe te rekenen aan de medisch hulpverlener.²⁵
- Een weging in het licht van de ‘grondslagen van risicoaansprakelijkheid’, waarbij de volgende factoren worden genoemd: profijt, verzekerbaarheid, mogelijkheid tot risicospreiding, draagkracht en aanwezigheid van gevaarstelling. De aanwezigheid van deze factoren kan pleiten voor toerekening aan de medisch hulpverlener, terwijl het ontbreken daarvan (of van één van deze factoren) een tegenargument biedt.²⁶
- De aanwezigheid van een CE-keurmerk pleit voor toerekening aan de patiënt.²⁷

Hierover is relatief veel feitenrechtspraak verschenen, waarin telkens opnieuw het debat over de interpretatie van de parlementaire geschiedenis en/of de relevante wegingsfactoren werd gevoerd.²⁸ Het werd daarom hoog tijd dat de Hoge Raad duidelijkheid zou bieden aan de rechtspraak.

19 Van, *TVP* 2011, p. 48.

20 Hiemstra 2018, p. 321-322.

21 Van, *TVP* 2011, p. 48, ontleend aan Rb. Breda 3 januari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BO9631.

22 Van, *TVP* 2011, p. 48, ontleend aan Rb. Breda 3 januari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BO9631.

23 Vgl. Wijne, *L&S* 2015, p. 51. Zie ook Hiemstra 2018, p. 331.

24 Van, *TVP* 2011, p. 49, ontleend aan Rb. Breda 3 januari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BO9631. Vgl. Wijne, *L&S* 2015, p. 51; Hiemstra 2018, p. 318 en 333-334.

25 Hiemstra 2018, p. 320-321. Hierbij wordt opgemerkt dat deze omstandigheden niet doorslaggevend hoeven te zijn in geval van centrale aansprakelijkheid en de aanwezigheid van verzekeringsdekking.

26 Hiemstra 2018, p. 331-333.

27 Kritisch: Hiemstra 2018, p. 334-335.

28 Zie rechtspraak van voor 19 juni 2020 in voetnoot 2-6.

2.2 De Hoge Raad aan het woord

De Hoge Raad wees in de zomer van 2020 twee arresten: één regulier cassatiearrest en één uitspraak waarin prejudiciële vragen werden beantwoord. In de cassatiezaak stond het gebruik van de miragelplombe bij een netvliesloslating centraal²⁹, de andere zaak ging over implantatie van PIP-(borst)implantaten.³⁰ In beide zaken deden zich complicaties voor, waardoor patiënten schade hebben geleden. Ook hadden de medische hulpverleners in beide zaken de ongeschiktheid niet opgemerkt op het moment van behandeling. Beide zaken lichten wij toe.

De ongeschikte miragelplombe is in 1992 geplaatst bij een patiënt voor de behandeling van een netvliesloslating.³¹ In 1993 ontstaan bij de patiënt klachten (dubbelzien en troebelingen) en beperkingen die leiden tot gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. De producent stopt in 1995 met de productie van dit medische hulpmiddel. Tussen 2003 en 2007 wordt de patiënt meerdere keren behandeld om de nadelige gevolgen van de miragelplombe weg te nemen. De patiënt stelt het ziekenhuis aansprakelijk voor de schade als gevolg van de operatie in 1992 en de behandelingen daarna. Het ziekenhuis verweert zich door te stellen dat het in 1992 niet wist of kon weten van de ongeschiktheid, en dat het in die tijd *'state of the art'* was om te kiezen voor de miragelplombe bij dit type behandeling. Het verweer van het ziekenhuis wordt gevolgd door de rechtbank, waarbij de rechtbank haar oordeel vormgeeft via art. 6:77 BW: de miragelplombe is thans ongeschikt bevonden voor de behandeling, en dus is sprake van een tekortkoming, doch de schade kan niet worden toegerekend aan het ziekenhuis.³² Het hof volgt de rechtbank niet in haar oordeel en rekent de tekortkoming wel toe aan het ziekenhuis. Daarbij neemt het hof verschillende omstandigheden in acht die wij herkennen uit het debat in de literatuur³³:

- De producent kan niet meer worden aangesproken door de patiënt vanwege ofwel verjaring ofwel verval van recht.
- De miragelplombe was niet het enige medische hulpmiddel voor dit type operatie, er bestond een alternatief.
- De patiënt heeft zelf geen invloed gehad op de keuze voor de miragelplombe, omdat die niet is betrokken bij de medische keuze hiervoor.

²⁹ HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082.

³⁰ HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090.

³¹ De feiten die hier worden gepresenteerd zijn afkomstig uit: HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082, r.o. 2.2.

³² Rb. Arnhem 28 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606, r.o. 2.30.

³³ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10336, r.o. 2.22. Vgl. HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082, r.o. 2.3.3.

- De hulpzaak mag niet gebrekkig zijn, ook niet in het kader van de uitvoering van de inspanningsverbintenis (de verplichtingen voortvloeiend uit de behandelingsovereenkomst) door het ziekenhuis.
- Een enkele onwetendheid over het (toekomstige) gebrek is ‘niet voldoende om een uitzondering op de hoofdregel van (risico)aansprakelijkheid van art. 6:77 BW te rechtvaardigen’.
- Niet gesteld of gebleken is dat de aansprakelijkheidsverzekering geen dekking zou bieden voor de schadelast van het ziekenhuis.
- De patiënt heeft geen schadeverzekering die dekking biedt (m.u.v. een arbeidsongeschiktheidverzekering).

De Hoge Raad volgt het hof. Hij kiest voor zijn oordeel echter een andere insteek.³⁴ Aan de toepassing van art. 6:77 BW wordt in het *Miragelplombe*-arrest niet toegekomen, omdat geen sprake is van een *tekortkoming* van de arts door het gebruik van de miragelplombe. De zaak wordt namelijk aangemerkt als ‘*state of the art*’ op het moment van behandeling en:

‘het enkele feit dat de zaak op grond van naderhand opgekomen medische inzichten naar haar aard niet langer geschikt wordt bevonden voor de desbetreffende behandeling, [brengt] niet mee dat het gebruik van die zaak als een tekortkoming moet worden aangemerkt. (...). Een andere opvatting verdraagt zich niet met de aard van de medische behandelingsovereenkomst en de daarbij door de hulpverlener in acht te nemen zorg (art. 7:453 BW).’³⁵

De hulpverlener heeft volgens de Hoge Raad dus gehandeld als een goed hulpverlener, omdat op het moment van de behandeling van de patiënt de miragelplombe ‘*state of the art*’ was. Pas naderhand zijn medische inzichten opgekomen die maakten dat dit hulpmiddel ongeschikt was voor behandeling.

In het tweede arrest geeft de Hoge Raad nadere duiding aan zijn insteek. Deze zaak betreft een patiënt die schade lijdt doordat PIP-implantaten zijn ingebracht, wat ongeschikte borstimplantaten zijn gebleken.³⁶ Deze PIP-implantaten waren voorzien van een CE-markering voor medische hulpmiddelen en waren dus toegelaten op de markt. In het begin van deze eeuw werd dit type implantaten op grote schaal gebruikt door ziekenhuizen. In 2010 wordt echter fraude door de producent ontdekt: de producent heeft het keurende

34 Wijne, L&S 2020, nr. 3, p. 6 en 13: aan de hand van de uitleg van de conclusie van P-G Wissink komt zij tot een duidelijke uitleg van het arrest, ECLI:NL:PHR:2020:175.

35 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082, r.o. 3.2.2.

36 De onderstaande feiten zijn ontleend aan HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.2.

instituut misleid. Hoewel de PIP-implantaten dus een CE-markering hadden, was een deel daarvan gevuld met industriële siliconen in plaats van medische siliconen. Er volgt een gebruiksverbod en PIP gaat failliet.

Bij de patiënt zijn in 2000 PIP-implantaten ingebracht door het ziekenhuis, waarbij de patiënt geen invloed had op de keuze voor dit type implantaten. In 2011 geeft de patiënt aan pijnklachten te hebben en in 2012 worden beide implantaten verwijderd, waarbij blijkt dat één van de implantaten was gescheurd. Vaststaat dat de implantaten die zijn ingebracht, ongeschikt waren, omdat een verhoogde kans op scheuren en lekken bestond, wat niet kenbaar ('niet te onderkennen'³⁷) was voor de implanterende arts. Niet vaststaat dat de ingebrachte implantaten gevuld waren met industriële siliconen. De patiënt vordert vergoeding van het ziekenhuis voor de geleden schade. De rechtbank wijst de vordering af, wijzend op de uitzonderlijkheid van de situatie (fraude door de producent) en de parlementaire geschiedenis die in geval van productaansprakelijkheid (serie ondeugdelijke producten) het risico in eerste instantie bij de producent legt en niet bij de medisch hulpverlener.³⁸ De argumenten dat de producent failliet is en de patiënt geen invloed heeft gehad op de keuze van het type borstimplantaat, zijn van onvoldoende gewicht om het oordeel anders te laten doen zijn.³⁹ De prejudiciële vragen van het hof zien in de kern op de vraag welke factoren relevant zijn in de oordeelsvorming over de toerekening van de tekortkoming van het ziekenhuis.⁴⁰

De Hoge Raad geeft bij zijn beantwoording wederom aan dat hij een onderscheid maakt tussen enerzijds de tekortkoming en anderzijds de toerekening, waarbij voor de tekortkoming relevant is of het hulpmiddel op het moment van gebruik 'state of the art' was. Daarbij geeft hij een nadere duiding van dat begrip:

‘Een daarbij gebruikt implantaat dient dus volgens de *heersende medische inzichten* geschikt te zijn en het moet voldoen aan de op dat moment *geldende wettelijke normen*.’⁴¹ [cursivering RR & SW]

Vervolgens maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen twee situaties. Als de PIP-implantaten zijn gevuld met industriële siliconen (een fraudegeval dus) staat de tekortkoming vast, omdat die implantaten 'op het moment van gebruik [hiervan naar] heersende medische inzichten ongeschikt [waren en niet voldeden] (...) aan de geldende wettelijke normen'.⁴² Anderzijds staat de uitkomst nog niet vast voor die PIP-implantaten die niet

37 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.2 onder xi.

38 Rb. Oost-Brabant 22 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6091, r.o. 4.10 en 4.16.

39 Rb. Oost-Brabant 22 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6091, r.o. 4-10-4.15.

40 Hof 's-Hertogenbosch 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3188.

41 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.8.2.

42 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.8.3.

gevuld waren met industriële siliconen maar wel een verhoogde kans hadden op de scheuren en lekken. De Hoge Raad overweegt dat deze situatie in beginsel een *tekortkoming* oplevert, ‘behalve als een dergelijk implantaat naar de medische inzichten van destijds *state of the art* was’. De hulpverlener dient dat aan te tonen.⁴³

De PIP-zaak is voor deze bijdrage met name relevant, omdat de Hoge Raad voor de fraudesituatie meegeeft hoe hij de *toerekening* beoordeelt:

‘De tekortkoming in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst wegens het gebruik van een als gevolg van de fraude ongeschikt PIP-implantaat is niet aan de hulpverlener toe te rekenen.’⁴⁴

De Hoge Raad maakt niet duidelijk of hij hier een invulling geeft van de verkeersopvatting (de tweede factor van 6:77 BW) of dat op basis van ‘andere omstandigheden van het geval’ een toerekeningsafweging wordt gemaakt (de derde factor van 6:77 BW). Ook de uitspraken van de rechtbank en het hof zijn op dit punt niet duidelijk.⁴⁵ De veronderstelling dat hier een invulling van de verkeersopvatting wordt gegeven, is gerechtvaardigd in het licht van de redenen die de Hoge Raad noemt voor zijn oordeel.⁴⁶ Ten eerste stelt de Hoge Raad vast dat sprake is van grootschalige en ernstige fraude. Daarom, ten tweede, speelt de deskundigheid van de hulpverlener geen rol in de beoordeling van de zaak. Ten derde, aansprakelijkheid zal leiden tot een grote hoeveelheid van omvangrijke schadeclaims, waarvoor het ziekenhuis beperkte mogelijkheden heeft om zicht te verzekeren én verhaal op PIP niet meer mogelijk is in verband met diens faillissement. De Hoge Raad merkt hierbij ook nog op dat het enkele feit dat er een CE-keurmerk bestaat geen rol speelt bij de beoordeling van de toerekeningsvraag.⁴⁷ Een en ander overziend, is toerekening aan de medisch hulpverlener/het ziekenhuis niet redelijk.

Deze drie factoren (al dan niet in onderling verband gezien) lijken dus doorslaggevend om het risico bij de patiënt te leggen en niet bij de medisch hulpverlener/het ziekenhuis: grootschalige en ernstige fraude aan de zijde van de producent, omvangrijke aantallen schadeclaims en (eventuele) onverzekerbaarheid aan de zijde van het ziekenhuis, en een faillissement van de producent. Welke wegingsfactoren relevant zijn en hoe de weging zou moeten uitvallen als *geen* sprake is van fraude, maar wel van een tekortkoming, blijft

43 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.8.4.

44 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.9.1. In dezelfde zin hierna: Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2219.

45 Andere PIP-zaken waarin fraude als relevante omstandigheid wordt genoemd voor de toerekeningsvraag blijven ook onduidelijk over waar in de tenzij-formule die omstandigheid meeweegt: Hof 25 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4936; Rb. Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:212.

46 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.9.1.

47 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.9.2.

onduidelijk.⁴⁸ Het gaat dan om de situatie waarin het ziekenhuis er *niet* in slaagt om aan te tonen dat de gebruikte en ongeschikte implantaten *state of the art* waren. Dat hier geen duidelijkheid over wordt geschapen is bezwaarlijk, omdat fraude uitzonderlijk is en in het gros van de zaken geen rol zal spelen.⁴⁹

2.3 De juridische discussie die is ontstaan

In de wetenschappelijke literatuur die tot nu toe is verschenen, wordt met name duiding gegeven aan de insteek van de Hoge Raad. Twee discussies zijn relevant voor deze bijdrage. Ten eerste die over de duiding van de verschuiving van een debat over toerekening naar de tekortkoming. Ten tweede is er de vraag welke factoren nog een rol spelen bij de toerekening en hoe de Hoge Raad daarmee om is gegaan. Bij beide vragen wordt hier stilgestaan.

Een algemeen inzicht is dat het zwaartepunt van de beoordeling is verschoven naar de *tekortkoming*, zodat deze minder vaak zal plaatsvinden via de *toerekening*.⁵⁰ Daar waar eerst eenvoudig een tekortkoming werd vastgesteld, omdat het gebruik van medische hulpmiddelen werd beschouwd als de uitvoering van een resultaatverbintenis, ligt nu eerst een debat daarover voor tussen partijen. Daarin zijn twee vragen relevant. Ten eerste of het gebruikte hulpmiddel een verhoogde kans geeft op letsel in vergelijking met hulpmiddelen met dezelfde functie (aan te tonen door de patiënt).⁵¹ Zo ja, ten tweede, of het betreffende medische hulpmiddel ten tijde van het gebruik daarvan *state of the art* was (aan te tonen door de hulpverlener).⁵² Wijne stelt terecht dat het niet zo is dat de hulpverlener nooit aansprakelijk kan zijn voor gebruik van ongeschikte medische hulpzaken, wat wel is betoogd door anderen.⁵³ De drempel om de tekortkoming vast te stellen, lijkt echter wel hoger geworden, met name vanwege het *state of the art*-verweer.⁵⁴ Hoeveel ruimte er uiteindelijk de facto nog bestaat, hangt echter goeddeels af van de definitie van dit verweer, hetgeen onduidelijk is gebleven. Die discussie valt echter buiten het bereik van dit artikel.⁵⁵

48 Lindenbergh wijst op casusgebondenheid van deze weging en concludeert dat deze uitspraak in die zin niet veel leert voor andere zaken, HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, NJ 2021/16, m.nt. S.D. Lindenbergh, nr. 14.

49 Wijne, *L&S* 2020, p. 21; Klein Gunnewiek en Van Beurden, *TVP* 2020, p. 130. Dat ligt overigens anders voor de PIP-zaken (borstimplantaten).

50 Hartlief, *NJB* 2020/2639; Wijne, *L&S* 2020, p. 13; Klein Gunnewiek, *TVP* 2020, p. 130; S.D. Lindenbergh in zijn noot onder HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, NJ 2021/16, m.nt. S.D. Lindenbergh, nr. 2.

51 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.8.4.

52 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.8.4.

53 Wijne, *L&S* 2020, p. 22.

54 C.W. Demper gaat verder in zijn annotatie onder de arresten (*GJR* 2020/32, p. 377): deze auteur betoogt dat met een beroep op art. 6:248 BW zelfs in geval van geschikte hulpzaken aansprakelijkheid kan worden aangenomen. Wij laten deze discussie hier rusten.

55 Hierover: Klein Gunnewiek en Van Beurden, *TVP* 2020, p. 128-129; C.W. Demper, *GJR* 2020/32, p. 377; Wijne, *L&S* 2020, p. 30; Van Asch en Tanouyat, *AV&S* 2020, p. 183.; Noot G. Veldt bij HR juni 2020,

Een opmerking is in dit verband nog relevant: daar waar *state of the art* voorheen een wegingsfactor was bij de beantwoording van de toerekeningsvraag, is het nu een beslissende factor geworden bij de vaststelling van de tekortkoming.

Het tweede punt dat in de literatuur naar voren is gebracht, betreft de wijze waarop de Hoge Raad invulling heeft gegeven aan de toerekeningsvraag. Wijne stelt terecht dat de Hoge Raad weinig meegeeft dat breed toepasbaar is⁵⁶, behalve op het punt van het CE-keurmerk (geen rol), en de onbekendheid met het gebrek (geen rol meer; bekendheid levert toerekening naar schuld op). Ook over het verzekeringsargument maakt de Hoge Raad een opmerking: *veel* vorderingen leiden tot lastige verzekerbaarheid, wat een argument is tegen toerekening. Over dat laatste is Wijne kritisch vanwege de verplichting die lidstaten hebben om onder de richtlijn grensoverschrijdende zorg te zorgen voor afdoende beroepsaansprakelijkheidsverzekeringssystemen of andere regelingen die eenzelfde doel hebben.⁵⁷ Wat betreft het faillissementsargument, dat lijkt nu juist ten voordele van het ziekenhuis uit te pakken⁵⁸, terwijl dat eerder als argument ten gunste van verhaal door de patiënt op het ziekenhuis werd genoemd. Van Boom is heel kritisch over de PIP-uitspraak; hij weerlegt alle argumenten en noemt het arrest in die zin onrijp:⁵⁹

‘Het eerste argument bevestigt dat de hulpverlener geen schuld had, maar dat is nu juist precies de reden dat artikel 6:77 BW bestaat. Als de hulpverlener wel op fraude bedacht had moeten zijn, was namelijk sprake van schuld en was artikel 6:77 BW niet nodig voor de toerekening. Het ontbreken van grotere deskundigheid hoeft om dezelfde reden niet doorslaggevend te zijn. Het argument dat er kort gezegd een tsunami van onverzekerbare en onverhaalbare claims te verwachten is (voor JBZ of voor alle ziekenhuizen die PIP-producten hebben gebruikt?) en dat daarom de ‘floodgates’ dicht gehouden moeten worden, is niet zonder kracht, maar of het feitelijk sluitend is kan ik niet beoordelen. Ik weet ook niet waar de Hoge Raad die wijsheid vandaan haalt.’⁶⁰

Van Boom vraagt om een empirische onderbouwing van de factoren die de Hoge Raad noemt (‘onverzekerbare en onverhaalbare claims’). Die empirische onderbouwing ontbreekt ook ten aanzien van de verkeersopvatting als zodanig. Wat vindt de samenleving in het

ECLI:NL:HR:2020:1090, *TvCH* 2020, p. 352-353; Van Boom, *AA* 2021, p. 276; noot S.D. Lindenberg onder HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, *NJ* 2021/16, nr. 8.

56 Vgl. C.W. Demper, *GJR* 2020/32, p. 378.

57 Wijne, *L&S* 2020, p. 21.

58 C.W. Demper, *GJR* 2020/32, p. 379. Hij wijst op de Conclusie van A-G Wissink die aangaf dat dit argument ook ten voordele van de patiënt zou kunnen worden uitgelegd (nr. 10.7.2).

59 Van Boom, *AA* 2021, p. 277.

60 Van Boom, *AA* 2021, p. 277.

kader van de toerekening van schade die is veroorzaakt door het gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen door de medisch hulpverlener? Het antwoord op die vraag is relevant, omdat het inzicht biedt in hoeverre de nieuwe benadering van de Hoge Raad daadwerkelijk een reflectie van de geldende verkeersopvattingen kan worden genoemd. Dat biedt ook een nieuw perspectief op de juridische discussie die hiervoor is beschreven. Naar deze vraag hebben wij daarom empirisch onderzoek verricht.

3 METHODE

3.1 *Algemeen: stellingen in omvangrijkere vragenlijst*

In hoofdstuk 1 van deze bundel zijn de methoden van het vragenlijstonderzoek al beschreven. In de volgende paragraaf beschrijven wij de stellingen die we aan onze respondenten hebben voorgelegd. Die stellingen zijn door hen beoordeeld aan de hand van een 7-punts Likertschaal, waarbij 1 staat voor ‘zeer mee oneens’ en 7 voor ‘zeer mee eens’. Het doel van deze stellingen is het meetbaar maken van de te onderzoeken verkeersopvattingen. Wij gaan er in dit onderzoek vanuit, aansluitend bij hetgeen in hoofdstuk 1 is beschreven, dat een verkeersopvatting de mening van een duidelijke meerderheid van de burgers representeert. Is een grote meerderheid van de respondenten het eens of oneens met een stelling, dan is dat voor ons dus een aanwijzing dat dat als de verkeersopvatting kan worden gezien.

3.2 *Stellingen*

In de vragenlijst zijn vier stellingen opgenomen over het dragen van de schadelast door het ziekenhuis vanwege schade veroorzaakt door onveilige implantaten. Bij de keuze van deze stellingen is aansluiting gezocht bij de drie factoren die de Hoge Raad noemde in het *PIP*-arrest om het risico te laten bij de patiënt. De volgende inleidende tekst is gegeven aan de respondenten:

‘Het komt voor dat een arts een ‘implantaat’ (bijvoorbeeld een nieuwe kunststof heup) moet gebruiken bij een operatie. Soms blijken die onveilig te zijn omdat bij het maken ervan een fout is gemaakt. Hoewel dan de maker van het implantaat verantwoordelijk is, vraagt de patiënt meestal aan het ziekenhuis om de schade te betalen. Een veel gestelde vraag is dan of ook het ziekenhuis voor de schade moet opdraaien.’

Waarna de volgende vier stellingen zijn voorgelegd:

Algemeen:

1. Een ziekenhuis moet de schade betalen die ontstaat door het gebruik van onveilige implantaten.

Specifiek:


2. Een ziekenhuis moet de schade betalen die ontstaat door het gebruik van onveilige implantaten, ook als die implantaten onveilig zijn *door fraude bij de fabrikant*;
3. Een ziekenhuis moet de schade betalen die ontstaat door het gebruik van onveilige implantaten, ook als *het ziekenhuis niet verzekerd is voor die schade*;
4. Een ziekenhuis moet de schade betalen die ontstaat door gebruik van onveilige implantaten, ook *als de fabrikant failliet is en het ziekenhuis de kosten dus niet kan doorberekenen aan de fabrikant*.

In de stellingen gebruiken wij het woord ‘onveilig’. Daarvoor hebben wij gekozen, omdat wij veronderstellen dat die term tot de verbeelding spreekt bij het grote publiek.⁶¹ Ten behoeve van de beheersbaarheid zijn voorts niet alle factoren die in de literatuur zijn genoemd, voorgelegd. Wij hebben ervoor gekozen om de algemene situatie voor te leggen (Stelling 1), de fraudesituatie uit het PIP-arrest (Stelling 2) en de twee situaties waarover de Hoge Raad iets meegeeft in het PIP-arrest in de context van grootschalige fraude: de verzekering van het ziekenhuis (Stelling 3) en het faillissement van de producent (Stelling 4).

4 RESULTATEN

4.1 Beschrijvende statistiek

De antwoorden op de stellingen zijn te vinden in de onderstaande tabel (tabel 1).

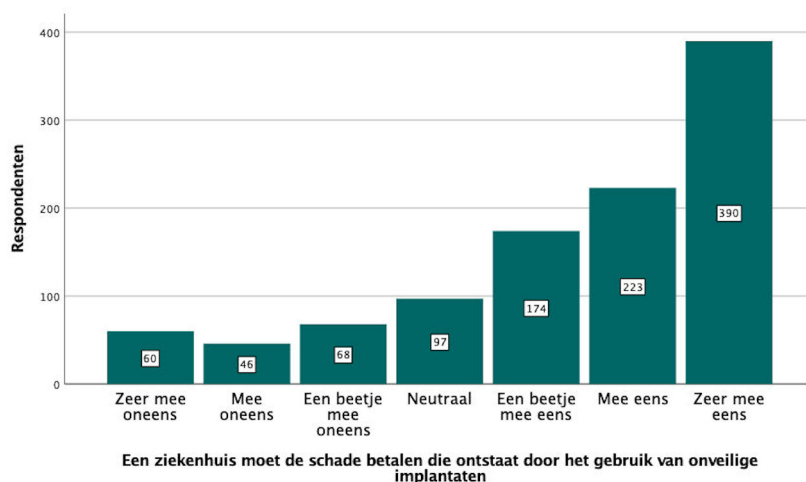
	Stelling 1		Stelling 2		Stelling 3		Stelling 4	
	Frequen- tie	%	Frequen- tie	%	Frequen- tie	%	Frequen- tie	%
1. Zeer mee oneens 	60	5,7	204	19,3	77	7,3	55	5,2
2. Mee oneens	46	4,3	130	12,3	51	4,8	38	3,6

⁶¹ Wij beseffen dat de term ‘onveilig’ vanuit juridisch perspectief enger is dan ‘ongeschikt’.

	Stelling 1		Stelling 2		Stelling 3		Stelling 4	
	Frequen- tie	%	Frequen- tie	%	Frequen- tie	%	Frequen- tie	%
3. Een beetje mee oneens	68	6,4	113	10,7	52	4,9	55	5,2
4. Neutraal	97	9,2	117	11,1	128	12,1	163	15,4
5. Een beetje mee eens	174	16,4	115	10,9	166	15,7	186	17,6
6. Mee eens	223	21,1	137	12,9	222	21,0	212	20,0
7. Zeer mee eens	390	36,9	240	22,7	361	34,2	347	32,8
Totaal	1058		1056		1057		1056	

De gemiddelde score op Stelling 1 (algemeen) is 5.38 (SD = 1.79), waarbij 1 staat voor ‘zeer mee oneens’ en 7 voor ‘zeer mee eens’ (figuur 1). Dat past ook bij de resultaten in tabel 1: daarin is te zien dat ongeveer driekwart van de respondenten (74.4%) het een beetje tot zeer eens is met de stelling.

Figuur 1 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 1 op een 7-punts Likertschaal

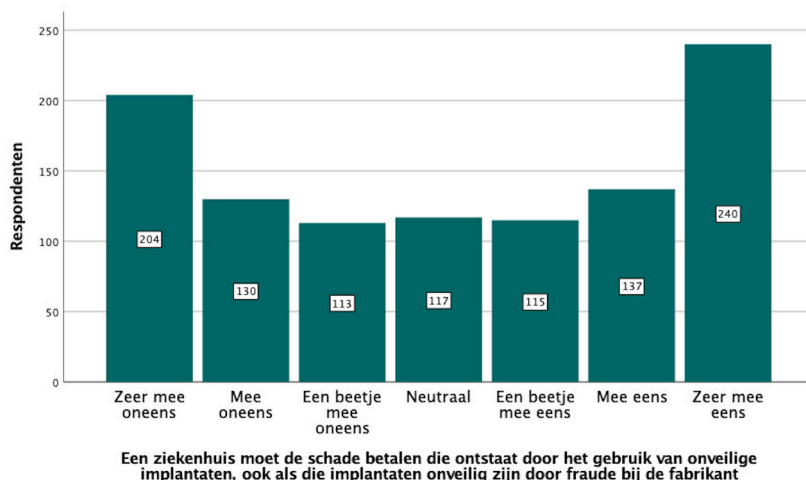


(Gem.= 5.38, Std. = 1.79)

De gemiddelde score van Stelling 2 (fraude) is 4.12 (SD = 2.24). Gemiddeld waarden de respondenten de stelling dus neutraal (figuur 2). Dat blijkt ook uit tabel 1. De frequentieverdeling laat zien dat ongeveer evenveel respondenten het eens als oneens zijn met de

stelling: 42.3% is het een beetje tot zeer oneens met de stelling, en 46.5% is het een beetje tot zeer eens met de stelling.

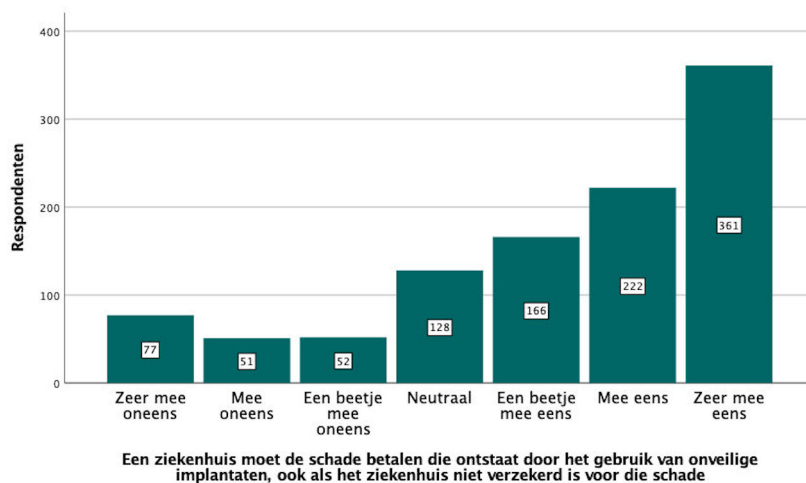
Figuur 2 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 2 op een 7-punts Likertschaal



(Gem. = 4.12, Std. = 2.24)

Dat ligt anders bij Stelling 3 (geen verzekering aan ziekenhuiszijde). De gemiddelde score van die stelling is 5.24 (SD = 1.85) (figuur 3), en 70.9% van de respondenten is het een beetje tot zeer eens met de stelling (tabel 1).

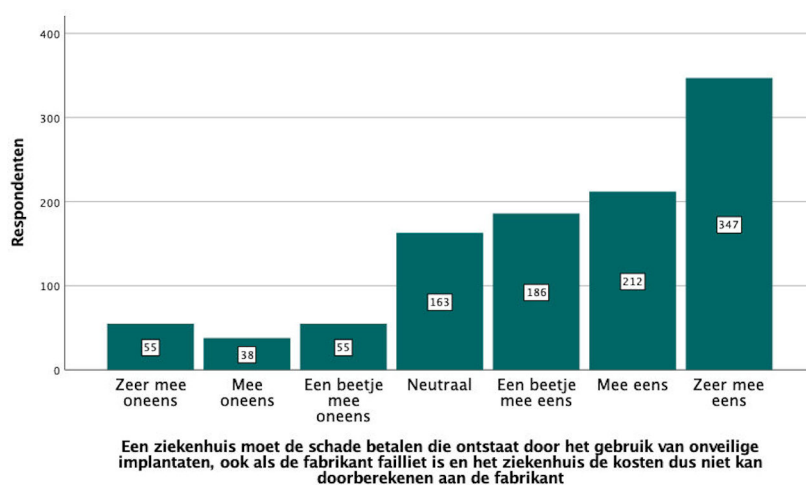
Figuur 3 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 3 op een 7-punts Likertschaal



(Gem. = 5.24, Std. = 1.85)

De score van Stelling 4 (faillissement fabrikant) is vergelijkbaar: het gemiddelde is 5.29 (SD = 1.72) (figuur 4), en 70.4% van de respondenten is het een beetje tot zeer eens met de stelling (tabel 1).

Figuur 4 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 4 op een 7-punts Likertschaal



(Gem. = 5.29, Std. = 1.72)

Deze resultaten laten zien dat in bijna alle gevallen de meeste respondenten vinden dat het ziekenhuis de schade moet vergoeden. Anders gezegd, dat het risico zou moeten verschuiven naar het ziekenhuis en niet bij de patiënt moet liggen. Dat is ook zo als het ziekenhuis niet voor de schade is verzekerd of als de kosten niet kunnen worden doorberekend omdat de fabrikant failliet is. De enige stelling die van dit patroon afwijkt, is Stelling 2. Dat is de stelling die ziet op fraude door de fabrikant. De gemiddelde score op deze stelling is 'neutraal', wat erop duidt dat er geen duidelijke voorkeur onder de respondenten is aan te wijzen. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat 46.5% van de respondenten het er een beetje tot zeer mee eens is om het risico bij het ziekenhuis te laten vallen, ook als de implantaten onveilig zijn door fraude bij de fabrikant. Dat is een relatief groter deel van de respondenten dan de groep die het een beetje tot zeer oneens is met de stelling (42.3%). Het verschil is echter marginaal. In vergelijking met de overige stellingen valt op dat meer respondenten het niet eens zijn met Stelling 2. In het geval van fraude zijn dus meer respondenten geneigd om de schade niet voor de rekening van het ziekenhuis te laten komen, dan bij de andere voorgelegde situaties.

4.2 *Verschillen tussen de stellingen*

De analyse laat zien dat de vragen door de respondenten significant verschillend zijn beantwoord.⁶² Nadere analyse toont een significant verschil tussen Stelling 2 en de overige stellingen.⁶³ Ook de reacties op Stelling 1 en Stelling 3 blijken significant van elkaar te verschillen.⁶⁴ Dat wil zeggen dat aangenomen mag worden dat het verschil tussen de genoemde stellingen niet op toeval berust. Voorts is de effectgrootte van het verschil tussen Stelling 2 en de overige stellingen gemiddeld.⁶⁵ Dat wijst erop dat het niet alleen gaat om een significant verschil, maar ook om een relevant verschil. Dat is anders voor het verschil tussen Stelling 1 en 3, waar de effectgrootte zeer klein is.⁶⁶ Het gaat daar dus niet om een

62 One-way repeated measures ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(2.332, 2453.280) = 276.53$, $p < .001$, partial eta squared = .21.

63 Post hoc test met gebruikmaking van de Bonferroni-correctie, $p < .001$. Met gepaarde t-testen is de aard van de onderlinge verschillen op de vragen verder onderzocht. Vraag 2 is 1.26 punt lager beantwoord dan vraag 1, 1.12 punt lager dan vraag 3 en 1.17 punt lager dan vraag 4. Al deze verschillen zijn significant, respectievelijk: $t(1055) = 21.51$, $p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval 1.14 tot 1.38; $t(1054) = -19.45$, $p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -1.23 tot -1.01; $t(1053) = -19.81$, $p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval -1.29 tot -1.06.

64 Post hoc test met gebruikmaking van de Bonferroni-correctie, $p < .001$. Met gepaarde t-testen is de aard van het verschil tussen deze vragen verder onderzocht. Op vraag 3 is gemiddeld 0.14 punten lager gescoord dan op vraag 1, een significant verschil ($t(1055) = 21.51$, $p < .001$ (tweezijdig), 95% betrouwbaarheidsinterval .07 tot .20).

65 Cohens d respectievelijk -.65, -.60 en -.61.

66 Cohens $d = .13$.

relevant verschil. Wij zullen ons hieronder daarom richten op het verschil tussen Stelling 2 (het geval van fraude) en de overige stellingen.

De omstandigheid dat een fabrikant heeft gefraudeerd, leidt onder de respondenten dus tot een andere waardering dan in de andere voorgelegde situaties. Er bestaan twee verschillen. Bij Stelling 1, 3 en 4 legt een duidelijke meerderheid van de respondenten het risico bij het ziekenhuis. Zoals hiervoor gezegd, zijn meer respondenten in het geval van fraude geneigd om het risico niet bij het ziekenhuis neer te leggen, dan bij de andere stellingen. Het is echter niet zo dat de meerderheid van de respondenten bij Stelling 2 het risico niet bij het ziekenhuis wil leggen. In tegenstelling tot de overige stellingen, is bij Stelling 2 namelijk geen duidelijke meerderheid van de respondenten het eens of oneens met de stelling. In plaats daarvan beoordeelt ongeveer de helft van de respondenten de stelling met een 1, 2 of 3 (oneens, 42.3%), en ongeveer de helft van de respondenten met een 5, 6 of 7 (eens, 46.5%). 11.1% van de respondenten antwoordt 'neutraal'. Daaruit concluderen wij dat in deze situatie geen duidelijke verkeersopvatting is aan te wijzen.

4.3 *Een kanttekening bij ons onderzoek*

Wat de hiervoor beschreven resultaten betekenen in het licht van het eerder beschreven juridisch kader, beschrijven wij hieronder in de discussie. Voordat wij daaraan toekomen, is het belangrijk om te verduidelijken wat wij op basis van ons onderzoek wel en niet kunnen zeggen.

Onze vragenlijst is uitgezet onder een groot aantal (> 1000) respondenten, dat een representatieve doorsnede van de Nederlandse populatie vormt. Wij hebben niet alle inwoners van Nederland gevraagd naar hun mening en kunnen daarom niet definitief zeggen wat 'de' verkeersopvattingen zijn. De getrokken steekproef biedt daar echter wel een goede indicatie van. De resultaten van ons onderzoek vormen dus een sterke aanwijzing voor wat de geldende verkeersopvattingen zijn.

Ook is van belang om op te merken dat wij onze vier stellingen los van elkaar aan de respondenten hebben voorgelegd. Wij hebben de stellingen niet in samenhang met elkaar gepresenteerd. Wij hebben dus bijvoorbeeld niet gevraagd of het ziekenhuis de schade moet vergoeden indien het ziekenhuis niet is verzekerd én de producent failliet is. Dat is anders in het arrest van de Hoge Raad waarop wij onze stellingen hebben gebaseerd. In dat arrest leidt de opeenstapeling van factoren tot het eindoordeel. Doordat wij onze stellingen los van elkaar hebben voorgelegd, kunnen wij dus niet de vraag beantwoorden of onze respondenten tot hetzelfde eindoordeel zouden komen als de Hoge Raad. Dat was ook niet het doel van deze bijdrage. Wij beoogden immers te ontdekken hoe de verkeersopvattingen mogelijk luiden. Daarop gaan wij hieronder nader in.

5 DISCUSSIE

5.1 *Drie relevante inzichten voor het recht*

De bovenstaande resultaten leveren drie belangrijke inzichten op voor het aansprakelijkheidsrecht. Ten eerste vindt een merendeel van de respondenten dat het ziekenhuis de schade moet vergoeden die is veroorzaakt door het gebruik van onveilige implantaten (5.2). Ten tweede vindt het merendeel van de respondenten dat het ziekenhuis die schadelast moet dragen, ook als het ziekenhuis niet is verzekerd of als de producent failliet is (5.3). Ten derde bestaat geen duidelijke opvatting over schadeverdeling als sprake is van fraude door de producent (5.4).

5.2 *Betekenis inzicht 1: de schade zou betaald moeten worden door het ziekenhuis*

Het merendeel van de respondenten geeft aan dat het ziekenhuis de schade moet vergoeden die is ontstaan door het gebruik van onveilige implantaten. De term ‘onveilig’ is iets anders dan ‘ongeschikt’ en wij hebben niet de variabele ‘*state of the art*’/aanwezige medische kennis’ in de stelling gezet, waardoor wij geen definitieve uitspraken kunnen doen over hoe de samenleving de stand van het recht precies beoordeelt. Wat wij wel kunnen concluderen, is dat het algemene beeld is dat de burger vindt dat het ziekenhuis verantwoordelijk is voor schade die is veroorzaakt door onveilige implantaten. Dat algemene beeld lijkt, maar wij willen hier voorzichtig zijn, niet te stroken met de keuze van de Hoge Raad om de drempels voor aansprakelijkheid te verhogen door extra ruimte voor verweermiddelen te laten aan de hulpverlener als het gaat om de tekortkoming. Wij beseffen dat onduidelijk is of die drempel de facto is verhoogd door de Hoge Raad, omdat ook in de oude situatie (voor de uitspraken van de Hoge Raad in *PIP* en *Miragelplombe*) de *state of the art* al genoemd werd als factor bij de toerekening. Toen was het echter een wegingsfactor waarvan het gewicht onduidelijk was, nu is het een duidelijk verweer dat vrij direct kan leiden tot een afwijzing van de claim.⁶⁷ Tot slot, en dat is een laatste voorbehoud dat hier wordt gemaakt, gaat het bij Stelling 1 niet alleen om een verkeersopvatting (de toerekening), maar ook om een beroepsnorm (de tekortkoming). Dat is anders bij de overdenking van het tweede inzicht uit de beschrijvende analyse.

⁶⁷ Een extra nuancering is nog dat de Hoge Raad niet expliciteert wat *state of the art* precies behelst, waardoor ook onduidelijk is hoe eng of ruim de verweermogelijkheid is.

5.3 *Betekenis inzicht 2: het ziekenhuis moet de schadelast dragen, ook als het ziekenhuis niet is verzekerd of als de producent failliet is*

De mogelijkheid tot afsluiten van een verzekering aan de zijde van het ziekenhuis en een faillissement van de producent, zijn omstandigheden die betekenis hebben voor de verkeersopvatting bij de toerekening. De samenleving legt het risico bij het ziekenhuis. De Hoge Raad oordeelt anders. Ten eerste, het risico op beperkte verzekeraarbaarheid is volgens de Hoge Raad een argument om het gevolg van het verwezenlijkte risico bij de patiënt leggen. Ten tweede, als de producent failliet is, kan het ziekenhuis geen regres nemen en kan dit een argument opleveren om de schadelast niet te verschuiven naar het ziekenhuis. Of de Hoge Raad dat laatste zo stellig heeft bedoeld, is nog onduidelijk, omdat hij spreekt over 'bovendien' en daarmee een verband legt met het omvangrijke aantal claims en de potentiële onverzekerbaarheid daarvan. Onduidelijk is dus of de Hoge Raad de omstandigheid van een failliete producent ook zo zwaar laat wegen als sprake is van een klein aantal claims en verzekeraarbaarheid. Desalniettemin, en iets minder genuanceerd, als de verkeersopvatting wordt geïnterpreteerd als de opvatting van de brede maatschappelijke groep van burgers, dan lijkt de Hoge Raad die opvatting niet te volgen in zijn antwoord op de prejudiciële vraag in het *PIP*-arrest. In beide gevallen, als een verzekering aan de zijde van het ziekenhuis afwezig is en als de producent failliet is, vindt de samenleving dat het risico moet verschuiven naar het ziekenhuis.

5.4 *Betekenis inzicht 3: er bestaat geen duidelijke opvatting over schadeverdeling als sprake is van fraude door de producent*

De Hoge Raad is stellig over de betekenis van de grootschalige fraude voor de toerekening van de tekortkoming. Als daarvan sprake is, kan de tekortkoming vanwege gebruik van een ongeschikt product dat door fraude in de markt is gekomen niet worden toegerekend aan de hulpverlener. Zo stellig als de Hoge Raad hier is, zo divers zijn de opvattingen van de burger. Hiervoor is beschreven dat de meningen bijna *fifty-fifty* zijn verdeeld: ongeveer evenveel respondenten zijn het een beetje tot zeer eens met de stelling, als een beetje tot zeer oneens met de stelling.

Dat betekent dat in deze situatie geen duidelijke, door de meerderheid gedragen verkeersopvatting is aan te wijzen (of in ieder geval niet op basis van ons onderzoek) als 'fraude' geïsoleerd wordt voorgelegd van andere omstandigheden. In zo'n geval vinden wij het te verdedigen dat de Hoge Raad daarin een knoop doorhakt.⁶⁸ Dat is immers een

⁶⁸ Dat wil niet zeggen dat in het geval wél een duidelijke verkeersopvatting is aan te wijzen, er geen redenen denkbaar zijn voor de Hoge Raad om daarvan af te wijken. Deze discussie ligt echter buiten het bestek van onze bijdrage.

belangrijke taak van de rechter. Daarbij vinden wij het wel aangewezen dat de Hoge Raad zijn standpunt expliciet motiveert. Enkel de verwijzing naar een verkeersopvatting kan hier niet volstaan.

Een laatste mogelijke nuancering is op zijn plaats: de Hoge Raad – en ook de rechtbank en het hof – is niet expliciet over hoe hij de omstandigheid ‘fraude’ meeneemt in de toerekening. Is het een *verkeersopvatting* of is het een ‘*andere omstandigheid van het geval*’ die ervoor zorgt dat toerekening niet zou moeten plaatsvinden? Dat laatste zou een ontsnapingsroute zijn voor de Hoge Raad. Een ‘andere omstandigheid van het geval’ impliceert immers niet een reflectie van een maatschappelijke opvatting te zijn. In het licht van de uitkomst van onze vragenlijst – die op de meeste punten wijst op een verkeersopvatting die de schadelast legt bij het ziekenhuis – zou een betere motivering in ieder geval op zijn plaats zijn geweest. Afgaan op een veronderstelde opvatting van de samenleving lijkt immers een andere kant op te wijzen; een kant die gunstiger zou zijn geweest voor de patiënt.

5.5 *Afsluiting*

Het doel van deze bijdrage was om te onderzoeken of, vertrekkend vanuit het perspectief van de samenleving, het ziekenhuis de schade zou moeten vergoeden als gevolg van het gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen. Wij hebben daarover vier stellingen voorgelegd aan een grote groep respondenten in de samenleving. Drie specifieke stellingen waren afgeleid van rechtspraak van de Hoge Raad. Die drie stellingen lijken ofwel geen duidelijke verkeersopvatting op te leveren (fraude door de producent), ofwel een andere kant op te wijzen (geen verzekering ziekenhuis en faillissement producent). Als de verkeersopvatting wordt geïnterpreteerd als de opvatting van de samenleving, dan vragen onze uitkomsten in ieder geval om uitleg door de rechter en zelfs mogelijk om aanpassing van het recht op dit punt.



9 VAN ‘PRAKTISCHE HANDLEIDING’ TOT ONRECHTMATIGE HANDELING

Over interne instructies als invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm

*Anneloes Kuiper-Slendebroek**

1 METEN IS WETEN

Na de oproep in maart 2020 om thuis te werken vanwege het Coronavirus, was er een terugval van 54% in de koopsomaanvragen van woningen door particulieren.¹ Een jaar later blijken er echter 12% meer woningen te zijn verkocht dan in dezelfde periode in 2019.² Van stil (thuis)zitten was wat betreft de woningmarkt dus geen sprake. Wanneer een woning te koop staat, is dat gemiddeld voor 97 dagen.³ In deze periode is het voor een koper zaak om bij de makelaar alle informatie in te winnen die nodig is voor een besluit over de aankoop – met een bod dat gemiddeld 3,5% hoger ligt dan de vraagprijs.⁴ Voor een deel van de makelaars – de makelaars die zijn aangesloten bij de Nederlandse Coöperatieve Vereniging van Makelaars en Taxateurs in onroerende goederen (NVM)⁵ – geldt dat voor (het geven van) bepaalde informatie betreffende de woning protocollen zijn opgesteld door de NVM. Een voorbeeld van dit soort ‘private regelgeving’ is de ‘Meetinstructie bepalen gebruiksoppervlakte woningen volgens NEN 2580’ (hierna: de Meetinstructie).

Met zo’n eenduidige meetmethode voor woonoppervlakten kan worden voorzien in betrouwbare informatie bij de koop van een huis. De maatschappelijke *relevantie* van een

* Anneloes Kuiper-Slendebroek is als universitair docent verbonden aan Ucall.

1 Koopsomaanvragen bij het Kadaster, uit Rapport Kadaster CBS ‘Woningkopers lijken snel over hun coronaschrik heen’, april 2020, p. 2. Ook op pagina 2: ‘De bevragingen van het Kadaster zijn een betrouwbare indicator voor het zoekproces naar een koopwoning.’

2 Al duurt de fase tussen oriëntatie en verhuizing in de regel langer dan een jaar. Bron: Kadaster.nl, ‘Nog meer verhuizingen uit de grote stad door Corona?’, 20 januari 2021.

3 NVM.nl, ‘Historisch laag aanbod stuwt verkoopprijs woning met bijna 15%’, 15 april 2021.

4 NVM, ‘Analyse woningmarkt 1^e kwartaal 2021’.

5 Volgens de NVM zijn er 4400 makelaars bij hen aangesloten, bron: NVM.nl. In het eerste kwartaal van 2020 hadden deze NVM-makelaars tezamen een aanbod van 30 duizend woningen over een totaal van 44 duizend marktbreed, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, ‘Staat van de Woningmarkt’, Jaarrapportage 2020, p. 17.

meetmethode is evident. De maatschappelijke *opvatting* over de juridische verplichting om een bepaalde meetmethode te gebruiken – en bij afwijking daarvan aansprakelijk gesteld te (kunnen) worden voor de schade – is minder duidelijk. Deze bijdrage onderzoekt het maatschappelijke draagvlak voor de toepassing van dergelijke private regelgeving door de rechter bij de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Aanleiding tot deze bijdrage is het *Meetinstructie*-arrest, uitgebreid uiteengezet in paragraaf 2, waarin de Hoge Raad de *Meetinstructie* gebruikt om te beoordelen of zorgvuldig is gehandeld door een makelaar.⁶ Verschillende arresten, geselecteerd vanwege de stapsgewijze uitbreiding in het gebruik van private regelgeving door de Hoge Raad bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm, worden uiteengezet in paragraaf 3. De ontwikkelingen die worden gesignaleerd in deze uitspraken zijn verwerkt in een drietal stellingen welke ter waardering zijn voorgelegd aan een panel. De uitkomst hiervan wordt besproken in paragraaf 4. Een nadere analyse in paragraaf 5 sluit deze bijdrage af.

2 AANLEIDING: PRIVATE REGELGEVING EN HET *MEETINSTRUCTIE*-ARREST

Private regelgeving vormt, net als bijvoorbeeld de verkeersopvattingen uit artikel 3:12 BW, een ‘buitenjuridische rechtsbron’: het is voor de rechter een vindplaats van opvattingen uit de maatschappij en een aanknopingspunt voor rechtsvorming.⁷ Private regelgeving omvat veelal richtlijnen of gedragscodes die door private partijen zijn opgesteld en interne werking hebben binnen de onderneming of branche waarvoor zij gelden. Eenvoudig gezegd brengt private regelgeving tot uitdrukking wat men binnen een bepaalde groep als zorgvuldig (gedrag) heeft bestempeld. Tot voor kort werd aangenomen dat private regelgeving wel relevant, maar niet doorslaggevend kon zijn voor de invulling van open normen zoals de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (artikel 6:162 lid 2 BW). In recente rechtspraak wordt door de Hoge Raad echter uitdrukkelijk rekening gehouden met private regelgeving, waarmee vervolgens invulling wordt gegeven aan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.⁸ Wat het type rechtsvragen betreft waarvoor private regelgeving een aanknopingspunt kan bieden, betoogt Jansen:

-
- 6 Overigens heeft de Hoge Raad zich in korte tijd tweemaal uitgesproken over de (gestelde) onrechtmatige daad van de makelaar jegens de koper vanwege het niet conform de *Meetinstructie* opmeten van de woning, namelijk op 13 juli 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1176, *Meetinstructie*) en op 22 februari 2019 (ECLI:NL:HR:2019:269, *Meetinstructie II*). In het laatste arrest beperkt de Hoge Raad zich tot het bewijs van de omvang van de schade. Dit artikel concentreert zich daarom op het eerste arrest (*Meetinstructie*).
- 7 K.J.O. Jansen, *Verkeersopvattingen en private regelgeving*, NTBR 2020/5, p. 26. Jansen volgt hier T.F.E. Tjong Tjin Tai, Boekbespreking ‘De Verkeersopvatting’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010/1, p. 101, waar hij uiteenzet dat wanneer de wetgever spreekt van een verkeersopvatting, kennelijk is bedoeld een ‘buitenjuridische opvatting’.
- 8 Zoals in het hierna te bespreken *Graafrichtlijn*-arrest en *Meetinstructie*-arrest, beide uit 2018. Zie ook K.J.O. Jansen, *Verkeersopvattingen en private regelgeving*, NTBR 2020/5, p. 26.

'dat de betekenis van private regelgeving voor het onrechtmatigheidsoordeel afhankelijk behoort te zijn van het *abstractieniveau van de normstelling*. Naarmate de toe te passen zorgvuldigheidsnorm zich meer op een technisch detailniveau bevindt (...) is de betekenis van private regelgeving voor de invulling ervan mijns inziens groter, en wel potentieel doorslaggevend. Op dat niveau fungeren zorgvuldigheidsnormen als praktische "uitvoeringsregels", met een geringe juridische precedentwaarde. Het lijkt me in die context toelaatbaar en in beginsel ook gewenst dat de rechter voor de invulling van zulke regels aansluiting zoekt bij maatschappelijke opvattingen, zoals verankerd in private regelgeving.⁹

Het *Meetinstructie*-arrest is zo'n zaak waarin de Hoge Raad aansluiting zoekt bij de maatschappelijke opvattingen die worden gedestilleerd uit private regelgeving.¹⁰ Deze zaak vangt aan als in augustus 2010 een woning te koop wordt gezet in Amsterdam. Door een medewerker van de (verkoop-)makelaar is een bruto vloeroppervlak van 77 m² gemeten. De verkoopbrochure vermeldde een woonoppervlakte van 'ca. 80 m²' en '[a]an deze brochure [kunnen geen] rechten kunnen worden ontleend'.¹¹ De woning wordt gekocht in september 2010 voor de vraagprijs van € 415.000,00. Als de – inmiddels – eigenaren hun woning weer willen verkopen in januari 2014, blijkt het (netto) gebruiksoppervlak lager te zijn, namelijk 71,11 m². De eigenaren stellen schade te hebben geleden door het onrechtmatig handelen van de makelaar die de woning aanbood onder vermelding van een onjuist gebruiksoppervlakte en vorderen betaling van € 51.271,75.¹²

Relevant is verder dat in juni 2010 de ledenraad van de NVM al had bepaald dat per 1 september 2010 alle NVM-Makelaars verplicht zouden worden om in de verkoopinformatie de netto-woonoppervlakte van de woning te vermelden en deze via de *Meetinstructie* in te meten. Bij afwijking van deze meetmethode moest dit uitdrukkelijk worden vermeld.¹³ De vraag is nu in welke mate dit voorschrift als een juridisch bindende norm moet worden opgevat.

De Rechtbank Amsterdam wijst het door kopers gevorderde af omdat 'het volgen van de meetinstructie nog niet verplicht was op het moment waarop de woning werd gemeten en te koop aangeboden'. Dat de in de advertentie genoemde woonoppervlakte afwijkt van de genoemde (bruto) oppervlakte acht de rechtbank 'evenmin onrechtmatig, aangezien

9 K.J.O. Jansen, *Verkeersopvattingen en private regelgeving*, NTBR 2020/5, p. 35.

10 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*Meetinstructie*).

11 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*Meetinstructie*), r.o. 3.1.

12 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*Meetinstructie*), NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen, Hof r.o. 3.2.

13 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*Meetinstructie*), r.o. 3.1.

het woord “circa” in een dergelijke marge voorziet en het een feit van algemene bekendheid is dat dergelijke maten in advertenties naar boven worden afgerond’.¹⁴

Het Gerechtshof Amsterdam vernietigt dit vonnis en veroordeelt de makelaar tot betaling van € 10.000,00.¹⁵ Het hof beredeneert dit als volgt:

‘[D]e 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 (vastgesteld volgens de zogenaamde NEN-2580). Dat betekent dat indien de meetinstructie op 25 augustus 2010 voor de onderhavige verkoopopdracht gold, [eiseres] met het vermelden van een aanmerkelijk hoger woonoppervlakte dan het netto woonoppervlak van de woning (te weten een verschil van 9m²) jegens [verweerder] onrechtmatig, want in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, heeft gehandeld. Gezien het doel dat met de meetinstructie is beoogd, komt [eiseres] in dat geval – anders dan zij bepleit – geen beroep toe op de in de verkoopbrochure opgenomen exoneratie noch op de onderzoeksplicht van [verweerder] zelf. [Verweerder], die stelt dat hij de woning niet heeft nagemeten omdat hij van andere makelaars begreep dat al volgens de nieuwe normen werd gemeten, heeft er dan gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat dit was gebeurd.’¹⁶

Dat de Meetinstructie voor nieuwe verkopen door de NVM al vanaf 15 juni 2010 en niet per 1 september 2010 verplicht was gesteld, blijkt uit een aanhangsel bij het reglement van de NVM en uit een uitspraak van de Centrale Raad van Toezicht van de NVM waarin dat besluit wordt aangehaald.¹⁷ Het hof gaat er daarom van uit dat de Meetinstructie gold toen de Amsterdamse woning in augustus 2010 te koop werd aangeboden en dat de verkopend makelaar deze ‘als redelijk bekwaam en redelijk handelend NVM-makelaar had moeten toepassen’.¹⁸

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

15 Op 24 januari 2017.

16 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*Meetinstructie*), r.o. 3.2.2.

17 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*Meetinstructie*), r.o. 3.2.2. Zie ook: De Centrale Raad van Toezicht van de Nederlandse Vereniging van Makelaars o.g. en Vastgoeddeskundigen NVM 6 juni 2013, CR 13-2442, r.o. 8.2.

18 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*Meetinstructie*), r.o. 3.2.2.

De makelaar brengt in de cassatiemiddelen onder meer naar voren dat schending van een als verenigingsvoorschrift geldende, interne meetinstructie niet zonder meer kan leiden tot de gevolgtrekking dat de makelaar jegens de koper onrechtmatig heeft gehandeld.¹⁹

Aan de Hoge Raad was het om te beoordelen welke betekenis toekomt aan de Meetinstructie voor het onrechtmatigheidsoordeel. Als uitgangspunt geldt dat een verkopend makelaar onrechtmatig handelt jegens een koper als de makelaar niet de zorgvuldigheid betracht die in de omstandigheden van het geval van hem mogen worden verwacht. Daarover stelt de Hoge Raad:

‘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. (...) [D]e NVM [heeft] toepassing van de meetinstructie voor de bij haar aangesloten makelaars verplicht gesteld omdat derden erop moeten kunnen vertrouwen dat het woonoppervlak dat bij verkoop wordt vermeld niet de bruto maar de netto (gebruiks)oppervlakte betreft, bepaald volgens de zogenoemde NEN-2580 (...) De meetinstructie strekt derhalve tot bescherming van de belangen van de aspirant-kopers. (...) [I]n beginsel mogen zij ervan uitgaan dat de vermelde oppervlakte is gemeten met inachtneming van de meetinstructie en dus – afgezien van de in de meetinstructie zelf genoemde ondergeschikte afwijkingen ten gevolge van bijvoorbeeld interpretatieverschillen, afrondingen of beperkingen bij het uitvoeren van de meting – overeenkomt met het netto woonoppervlak van de woning.’²⁰

Vanwege het vertrouwen dat de koper aan ‘het verplichte karakter van die meetinstructie’ mag ontlelen, is handelen van de NVM-makelaar in strijd met die Meetinstructie – bijzondere omstandigheden daargelaten – dus strijdig met de maatschappelijke betamelijkheid van artikel 6:162 BW en daarmee onrechtmatig. De private norm dat een NVM-makelaar de Meetinstructie toepast is daarmee direct bepalend voor het onrechtmatigheidsoordeel. Smeehuijzen noemt dit een ‘spannend oordeel op het terrein van de invloed van private regelgeving op de algemene maatschappelijke betamelijkheidsnorm’.²¹

Van het ‘verplichte karakter’²² van het Meetinstructie-arrest wordt inmiddels ook door lagere rechterlijke instanties gebruik gemaakt:²³

19 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*Meetinstructie*), r.o. 3.3.

20 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*Meetinstructie*), r.o. 3.4.2-3.4.5.

21 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*Meetinstructie*), NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen, par. 9.

22 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (*Meetinstructie*), r.o. 3.4.6.

23 Zie www.rechtspraak.nl, bekeken in mei 2021: de NVM-meetinstructie is in 18 rechtbankuitspraken en in 16 hof-arresten gebruikt.

‘Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend NVM-makelaar, zoals Estata Makelaars, mag ook door derden worden verwacht dat deze de door de NVM voorgeschreven meetinstructie volgt. Omdat Estata Makelaars dit heeft nagelaten, heeft zij de voor haar als NVM-makelaar geldende normen overschreven en daarmee zich niet gedragen als een redelijk handelend en bekwaam NVM-makelaar.’²⁴

Het oordeel van de Hoge Raad dat de NVM-regels gelden voor NVM-makelaars, leidt in de lagere rechtspraak tot het criterium van de ‘redelijk handelend en bekwaam NVM-makelaar’. Dit leidt tot de vraag of voor ‘gewone’ makelaars andere regels zouden gelden. Dit onderscheid tussen makelaars heeft ook de aandacht van Advocaat-Generaal Valk in zijn conclusie voor het Meetinstructie-arrest:

‘De opvatting volgens welke de niet-nakoming van de meetinstructie als zodanig reeds een onrechtmatige daad ten opzichte van de koper constitueert, dunkt mij op gespannen voet te staan met de notitie dat ook normen van ongeschreven recht – hoezeer ook die normen de rechter tot maatwerk in staat stellen – een *objectief* karakter dragen. De door de rechter te aanvaarden norm behoort geschikt te zijn om evenzeer te gelden tussen andere personen in vergelijkbare omstandigheden en met vergelijkbare verantwoordelijkheden. Wat anders gezegd, de enkele omstandigheid dat NVM als vereniging een bepaalde standaard van beroepsethiek heeft aanvaard, rechtvaardigt niet dat de aansprakelijkheid van de NVM-makelaar anders en ruimer is dan die van een beroepsgeenoot die van die vereniging géén lid is.’²⁵

Valk pleit ervoor om terughoudend te zijn met de betekenis en het gewicht van private regelgeving bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Het gaat hem te ver om ‘iedere schending van de meetinstructie door een NVM-makelaar te beschouwen als onrechtmatige daad jegens de koper die mede op basis van de verkoopbrochure een woning heeft gekocht’.²⁶ Het uitgangspunt voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm zou volgens hem moeten zijn dat er los van de norm wordt gekeken of er onrechtmatig is gehandeld, waarbij de private regelgeving een aanwijzing vormt voor de rechter over hoe de open norm kan worden geïnterpreteerd.

24 Rb. Den Haag 4 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1933, r.o. 4.12.

25 Conclusie A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2018:304, onder 2.8.

26 Conclusie A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2018:304, onder 2.7. Hij verwijst hierbij ook naar het uitgangspunt van Meijers in zijn toelichting bij artikel 6:162 BW: Parlementaire Geschiedenis BW Boek 6, 1981, p. 616.

3 HET GEBRUIK VAN PRIVATE REGELGEVING DOOR DE HOGE RAAD

De opvatting van Valk sluit aan bij de leer dat private regelgeving bij de interpretatie van een open norm geen dwingend recht vormt, maar slechts een 'aanwijzing' is voor de rechter.²⁷ Deze terughoudende benadering is te begrijpen in het licht van de wetsgeschiedenis en oudere rechtspraak van de Hoge Raad over 'gebruiken en gewoonten'. Private regelgeving heeft echter een steviger normatieve fundering dan die van een in de praktijk gegroeide gewoonte, omdat private regelgeving 'het resultaat is van een bewust en gecoördineerd proces van maatschappelijke normvorming'.²⁸ Volgens Jansen is dit normatieve gehalte een verklaring voor de grotere, potentieel doorslaggevende betekenis die de Hoge Raad inmiddels in het Meetinstructie-arrest heeft toegekend aan private regelgeving. Of dit arrest een volgende stap is in het gewicht dat moet worden toegekend aan private regelgeving of dat het gaat om een incident, is echter (nog) onduidelijk; in de afgelopen jaren heeft de Hoge Raad hierin geen duidelijke lijn getrokken. In deze paragraaf worden daarom ook oudere arresten besproken waarvan bepaalde elementen over private regelgeving zijn verwerkt in de vragen die zijn voorgelegd aan het panel.

Het oudste arrest dat is verwerkt in de vragen is het *Trombose*-arrest.²⁹ In het Medisch Centrum Leeuwarden (MCL) stelt een aantal artsen gezamenlijk een protocol vast over te volgen procedures bij een behandeling, waaronder het toedienen van een antistollingsmiddel. Door één van de artsen wordt dit middel, in afwijking van het protocol, niet toegediend en bij de behandelde patiënt wordt later de diagnose trombose gesteld. Het MCL wordt aansprakelijk gesteld voor de opgelopen schade uit hoofde van toerekenbare tekortkoming en/of onrechtmatige daad wegens het niet-naleven van het protocol. De Hoge Raad overweegt dat van het MCL en de daaraan verbonden artsen verwacht mag worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen.³⁰ De voorwaarden waaronder kan worden afgeweken van een dergelijk protocol worden door de Hoge Raad uitgewerkt in een ander arrest over medische beroepsaansprakelijkheid:

'Een protocol voor medische behandeling geeft een richtlijn die in beginsel in acht moet worden genomen, maar waarvan soms kan en in bepaalde gevallen ook moet worden afgeweken, waarbij als maatstaf heeft te gelden dat aan de patiënt de zorg behoort te worden verleend die in de omstandigheden van het geval van een redelijk bekwaam arts mag worden verlangd. Deze maatstaf

27 M.C. Menting, *Industry codes of conduct in a multi-layered Dutch private law* (diss. Tilburg), 2016, p. 2.

28 K.J.O. Jansen, *Verkeersopvattingen en private regelgeving*, NTBR 2020/5, p. 36.

29 HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377 (*Trombose*).

30 HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, r.o. 3.3.3.

brenkt enerzijds mee dat een afwijking van het protocol door een arts moet kunnen worden beargumenteerd ([*Trombose*-arrest]), maar anderzijds dat het volgen van het protocol niet zonder meer betekent dat de arts juist heeft gehandeld.³¹

Volgens deze arresten rust de ‘comply or explain’-eis op degene die in strijd handelt met de private regelgeving, ook al is deze regelgeving door hemzelf (mede-)opgesteld.

Ook in het arrest *Achmea/Rijnberg* neemt de Hoge Raad het handelen in strijd met de private regelgeving als uitgangspunt voor de invulling van de open norm.³² Het ging hierin om de vraag of bij een fraudeonderzoek door de verzekeraar in strijd was gehandeld met de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (hierna: de Gedragscode), opgesteld door het Verbond van Verzekeraars. De Gedragscode beschrijft de uitgangspunten voor de verzekeraar (mede) in het belang van de verzekerden en sluit aan bij bestaande wetgeving op het gebied van privacy. De Gedragscode gaat uit van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit om zo rekening te houden met het spanningsveld tussen het beschermen van de verzekerde tegen onnodige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en de belangen van de verzekeraar die met die inbreuk worden gediend. De Hoge Raad overweegt:

‘Het instellen door een verzekeraar van een persoonlijk onderzoek als hier aan de orde vormt een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde. Zodanige inbreuk is in beginsel onrechtmatig. (...) Gelet op inhoud en opzet van de Gedragscode, kan tot uitgangspunt worden genomen dat indien een verzekeraar in strijd met de code handelt, sprake is van een ongerechtvaardigde en derhalve onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde.’³³

Voor dit vraagstuk sluit de Hoge Raad aan bij eerdere (verzekerings)rechtspraak.³⁴ In de Gedragscode spelen de (wettelijke) beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een rol bij het vaststellen van een inbreuk op persoonlijke rechten. Het handelen in strijd met de Gedragscode vormt het uitgangspunt in de overwegingen van de Hoge Raad over de onrechtmatigheid van deze handeling.

Daarmee lijkt private regelgeving een meer zelfstandige rol te gaan spelen in de arresten van de Hoge Raad. Dit blijkt ook uit het *Graafrichtlijn*-arrest, gewezen in hetzelfde jaar als het *Meetinstructie*-arrest. In het *Graafrichtlijn*-arrest komt de private regelgeving echter

31 HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, r.o. 3.4.

32 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942 (*Achmea/Rijnberg*).

33 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, r.o. 5.2.1.

34 HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9609.

op andere wijze en om andere redenen tot stand dan in eerdere arresten het geval was. Zo is deze private regelgeving niet (mede) opgesteld door degene die in de praktijk wordt gebonden door de regelgeving – zoals de arts in het *Trombose*-arrest –, maar door een groep vertegenwoordigers van de (veel groter) beroepsgroep. Daarnaast kwam deze regelgeving tot stand omdat de wetgever bij het opstellen van wetgeving het invullen van de concrete normen nadrukkelijk had overgelaten aan de praktijk. Deze vertegenwoordigers handelden dus als het ware in (wettelijke) opdracht bij het opstellen van de Richtlijn. Dit aspect wordt door de Hoge Raad benadrukt en is ook opgenomen in de voorgelegde stellingen.

In het *Graafrichtlijn*-arrest gaat het om de vraag of de grondroerder door het stuktrekken van ondergrondse kabels bij graafwerkzaamheden een onrechtmatige daad heeft gepleegd.³⁵ De grondroerder heeft wat betreft het lokaliseren van de kabels wel voldaan aan de normen uit de Wet informatie-uitwisseling Ondergrondse Netten (WION), maar niet aan alle normen uit de Richtlijn 'Zorgvuldig Graafproces' (Richtlijn), waaronder het lokaliseren van alle kabels in een omtrek van anderhalve meter aan weerszijden van de graaflocatie. Het Gerechtshof Amsterdam stelt vast dat de door de wetgever gestelde minimumeisen waren nageleefd door de grondroerder. Of van de grondroerder nog meer aan zorgvuldigheid mag worden verwacht, was volgens het hof – na een uitgebreide beschouwing over de betekenis van de Richtlijn en de omstandigheden – niet het geval; de Richtlijn is een 'best practice-regel' en het niet opvolgen van dit advies is niet zonder meer onzorgvuldig.³⁶

De Hoge Raad denkt hierover anders. Uit de Memorie van Toelichting op de WION citeert hij:

'De combinatie van de in deze wet opgenomen eisen, de bestaande aansprakelijkheidswetgeving uit het Burgerlijk Wetboek en de door de sector te maken afspraken, versterken elkaar zodanig, dat eenvoudiger kan worden bepaald wie er in geval van graafschade te kort is geschoten.'³⁷

Deze 'door de sector te maken afspraken' zijn te vinden in de Richtlijn, opgesteld op initiatief van het Kabels en Leidingen Overleg met daarin vertegenwoordigers van diverse bij graafwerkzaamheden en netwerken betrokken partijen. Doel van deze samenwerking is:

'het begrip "zorgvuldig graven", dat in de wet zeer ruim is omschreven, nader in te vullen. De richtlijn sluit naadloos aan op de wet maar belangrijker nog: hij wordt gedragen door de sector. Alle betrokken partijen hebben bij het

35 HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772 (*Graafrichtlijn*).

36 HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, r.o. 3.2.2.

37 HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, r.o. 3.4.4.

opstellen hun inbreng geleverd. Dit heeft geresulteerd in een richtlijn die niet alleen beschrijft hoe er zorgvuldig gegraven wordt, maar die het gehele proces in beeld brengt.³⁸

De Hoge Raad komt tot een afweging waarbij de te nemen voorzorgsmaatregelen moeten worden afgezet tegen de mogelijke gevolgen van het beschadigen van kabels of leidingen. Ook worden door hem verschillende argumenten voor het gebruik van de Richtlijn bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm naar voren gebracht:

‘Bij gebreke van concrete wettelijke normering, komt bij die afweging, en daarmee bij de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheid, groot gewicht toe aan de Richtlijn, die, zoals het hof heeft overwogen, is vastgesteld door een breed samengesteld, technisch geschoold gezelschap waarin zowel opdrachtgevers, (grotere) grondroerders als beheerders vertegenwoordigd waren. Aldus vormt de richtlijn immers de weerslag van de binnen de beroepsgroep geldende opvattingen omtrent zorgvuldig handelen. Ook bij de totstandkoming van de WION is gewezen op het belang van door de sector te maken afspraken (...). Bovendien is het voor de graafpraktijk van belang dat duidelijkheid bestaat over de wijze waarop de bij graafwerkzaamheden betrokkenen hun zorgplicht moeten naleven. De rechter dient daarom bij de invulling van de zorgplicht in beginsel aan te sluiten bij de Richtlijn. Indien hij een daarvan afwijkende invulling van de zorgplicht wil geven, dient hij te motiveren welke omstandigheden rechtvaardigen dat in het concrete geval van de Richtlijn mocht worden afgeweken.’³⁹

De invulling van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen door private regelgeving is niet nieuw, maar in het *Graafrichtlijn*-arrest is het gewicht dat aan private regelgeving wordt gehangen zwaarder dan in de eerdere arresten. Zo achtte de Hoge Raad het behandelprotocol voor artsen ‘een richtlijn’ die in beginsel in acht moet worden genomen,⁴⁰ terwijl hij aan de Richtlijn in het *Graafrichtlijn*-arrest een ‘groot gewicht’ toekent. Gezien het doel en de inhoud van deze Richtlijn is dit begrijpelijk.⁴¹ Zo was het scheppen van duidelijkheid over de (wijze van naleving van de) zorgplicht een belangrijk doel van de Richtlijn, die wordt gebruikt voor de invulling van deze zorgplicht. Dit is overigens ook vergelijkbaar met het oordeel van de Hoge Raad in *Achmea/Rijnberg*: de Gedragscode voor verzekeraars

38 CROW, Graafschade voorkomen aan kabels en leidingen, Richtlijn zorgvuldig graafproces, Woord vooraf.

39 HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, r.o. 3.7.2.

40 HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, r.o. 3.4.

41 Zie ook: Lindenberg, annotatie bij HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, NJ 2019/295, par. 8.

is gericht op het beschermen van de verzekerde tegen onnodige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer, waardoor bij het handelen in strijd met de Gedragscode een dergelijke inbreuk wordt veroorzaakt. Door lagere rechterlijke instanties⁴² wordt het 'groot gewicht' van private regulering bij het invullen van de zorgvuldigheidsnorm ook gebruikt:

'Blijkens het [Graafrichtlijn-arrest] komt bij de invulling van de zorgplicht groot gewicht toe aan de Richtlijn Zorgvuldig Graafproces (CROW250). De kantonrechter ziet geen aanleiding om aan de nieuwere CROW 500-richtlijn minder gewicht toe te kennen dan aan de CROW250, zodat de kantonrechter bij de invulling van de zorgplicht aan zal sluiten bij de CROW 500-richtlijn, die beschrijft hoe het graafproces zorgvuldig kan worden uitgevoerd, zodanig dat de kans op schade aan kabels en leidingen tot een minimum wordt beperkt.'⁴³

Tot slot verandert ook de partij die wordt gebonden door de private regelgeving. De 'comply or explain'-eis uit het *Trombose*-arrest had betrekking op het al dan niet toepassen van een behandelprotocol door de arts. In het *Graafrichtlijn*-arrest lijkt dit principe echter (ook) te gelden voor de Nederlandse rechter: wanneer de rechter een van de Richtlijn afwijkende invulling geeft aan de zorgplicht, dan moet hij motiveren welke omstandigheden deze afwijking rechtvaardigen. Lindenbergh merkt op dat er in de praktijk niet veel afwijking mogelijk zal zijn, zodat *soft law* daarmee toch vrijwel *hard law* wordt.⁴⁴

4 GETELD, GEWOGEN, GEMETEN

4.1 Inleiding

Na het afleggen van de route van het *Trombose*-arrest via *Achmea/Rijnberg* naar het *Graafrichtlijn*-arrest en het *Meetinstructie*-arrest kan worden geconcludeerd dat voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm meer gewicht wordt gehangen aan private regelgeving dan dat dit enkel een 'aanwijzing' zou zijn voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. Ook in de lagere rechtspraak wordt private regelgeving als meer dan een 'aanwijzing' opgevat. Zo oordeelt de Rechtbank Den Haag:

42 Zie www.rechtspraak.nl, bekeken in mei 2021: het Graafrichtlijn-arrest is in 17 rechtbankuitspraken en in 4 hof-arresten gebruikt.

43 Rb. Rotterdam 10 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3363, r.o. 4.8.

44 Lindenbergh, annotatie bij HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, NJ 2019/295, par. 9.

‘In het licht van het [Graafrichtlijnarrrest] over het belang van de Richtlijn als verkeersopvatting omtrent zorgvuldig handelen zal de rechtbank het handelen van [B.V. I] beoordelen aan de hand van de Richtlijn.’⁴⁵

Het gebruik door de rechter van deze ‘verkeersopvatting omtrent zorgvuldig handelen’ en de mogelijke gevolgen voor het gewicht van private regelgeving is aanleiding geweest voor dit onderzoek. Om te kunnen vaststellen hoe verschillende vormen van regelgeving worden gewaardeerd, is een aantal stellingen opgesteld waarna aan een panel van ruim 1000 respondenten is gevraagd naar hun mening hierover.⁴⁶ Er is geen dergelijk onderzoek bekend naar de vraag wat men vindt van het gebruik van private regelgeving ter invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidnorm.

4.2 *De voorgelegde stellingen en hypotheses*

De volgende inleiding en stellingen zijn voorgelegd aan het panel:

Makelaars moeten de oppervlakte van een huis volgens een bepaalde manier berekenen. Als bij het bepalen van de oppervlakte van een huis niet volgens die meetinstructie wordt gemeten, kan het gebeuren dat de koper denkt dat hij een groter huis koopt terwijl dat niet zo is. De koper betaalt dan te veel voor de woning en lijdt dus financiële schade.

1. Als de meting niet voldoet aan een meetinstructie die door de wetgever is opgesteld, dan moet de makelaar de schade van de koper betalen.
2. Als de meting niet voldoet aan een meetinstructie die door de NVM is opgesteld (een branchevereniging van makelaars), dan moet de NVM-makelaar de schade van de koper betalen.
3. Als de meting niet voldoet aan een meetinstructie die de makelaars van één makelaarskantoor met elkaar hebben afgesproken, dan moet de makelaar de schade van de koper betalen.

Deze stellingen zijn in het licht van de besproken arresten geformuleerd vanuit twee verschillende uitgangspunten: ten eerste de ontwerper van de regelgeving – de wetgever of de beroepsgroep – en ten tweede de geadresseerden voor wie de private regelgeving geldt en door wie deze meestal ook is opgesteld – de (beroeps)groep als geheel of een klein(er) deel daarvan.

⁴⁵ Rb. Den Haag 27 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2985, r.o. 4.14.

⁴⁶ Zie nader hoofdstuk 1 in deze bundel voor de methodologie.

Wat de ontwerper van de regelgeving betreft, speelt de wetgever met name een rol in het *Graafrichtlijn*-arrest. De Hoge Raad benadrukt enkel in dit arrest dat de wetgever het invullen van de concrete normen heeft overgelaten aan de praktijk. De opstellers van de private regelgeving die centraal staat in dit arrest hebben dus als het ware in (wettelijke) opdracht gehandeld. De vraag is dan of er aan private regelgeving een zekere democratische legitimatie ontbreekt die bijvoorbeeld wetgeving – of de private regelgeving die daaruit voortvloeit – wel heeft, hetgeen kan leiden tot een verschil in acceptatie van aansprakelijkheid na de schending ervan. Het geval waarin de wetgever ook de regelgever is, is verwerkt in stelling 1; de gevallen waarin de beroepsgroep de opsteller is van de regelgeving, is verwerkt in stelling 2 en 3.

Wat de geadresseerden van de regelgeving betreft wordt door de Hoge Raad gewicht gegeven aan zowel private regelgeving die geldt voor de gehele beroepsgroep – *Achmea/Rijnberg*, *Graafrichtlijn*-arrest – als aan private regelgeving die geldt voor een deel van de beroepsgroep – *Trombose*-arrest, *Meetinstructie*-arrest. Dit zou op gespannen voet kunnen staan met de opvatting dat een norm geschikt moet zijn om in vergelijkbare omstandigheden te gelden tussen personen met gelijke verantwoordelijkheden.⁴⁷ Daarnaast geldt deze regelgeving wanneer degene die aansprakelijk wordt gesteld ook (mede-)opsteller was van de regelgeving – de behandelend arts uit het *Trombose*-arrest – of wanneer deze regelgeving is opgesteld voor slechts een deel van de beroepsgroep – de NVM-makelaars uit het *Meetinstructie*-arrest. Stelling 1 ziet daarom op regelgeving die geldt voor de gehele beroepsgroep, stelling 2 ziet op regelgeving die geldt voor een deel van de beroepsgroep en stelling 3 ziet op regelgeving die geldt voor een deel van de beroepsgroep die ook de opsteller van de regelgeving is.

De hypothese is dat er meer begrip zal zijn voor het dragen van de schade door de makelaar bij het niet volgen van de wettelijk verplichte meetinstructie (stelling 1), dan voor het dragen van de schade door de makelaar bij het schenden van een intern geldende meetinstructie (stelling 2 en 3). Een wettelijke verplichting is immers bij zowel de makelaar als de woningkoper bekend, terwijl een interne meetinstructie per makelaar(skantoor) kan verschillen en hieraan wellicht geen doorslaggevende waarde wordt gehecht door de woningkoper. De verplichting om te voldoen aan regelingen waaraan men wettelijk is gebonden (stelling 1) of waaraan men zichzelf heeft gebonden (stelling 3) zullen naar verwachting positiever worden gewaardeerd dan regelgeving waaraan slechts een deel van de beroepsgroep is gebonden (stelling 2). Aan de andere kant zou men het ook meer eens kunnen zijn met het betalen van schade veroorzaakt door het niet opvolgen van interne regelingen van een vereniging zoals de NVM (stelling 2), dan de interne regelingen van een makelaarskantoor (stelling 3). De NVM is immers een bekende organisatie die bepaalde standaarden opstelt in het belang van de kopers, dus daaraan zou door de maatschap-

⁴⁷ Conclusie A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2018:304, onder 2.8.

pij – zijnde potentiële kopers – meer belang kunnen worden gehecht. De verdeling tussen stelling 2 en 3 lijkt dus beide kanten te kunnen opvallen.

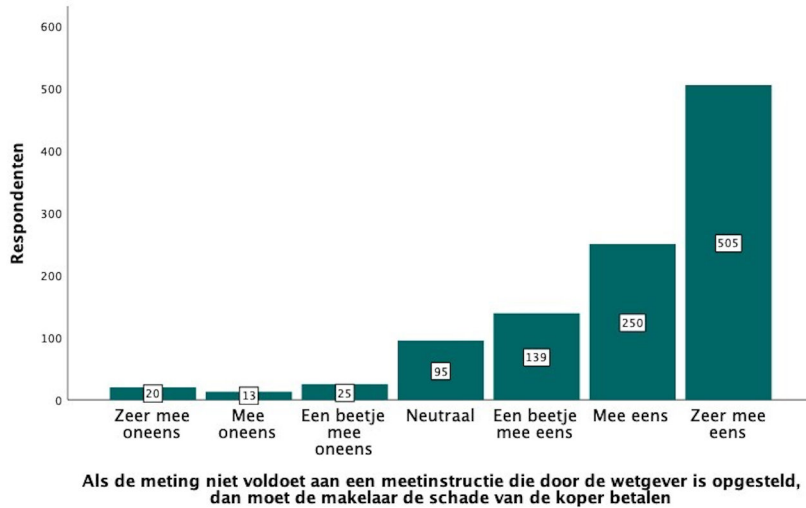
4.3 De resultaten

In tabel 1 en de navolgende figuren 1-4 is de uitslag van het surveyonderzoek weergegeven. De statistische analyse volgt na de weergave daarvan.

Tabel 1 Gegeven antwoorden op de gestelde vragen over het dragen van het risico van een foute meting van een woning

	Als de meting niet voldoet aan een meetinstructie die door de wetgever is opgesteld, dan moet de makelaar de schade van de koper betalen		Als de meting niet voldoet aan een meetinstructie die door de NVM is opgesteld, dan moet de NVM-makelaar de schade van de koper betalen		Als de meting niet voldoet aan een meetinstructie die de makelaars van één makelaarskantoor met elkaar hebben afgesproken, dan moet de makelaar de schade van de koper betalen	
	Frequentie	%	Frequentie	%	Frequentie	%
Zeer mee oneens	20	1,9	30	2,9	36	3,5
Mee oneens	13	1,2	24	2,3	24	2,3
Een beetje mee oneens	25	2,4	39	3,7	47	4,5
Neutraal	95	9,1	119	11,4	166	16,1
Een beetje mee eens	139	13,3	165	15,8	157	15,2
Mee eens	250	23,9	253	24,2	234	22,6
Zeer mee eens	505	48,2	417	39,8	370	35,8
Totaal	1047		1047		1034	

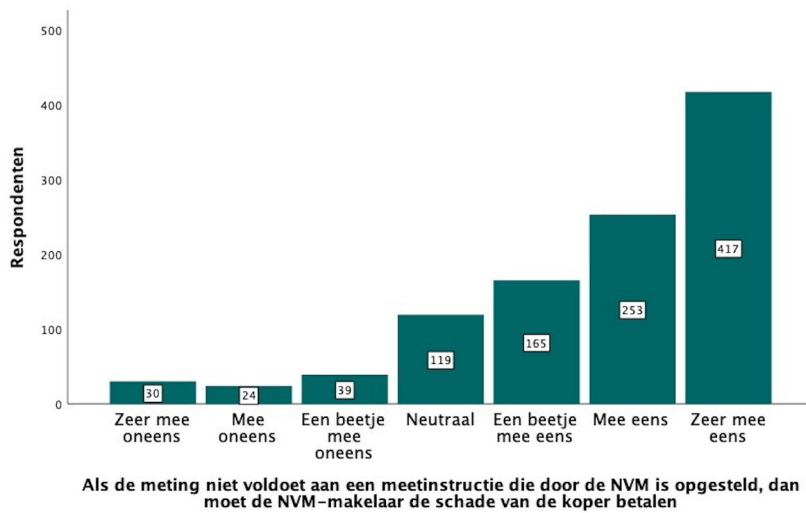
Figuur 1 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 1 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 5.95

Std. = 1.36

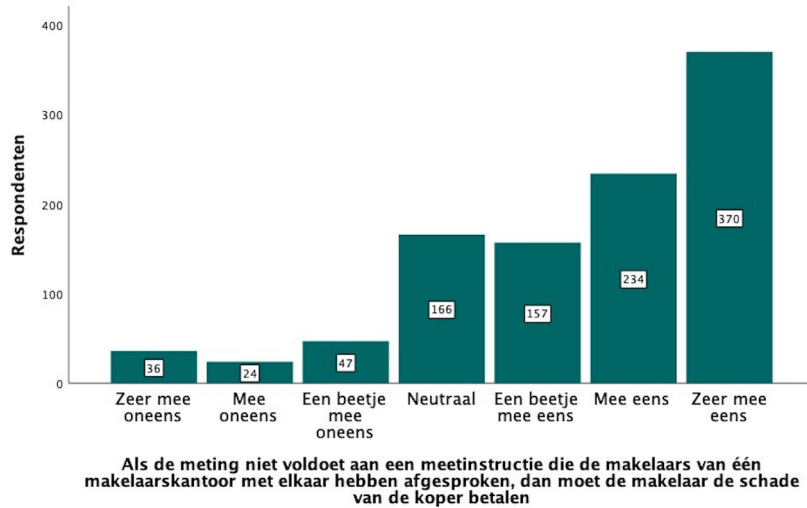
Figuur 2 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 2 op een 7-punts Likertschaal



Gem. = 5.67

Std. = 1.52

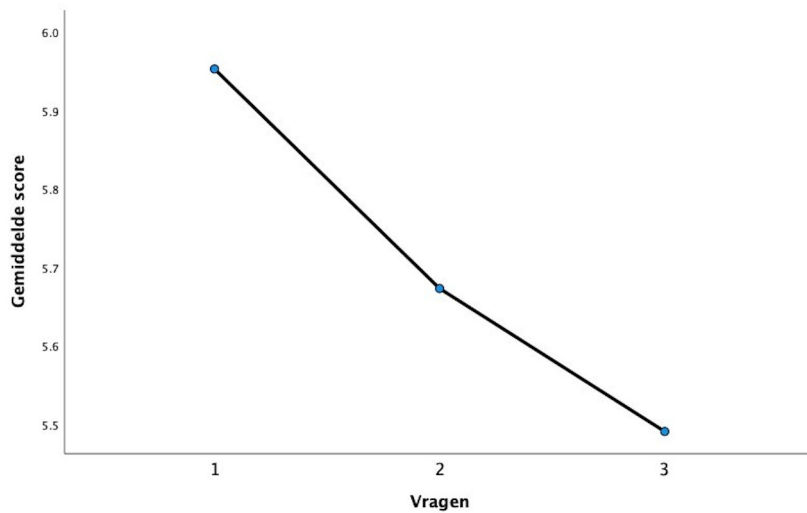
Figuur 3 Verdeling van de gegeven antwoorden op vraag 3 op een 7-punts Likertschaal



Gem.= 5.49

Std. = 1.59

Figuur 4 Lijndiagram van de gemiddelde scores op de verschillende vragen



In totaal zijn de vragen aan 1048 respondenten voorgelegd. Uit de resultaten blijkt dat de meeste respondenten de vragen hebben kunnen beantwoorden (Tabel 1). De verdeling

van de beantwoording duidt erop dat men in het algemeen van mening is dat makelaars aansprakelijk dienen te zijn voor het schenden van de wettelijke en/of private regelgeving waaraan zij zijn gebonden. Toch bestaan er verschillen tussen de vragen, wat ook blijkt uit de uitgevoerde variantieanalyse die een significant verschil in beantwoording vindt.⁴⁸ Ook de onderlinge verschillen tussen de beantwoording van de stellingen zijn significant, zo blijkt uit een paarsgewijze vergelijking.⁴⁹ Wanneer de verschillende maten van 'oneens' tezamen worden genomen, is de steun voor aansprakelijkheid van de makelaar voor de schade vanwege het niet volgen van een wettelijke instructie (85,4%) hoger dan wanneer de makelaar interne regelgeving van een makelaarskantoor niet opvolgt (73,6%). Uit drie gepaarde t-testen blijkt echter dat het verschil tussen stelling 1 en 2 (0.28 punt) weliswaar significant is,⁵⁰ maar de grootte van het effect van dit verschil klein.⁵¹ Ook de beantwoording van stelling 1 en 3 verschillen van elkaar (0.47 punt), maar wederom is de effectgrootte klein.⁵² Ten slotte is het onderlinge verschil tussen stelling 2 en 3 (0.18 punt) ook significant, maar de effectgrootte is hier erg klein.⁵³

De dalende lijn (Figuur 4) wijst op meer begrip voor aansprakelijkheid voor schade voortvloeiend uit het niet navolgen van wettelijke regelgeving dan voor schade uit het niet navolgen van private regelgeving. Hoewel de effectgroottes klein zijn, ondersteunt dit beeld wel de hypothese dat bij schade door het niet volgen van de meetinstructie van de NVM of een makelaarskantoor (respectievelijk stelling 2 en 3) respondenten het minder eens zijn met aansprakelijkheid van de makelaar voor de schade, dan wanneer het gaat om schade die is veroorzaakt door het niet volgen van een wettelijk verplichte meting (stelling 1). Belangrijk echter is ook om te vermelden dat de effectgroottes klein zijn, en dat bij alle drie de stellingen een ruime meerderheid van de respondenten het in enige mate eens is met aansprakelijkheid van de makelaar.

5 AFSLUITENDE ANALYSE: DE RECHTSPRAAK EN DE MAATSCHAPPIJ

In dit onderzoek zijn bepaalde elementen uit de besproken arresten van de Hoge Raad verwerkt in de voorgelegde stellingen opgesteld op basis van het *Meetinstructie*-arrest.

48 Gemeten met een one-way repeated measures ANOVA met toegepaste Greenhouse-Geisser correctie, $F(1.973, 2020.064) = 47.60, p < .001$, partial eta squared = .04.

49 Post hoc test met gebruikmaking van de Bonferroni correctie, $p < .001$.

50 $t(1041) = 6.32, p < .001$ (tweezijdig); 95% betrouwbaarheidsinterval .20 tot .37.

51 Cohens $d = -.20$; De effectgrootte wijst op de mate waarin de gemiddelden van twee groepen van elkaar verschillen en wordt weergegeven met Cohens d . Als vuistregel wordt aangehouden dat de effectgrootte klein is als deze rond de $d = .20$ ligt, is $d = .50$ dan is de effectgrootte middelmatig en ligt de waarde rond de $d = .80$ dan kan je spreken van een groot effect.

52 $t(1028) = 9.38, p < .001$ (tweezijdig); 95% betrouwbaarheidsinterval .37 tot .56; Cohens $d = .29$.

53 $t(1028) = 3.74, p < .001$ (tweezijdig); 95% betrouwbaarheidsinterval .08 tot .28; Cohens $d = .12$.

Daarbij is een specifiek geval voorgelegd, namelijk over het dragen van het risico van een foutieve meting van een woonoppervlak door een makelaar. Terughoudendheid met het trekken van meer algemene conclusies over de rol van private regelgeving en de maatschappelijke opvattingen daaromtrent, is daarom op zijn plaats. Naar aanleiding van de antwoorden op deze specifieke vraag kan niettemin het volgende worden gezegd over de maatschappelijke opvattingen over de toepassing van private regelgeving door de Hoge Raad bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm.

In het *Graafrichtlijn*-arrest en het *Meetinstructie*-arrest acht de Hoge Raad schending van de private regelgeving bepalend voor het onrechtmatigheidsoordeel. Het voornaamste verschil in deze arresten betrof de vraag wie de opsteller van de private regelgeving was – de wetgever of de branchevereniging – en wie de geadresseerde was – de gehele beroepsgroep of een deel daarvan. De keuze van de Hoge Raad om zowel de branche-brede Graafrichtlijn als de enkel voor NVM-makelaars geldende Meetinstructie een bepalende rol te laten spelen bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm, komt volgens dit onderzoek overeen met de opvattingen die leven in de maatschappij (althans: deze respondenten). Uit de beantwoording van de vragen blijkt immers dat de meeste respondenten het gerechtvaardigd achten dat schending van wettelijke regelgeving (stelling 1) of schending van private regelgeving (stelling 2 en stelling 3) kan leiden tot aansprakelijkheid. Ook het oordeel van de Hoge Raad in het *Meetinstructie*-arrest en het *Trombose*-arrest om aansprakelijkheid aan te nemen vanwege schending van de in private regelgeving gevatte norm die (mede) is opgesteld door de schender zelf, ook bij schending van private regelgeving die geldt voor een klein deel van de beroepsgroep, is in lijn met de breed gedragen opvattingen bij de respondenten (stelling 2 en 3).

Waar in de rechtspraktijk voor het gebruik van interne regelingen als normstelling voor aansprakelijkheid nog wel vraagtekens worden gezet bij de democratische legitimatie van deze regelgeving – zie de al aangehaalde conclusie van Advocaat-Generaal Valk – neigen de onderzoeksresultaten hier eerder naar een maatschappelijke opvatting die zich laat samenvatten als ‘afpraak is afspraak’. Dat geldt over de gehele linie van hetgeen als private regelgeving door het leven gaat, of die afspraak nu een interne afspraak, een branche-brede regel of een wettelijke instructie is. De gedachte in de rechtspraak dat aan private regelgeving ‘groot gewicht’ toekomt bij het bepalen van wat zorgvuldig gedrag is, vindt dan ook steun in ‘de maatschappelijke opvattingen’ op dat vlak, althans volgens dit onderzoek. Ook los daarvan geldt overigens dat de resultaten waartoe de rechtspraak komt en de keuzes die de Hoge Raad in deze gemaakt heeft, breed weerklank vinden in de antwoorden op de enquêtevragen. Die lijn in de rechtspraak lijkt dus de maatschappelijke wind mee te hebben.

10 OPVATTINGEN ONDERZOEKEN: SLOTBESCHOUWING

*Tom Bouwman, Lydia Dalhuisen, Ivo Giesen en Elbert de Jong**

1 INTRODUCTIE

Aan het einde gekomen van dit boek, zal in dit afsluitende hoofdstuk niet nogmaals op de concrete deelresultaten per onderzochte opvatting worden ingezoomd, maar wordt het perspectief juist wat verbreed en wordt wat verder uitgezoomd, mede in het licht van het theoretisch kader dat in hoofdstuk 2 geschetst is. We zullen eerst bezien wat de deelresultaten potentieel in een breder verband zeggen en kunnen betekenen waar het gaat om het gebruik van maatschappelijke opvattingen door de rechter. Zit die rechter er niet, soms, vaak of geregeld naast als het om de invulling van een maatschappelijke opvatting gaat? Hierover gaat paragraaf 2. Vervolgens wordt in paragraaf 3 ingegaan op de vraag wat die deelresultaten betekenen voor het (juridische gebruik van het) concept ‘maatschappelijke opvattingen’. Gegeven de her en der geconstateerde discrepanties tussen de maatschappelijke opvattingen, zoals die naar voren zijn gekomen uit ons surveyonderzoek, en de rechterlijke invulling van die maatschappelijke opvattingen, rijst namelijk de vraag hoe wenselijk het gebruik van maatschappelijke opvattingen voor juridische oordeelsvorming eigenlijk is. En wat betekent het antwoord op die vraag voor het toekomstige gebruik ervan? Moeten we, met andere woorden, afstappen van ‘de maatschappelijke opvatting’ als juridische maatstaf? Moeten waarborgen worden ingebouwd bij het gebruik daarvan? Of is er geen reden voor veranderingen? In paragraaf 4 ronden we af met een stellingname over het gebruik van maatschappelijke opvattingen door de rechter.

* Tom Bouwman, Lydia Dalhuisen, Ivo Giesen en Elbert de Jong zijn respectievelijk als promovendus, universitair docent, hoogleraar en hoogleraar verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht.

2 EÉN KADER, ZEVEN INHOUDELIJKE ONDERDELEN: OVERKOEPELENDE CONCLUSIES?

2.1 *Vaak heeft de rechtspraak de maatschappelijke opvattingen in de smiezen*

Als we de voorgaande hoofdstukken aan een nadere, overkoepelende analyse onderwerpen dan valt op dat waar het gaat om de vraag of de (hoogste) rechter in staat is om de maatschappelijke opvattingen die hij wil benutten voldoende te onderkennen, de conclusie luidt dat het niet echt slecht gaat, zoals hierna zal blijken, maar ook dat het nog iets beter kan, zoals we in paragraaf 2.2 zullen zien. Dat zal geen conclusie zijn die de lezer van de stoel doet vallen; genuanceerd oordelen en ‘het hangt ervan af’ als antwoord kleeft de jurist nu eenmaal aan.

Grofweg loopt de Hoge Raad behoorlijk in de pas met ‘de maatschappij’ waar het gaat om het gebruik van diverse varianten (interne regels, branche-regels, wettelijke instructies) van private regelgeving, en dan specifiek de NVM-Meetinstructie.¹ Hetzelfde geldt, grosso modo, voor de feitenrechters die oordeelden over de (on)rechtmatigheid van de beëindiging van een bankrelatie door een handelsbank, wanneer zulks is ingegeven door de dreiging van internationale sancties tegen die bank:² de door de respondenten gehanteerde verkeersopvattingen met betrekking tot de impact van economische sancties op bankrelaties lijken min of meer te stroken met de door de rechters gehanteerde verkeersopvattingen. Weliswaar is het nog maar de vraag of op dit vlak nu al van een maatschappelijk opvatting kan worden gesproken, maar de huidige lijn in de rechtspraak is vooralsnog wel een reflectie van wat er leeft bij de burger, zo lijkt het.

Maar ook de acceptatie van de aansprakelijkheid van een medebezitter van een gebrekkige opstal in het *Hangmat*-arrest, vindt steun in hetgeen ons panel van respondenten naar voren heeft gebracht.³ Dat geldt evenzeer voor het uitgangspunt dat het redelijk is dat de Staat de schade draagt die aan derden (buitenstaanders) wordt toegebracht bij een politie-inval in het kader van een strafvorderlijke opsporingsonderzoek; ook die gedachte is conform hetgeen de meerderheid van de respondenten juist acht, zo blijkt.⁴

Evenzeer positief valt het oordeel uit als het gaat om de autonomie die de strafrechter toekent aan minderjarige jongeren die seks met elkaar hebben.⁵ De vrije keuze en het leeftijdsverschil zijn factoren die zowel door de rechter als door de respondenten van

1 Zie hoofdstuk 8 (Kuiper).

2 Zie hoofdstuk 7 (Ryngaert).

3 Zie hoofdstuk 6 (Giesen en De Jong).

4 Zie hoofdstuk 5 (Giesen en Van Dongen).

5 Zie hoofdstuk 3 (Dalhuisen en Kool).

belang worden geacht bij de invulling van wat als sociaal-ethisch aanvaardbaar seksueel verkeer tussen jongeren kan worden gezien. Hetzelfde mechanisme zien we bij de toerekening van (strafbaar) gedrag van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon: net als de rechters die erover hebben moeten oordelen, menen onze respondenten dat, grof gezegd, hoe ‘hoger’ de handelende persoon zich binnen een rechtspersoon bevindt (of: hoe ‘belangrijker’ iemand is), hoe eerder toerekening van diens handelen aan die rechtspersoon gerechtvaardigd is: het gedrag van een monteur wordt minder snel toegerekend aan de rechtspersoon dan het gedrag van de directeur.⁶ Daarbij past dan wel de kanttekening dat het er alle schijn van heeft dat de respondenten een strafbare gedraging van het ‘lager’ geplaatste personeel net iets eerder alsnog toerekenen aan de onderneming dan de rechtspraak nu doet. Tegelijk waren de meningen van het panel op dit punt sterker verdeeld zodat het de vraag is of er hier wel sprake is of kan zijn van een (voldoende eenduidige) verkeersopvatting.

2.2 *Maar in bepaalde gevallen niet*

Er zijn ook gevallen waarin de rechtspraak minder in de pas loopt met de (door ons gemeten) maatschappelijke opvattingen. Een zekere discrepantie tussen hetgeen onze respondenten rapporteren en de koers van de Hoge Raad is onder meer merkbaar als het om het arrest inzake het *Paard Imagine* waarin de vraag naar aansprakelijkheid jegens een medebezitter van een dier voorlag. ‘Het volk’ kiest daar, in lijn met de opvattingen in de context van de *Hangmat*-thematiek, voor het wel accepteren van (gedeelde) aansprakelijkheid van de diverse bezitters, waar de Hoge Raad dat juist niet deed.⁷

Een discrepantie zien we ook bij de afwikkeling van de schade van verhuurders na een politie-inval. De (weliswaar impliciete) opvatting van de Hoge Raad dat de aard van de verhuurder – sociale of commerciële verhuur – een omstandigheid is die van belang is voor het bepalen van het normaal maatschappelijk risico, wordt door ‘de Nederlander’ niet als voldoende gewichtig geacht om een onderscheid te maken in de aanspraak op een vergoeding.⁸ Blijkbaar is de aard van de verhuurder niet erg van belang voor de maatschappelijke oordeelsvorming, terwijl de Hoge Raad anders impliceerde. In dezelfde hoek van het aansprakelijkheidsrecht zien we ook dat de mogelijkheid van verhaal van schade door de verhuurder op de verdachte anders gewaardeerd wordt: volgens de Hoge Raad staat die omstandigheid niet eraan in de weg dat ook de Staat gehouden is de door de verhuurder geleden schade te vergoeden. Interessant voor vervolgonderzoek is het gegeven dat de

6 Zie hoofdstuk 4 (Kristen en Lokin).

7 Zie hoofdstuk 6 (Giesen en De Jong).

8 Zie hoofdstuk 5 (Giesen en Van Dongen).

gedachte van hoofdelijke aansprakelijkheid in deze gevallen door een aanzienlijk deel van onze respondenten niet wordt gedragen.

Andere discrepanties zien we nog als het gaat om de invulling van sociaal-ethisch aanvaardbare seks tussen jongeren, waarbij de rechter vrijer lijkt te zijn waar het de (ogenschijnlijk) minder gangbare vormen van seksualiteit betreft (zoals een trio), terwijl die vraag door de respondenten meer behoudend is beantwoord.⁹ Ook lijkt het algemene beeld te zijn dat de burger vindt dat een ziekenhuis verantwoordelijk is voor schade die is veroorzaakt door onveilige implantaten, hetgeen niet lijkt overeen te stemmen met de keuze van de Hoge Raad om de drempel voor aansprakelijkheid van het ziekenhuis te verhogen. En als het over die mogelijke aansprakelijkheid gaat, blijken zowel de mogelijkheid tot het afsluiten van een verzekering aan de zijde van het ziekenhuis als een faillissement van de producent, omstandigheden te zijn die volgens de burgers voor risico en ten laste van het ziekenhuis zouden komen, terwijl de Hoge Raad daar anders over oordeelde.¹⁰ In welke mate er een discrepantie bestaat ten aanzien van de impact van fraude op de risicoverdeling tussen burger en ziekenhuis, is moeilijk vast te stellen; daar was geen sprake van een voldoende eenduidige verkeersopvatting.

2.3 *Kan de rechtspraak iets meenemen voor zijn toekomstige rechtspraak?*

Op ten minste één specifiek onderwerp werpt het potentieel van dit onderzoek vast zijn schaduw vooruit. De Hoge Raad heeft nog geen oordeel gegeven over de mogelijkheid van medebezittersaansprakelijkheid onder art. 6:173 BW. Voor de respondenten lijkt de aansprakelijkheid van de bezitter(s) van een roerende zaak jegens een andere bezitter van diezelfde zaak die schade heeft opgelopen (art. 6:173 BW) acceptabel te zijn. Indien de Hoge Raad, daartoe geroepen, ook hier weer belang zou hechten aan de maatschappelijke opvatting, zoals verwoord in het criterium voor besluitvorming dat hij in zijn eerdere rechtspraak inzake de vergelijkbare vragen op basis van art. 6:174 BW en art. 6:179 BW gebruikte, ligt acceptatie van medebezittersaansprakelijkheid voor de hand.¹¹

Een ander, breder punt waar de rechter in de toekomst allicht zijn voordeel mee kan doen, is dat de maatschappelijke opvattingen die we gevonden hebben, tamelijk homogeen lijken te zijn. Daarmee bedoelen we dat de uitkomsten van de antwoorden op onze survey eigenlijk niet of nauwelijks afwijken wanneer onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende algemene kenmerken, zoals gender, politieke voorkeur, regio, etc. Zoals in die bijdragen besproken,¹² lijkt het erop dat ‘politieke voorkeur’ enigszins invloed kan hebben op

9 Zie hoofdstuk 3 (Dalhuisen en Kool).

10 Zie hoofdstuk 9 (Rijnhout en Wiznitzer).

11 Zie hoofdstuk 6 (Giesen en De Jong).

12 Zie hoofdstuk 3 (Dalhuisen en Kool) en hoofdstuk 6 (Giesen en De Jong).

de beoordeling van de aansprakelijkheid jegens medebezitters, en dat ‘geslacht’ impact heeft als het gaat om de mening over seks tussen minderjarigen. Voor het overige vonden we geen significante relaties, waarbij overigens meteen aangetekend zij dat we niet elke relatie tussen elke stelling en elk mogelijk algemeen kenmerk onderzocht hebben. Die homogeniteit laat zien dat veel opvattingen breed gedragen zijn binnen de maatschappij als geheel. Dat is een belangrijk fundament onder het juridisch gebruik van de maatschappelijke opvatting.

3 BRUIKBAARHEID VAN (EMPIRISCH ONDERZOEK NAAR) MAATSCHAPPELIJKE OPVATTINGEN

3.1 *Moet de rechter ook iets meenemen uit het voorgaande?*

We bespraken net dat ons surveyonderzoek laat zien dat de rechter soms niet helemaal goed zit als het om het gebruik van maatschappelijke opvattingen gaat en ook dat de resultaten van die studie haar schaduw deels vooruit zou kunnen werpen. Dat roept meteen de vraag op of die rechter daar dan ook per se iets mee *moet*. Het antwoord is wat ons betreft ontkennend, want hier moet in ogenschouw worden genomen dat het gegeven dat de koers van de Hoge Raad op enig punt (wel of niet) wordt ondersteund door de ‘maatschappij’, op zichzelf wellicht (erg) (on)prettig is, maar toch zeker niet meteen allesbepalend is voor de vraag of het oordeel van de Hoge Raad ‘juist’ is. Er kunnen – dat geldt in zijn algemeenheid bij de wisselwerking tussen empirie en het recht, en dus ook hier¹³ – additieve, misschien wel belangrijkere normatieve gronden zijn om de in de rechtspraak gekozen lijn, ook al wijkt die af van de empirische data en van hetgeen de burger vindt, aan te blijven houden of zelfs voor een afwijkende lijn te kiezen, bijvoorbeeld bij het bepalen van de reikwijdte van art. 6:173 BW, mocht die vraag zich aandienen.

Een logische implicatie hiervan is dat de rechter in dergelijke gevallen de maatschappelijke opvatting niet als maatstaf dient te hanteren. Zeker in die gevallen waarin de rechter zich niet conformeert aan de maatschappelijke opvatting of niet expliciet empirische gegevens daarover voorhanden heeft, is het nog maar de vraag of het wel zo verstandig is om te verwijzen naar een maatschappelijke opvatting. Het is dan wellicht transparanter

13 Zie bijv. ook al I. Giesen, ‘Het incorporeren van extrajuridische inzichten in het privaatrechtelijke debat’, in: G. van Dijk e.a. (red.), *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik (Jan Vranken-bundel)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 220; I. Giesen e.a., ‘Slotbeschouwing: het gebruik van assumpties bij rechterlijke beslissingen’, in: I. Giesen e.a. (red.), *Assumpties Annoteren*, Den Haag: Boom juridisch 2019, m.n. p. 198-200; T. Bouwman, ‘Empirisch-juridisch onderzoek en de sprong van feit naar norm’, *NJB* 2020, p. 888-889; L.F.M. Ansems, *Procedural Justice on Trial*, (diss. UU) 2021, p. 130-135, steeds met verdere verwijzingen.

om als rechter duidelijk te maken, zonder terug te vallen op een maatschappelijk opvatting¹⁴, dat een eigen normatieve (rechtspolitiek) keuze wordt gemaakt,¹⁵ niettegenstaande dat er anders over de kwestie kan worden en wellicht zelfs wordt gedacht door ‘het volk’. Een verwijzing naar maatschappelijke opvattingen herbergt anders het risico dat de uiteindelijke normatieve keuze, en de valide juridische en rechtspolitieke afwegingen die daaraan ten grondslag liggen, uit het zicht verdwijnt.¹⁶ Of wellicht erger nog: dat de rechter de indruk wekt zijn oordeel (deels) gebaseerd te hebben op een maatschappelijke opvatting waar dat in feite niet zo is of nog onduidelijk is.

Ons pleidooi is hier, in feite, om de eigen normatieve keuzes dus niet te ‘bedekken’ met een verwijzing naar de maatschappelijke opvatting. Zo had de Hoge Raad bijvoorbeeld in het *Hangmat*-arrest wellicht beter ervoor kunnen kiezen zijn oordeel niet te motiveren met een verwijzing naar de maatschappelijke opvatting over wat redelijk is. Uit het surveyonderzoek blijkt dat bij het *Hangmat*-arrest de ‘gok’ van de Hoge Raad goed uitpakt – hij heeft het bij het juiste eind.¹⁷ Het *Paard Imagine*-arrest illustreert echter de reden waarom wij vinden dat het gebruik van de maatschappelijke opvatting beter gemeden had kan worden. Daarin gebruikte de Hoge Raad immers ook de maatschappelijke opvatting over wat redelijk is om zijn oordeel te motiveren, maar dat oordeel vindt volgens ons surveyonderzoek geen steun in de opvattingen die in de maatschappij leven.¹⁸ Zowel in het *Hangmat*-arrest als in het *Paard Imagine*-arrest had de Hoge Raad onzes inziens daarom beter niet kunnen verwijzen naar maatschappelijke opvattingen of, indien de Hoge Raad zich daartoe wel genoodzaakt zag, gebruik dienen te maken van opinieonderzoek en dat in principe ook te volgen. Aan die route kunnen echter, zoals hierna ook wordt besproken, bezwaren kleven, zoals de kosten en tijd die met dergelijk opinieonderzoek gemoeid zijn. In dat geval ligt het wellicht eerder voor de hand om het (rechtsvormende) oordeel te funderen in argumenten van juridische en rechtspolitieke aard.

Het voorgaande is uiteraard anders indien de rechter op grond van de wet gebruik moet maken van de maatschappelijke opvatting. Er zijn nu eenmaal situaties waarin de wet vereist om aansluiting te zoeken bij een maatschappelijke opvatting. In die gevallen kunnen wij ons echter wel voorstellen dat er ten eerste een rechterlijke verantwoordelijkheid bestaat om die opvatting alleen te gebruiken als eerst empirisch vastgesteld is hoe die opvatting daadwerkelijk luidt. Ten tweede bestaat dan ook de rechterlijke verantwoorde-

14 Als de rechter die opvatting al zou (kunnen) kennen.

15 Zie in die zin ook Giesen en De Jong in hoofdstuk 6 van deze bundel en, meer in algemene zin, Bouwman en Roorda in hoofdstuk 2.

16 Zie eerder Bouwman en Roorda in hoofdstuk 2, paragraaf 4.

17 Zie hoofdstuk 6 (Giesen en De Jong).

18 Uiteraard geldt steeds dat als de rechter wel een maatschappelijke opvatting zou willen gebruiken, dat hij die beslissing dan zal moeten motiveren, vgl. hoofdstuk 4 (Kristen en Lokin).

lijkheid om die zo vastgestelde opvatting in principe te benutten en leidend te laten zijn.¹⁹ Dat kan dus betekenen dat er dan wel eerst serieus onderzoek nodig is naar die opvatting alvorens de rechterlijke beslissing kan worden gegeven. Een probleem hierbij kan zijn dat er geen eenduidige opvatting is vast te stellen.²⁰ In zo'n geval ligt het voor de hand dat de rechter gemotiveerd aangeeft dat, en waarom, hij de maatschappelijke opvatting (toch) niet als juridische maatstaf hanteert, althans het juridische gewicht dat hij hieraan toedicht, afzwakt.

3.2 *En als de rechter er dan inderdaad iets mee moet, hoe dan?*

Resumerend bepleiten wij dat het gebruik van 'de maatschappelijke opvatting' zoveel mogelijk gemeden moet worden, maar wij realiseren ons dat dit in sommige gevallen niet mogelijk is.²¹ Met name in die laatste, wat ons betreft, uitzonderings situatie komt de vraag naar voren hoe de rechter adequaat empirisch zicht krijgt op de maatschappelijke opvatting. De schijnbaar eenvoudigste optie is dat dit onderzoek al gedaan is en door de procespartijen of ambtshalve door de rechter wordt aangedragen, daarna onderling wordt besproken en (indien mogelijk) wordt benut. De voorgaande hoofdstukken uit deze bundel leren echter dat dat onderzoek er zelden zal zijn. Als er al iets is, is dat wellicht informatie die in de buurt komt van de vraag die voorligt, maar dat is niet genoeg als we een empirisch onderbouwde opvatting zoeken.

Een tweede optie voor de rechter is dan om (opinie)onderzoek te (laten) uitzetten. Dit kan gestalte krijgen in een concrete procedure waarin de partijen of de rechter zelf onderzoek (laten) uitvoeren om de maatschappelijke opvatting goed in beeld te krijgen, waarbij men ook oog dient te hebben voor de procesrechtelijke mogelijkheden en beperkingen. Ook zou, buiten een procedure om, de rechterlijke macht in samenspraak met de wetenschap onderzoek kunnen uitzetten naar vaak voorkomende thema's. Aan deze oplossingen kleven evenwel de nodige bezwaren, zoals wij hieronder aanstippen.

Totaal wezensvreemd is de gedachte dat opinieonderzoek kan worden uitgezet niet. In hoofdstuk 1 kwam naar voren dat er ook al eerder, eind vorige eeuw, is nagedacht over

19 Tenzij dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, bijvoorbeeld waar de maatschappelijke opvatting tot, vanuit juridische optiek gezien, onrechtvaardige en/of zeer onwenselijke uitkomsten leidt. Maar dat spreekt voor de civilisten onder ons uiteraard voor zich.

20 Dat speelde volgens de desbetreffende auteurs in hoofdstuk 9 (Rijnhout en Wiznitzer), en in iets mindere sterke mate in hoofdstuk 4 (Kristen en Lokin).

21 Voor de zekerheid: we zijn zeker niet tegen het gebruik van open normen als zodanig, uiteraard binnen de contouren van wat in een bepaald rechtsgebied mogelijk is (in het licht van het legaliteitsbeginsel); het privaatrecht zou in elk geval niet zonder kunnen. We menen wel dat de invulling van die open normen dan aan de rechter is, zonder dat deze moet terugvallen op 'de maatschappelijke opvattingen'.

de rol van opinieonderzoek in dit verband.²² Maar ook breder is er wel gespeeld met dit idee. Zo is in een wat verder verleden voor het Nederlandse mededingingsrecht, bij de vraag of er wellicht ‘verwarringsgevaar’ kan ontstaan onder het relevante publiek waarmee er onrechtmatig zou worden gehandeld door de ene concurrent ten opzichte van de andere, al nagedacht over het idee en de mogelijkheid om dat verwarringsgevaar dan te (laten) bewijzen via een opinieonderzoek.²³ De schaarse literatuur die er is, wees die mogelijkheid overigens af, daarin gevolgd door spaarzame lagere rechtspraak waarin terughoudendheid te dien aanzien betracht werd.²⁴

Ook in het kader van de (Europese) regeling inzake misleidende handelspraktijken (jegens consumenten) en misleidende reclame (jegens een handelaar) zoals tegenwoordig neergelegd in artt. 6:193a e.v. BW en in artt. 6:194-195 BW, wordt wel gesproken over bewijs door markt- of opinieonderzoek: het is denkbaar dat partijen ofwel de misleiding ofwel de niet-misleiding daarmee trachten te staven.²⁵ Daarbij aanhakend: volgens de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie dient in het kader van misleiding, zoals bekend, uitgegaan te worden van ‘de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’.²⁶ Wanneer dat onontbeerlijk is of wanneer er bijzondere moeilijkheden bestaan bij de beoordeling conform deze maatstaf, mag een opinieonderzoek gebruikt worden, aldus het Hof van Justitie.²⁷ Daarin is dus wel een zekere weerstand te lezen, aldus ook Verkade, want het gaat het Hof niet om ‘neuzen tellen’.²⁸ Bewijs door enquêteonderzoek is dus op zijn best uitzonderlijk, en zeker niet verplicht voor de rechter.²⁹ Maar, zo noteren Verkade & Wagenaar ook:³⁰

-
- 22 Zie onze inleiding van deze bundel (Hoofdstuk 1, paragraaf 2.1), waar wij verwezen naar B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Mon. Nieuw BW A-20, 2e druk, Deventer: Kluwer 1999, p. 33-34.
- 23 Zie E. A. van Nieuwenhoven Helbach, ‘Het opinieonderzoek als bewijsmiddel in het mededingingsrecht’, in: W.H. Heemskerck (e.a.) (red.), *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt*, Deventer: Kluwer 1983, p. 287 e.v.
- 24 Nogmaals Van Nieuwenhoven Helbach 1983, p. 293 en p. 296, alsmede Pres. Rb. Utrecht 24 augustus 1999, KG 1999/282 (*Productschap Vis/AXA*).
- 25 Zie D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*. Mon. BW B49a, Deventer: Kluwer 2016, nr. 50 in fine, op p. 56.
- 26 HvJ EU 16 juli 1998, C-210/96; NJ 2000/374 m.nt. D.W.F. Verkade (*Gut Springenheide GmbH*), r.o. 31 en 37.
- 27 Zie r.o. 35 en 37 van het arrest-*Gut Springenheide*. Welk percentage van het publiek misleid moet zijn, is afhankelijk van het nationale recht, zie r.o. 36. Zie verder over de invulling van dit criterium vanuit gedragswetenschappelijk perspectief, T. Bouwman, ‘De gemiddelde consument: normatief construct of evidence-based?’, in: I. Giesen, e.a. (red.), *Assumpties annoteren: rechterlijke veronderstellingen empirisch en juridisch getoetst*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 107-121.
- 28 Zie Verkade 2016 nr. 50 in fine, op p. 58, en nr. 29 in fine, op p. 33. Zie ook al D.W.F. Verkade en W.A. Wagenaar, ‘Onderscheidend vermogen en verwarring van merken’, in: P.J. van Koppen (e.a.) (red.), *Het recht van binnen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 59 e.v., op p. 72.
- 29 Zie ook de bespreking van de merkenrechtelijke zaak *Chiemsee* (HvJ EU 4 mei 1999, C-108 en 109/97; NJ 2000/269 m.nt. D.W.F. Verkade) in Verkade & Wagenaar 2002, p. 59 e.v., op p. 65.
- 30 Verkade & Wagenaar 2002, p. 59 e.v., op p. 65. Overigens merken deze auteurs op dat dit type empirisch onderzoek in Duitsland zeer gebruikelijk is (*t.a.p.*, p. 72) hoewel het niet doorslaggevend werd geacht in de

‘Dit doet er niet aan af dat de partijen in het proces kunnen proberen de rechter te overtuigen met (vrijwillig) in het geding gebrachte empirisch onderzoeksmateriaal. En het is nu ook weer niet zo dat de rechter, hoewel misschien sceptisch, per se zou weigeren om daarvan kennis te nemen. (...) een *goed* rapport kan zeker helpen de rechter te overtuigen.’ [curs. in origineel, *auteurs*]

Tegelijk wordt er echter indringend gewezen op de moeilijkheden (‘grote risico’s’) verbonden aan het (willen) gebruik (maken) van markt- of opinieonderzoek, want een zorgvuldig onderzoek kunnen uitvoeren is een voorwaarde waaraan vaak niet kan worden voldaan, aldus Verkade.³¹ In het kader van verkeersopvattingen merkte Rogmans daar eerder ook al over op dat de mogelijkheid om opinieonderzoek te verrichten ‘tijdrovend en kostbaar en reeds daarom minder geschikt’³² is. Memelink wijst er daarnaast op, tevens in het kader van verkeersopvattingen, dat opinieonderzoek lastig door de rechter gebruikt kan worden omdat het niet gemakkelijk is een representatieve steekproef samen te stellen en een vraag zo te formuleren dat de wijze waarop die gesteld wordt niet tot nauwelijks van invloed is op de antwoorden die gegeven worden.³³ Zowel Rogmans als Memelink menen daarnaast dat sommige onderwerpen ook gewoon simpelweg te lastig zijn om voor te leggen aan ‘het volk’.³⁴

En zo rijst een redelijk consistent beeld: het idee van het gebruik van empirisch onderzoek om juridische noties, zoals verkeersopvattingen, te staven, wordt niet breed omarmd³⁵ of benut. Het is te risicovol, zo lijkt het. Dat geldt dan vanwege de methodologische valkuilen waarop in de hiervoor benutte literatuur gewezen is en het gegeven dat dan ook de wetenschap als zodanig de rechtszaal wordt ingetrokken (wat is, en wat te doen met, ‘*junk science*?’). Deze terughoudendheid staat wellicht ook in verband met de notie dat partijen ongetwijfeld zullen proberen hun informatie zo gunstig mogelijk, en dus gekleurd, aan te leveren, hetgeen vervolgens ook nog eens lastig te traceren is door de niet-

(Duitse) rechtspraak. W.A. Wagenaar, ‘Merkenrecht’, in: P.J. van Koppen (e.a.) (red.), *Reizen met mijn rechter*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1046, vermeldt dat in de VS als basisregel geldt dat merkenrechtelijke beweringen door empirisch onderzoek moeten worden ondersteund.

31 Zie Verkade 2016, nr. 50 in fine, op p. 57. Zie nog uitvoeriger Verkade & Wagenaar 2002, p. 59 e.v., m.n. pp. 72-83, en van nadien (maar voortbouwend) ook nog Wagenaar 2010, p. 1045-1060.

32 B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon. BW nr. A10), 3e druk, Deventer: Kluwer 2007, p. 33.

33 P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 88-89.

34 Rogmans 2007, p. 33; Memelink 2009, p. 87-88. Dat laatste vinden we geen sterk argument: de burger kan prima bepalen wat zij/hij/hen vindt en dat neemt de onderzoeker dan serieus; dan doen we bij politieke opiniepeilingen ook.

35 Een volgens ons ongeëvenaarde uitzondering in Nederland is de zaak over de mogelijke aansprakelijkheid van tabaksproducenten, hetgeen afgewezen werd door Rb. Amsterdam 17 december 2008, *NJ* 2009/311 (*Römer/BAT*). Voor die procedure liet BAT diverse sociaalwetenschappelijke onderzoeken uitvoeren, zie I. Giesen, ‘Sommige procespartijen zijn “more equal than others”’, in: N. Doornbos (e.a.) (red.), *Rechtspraak van buiten. Liber amicorum prof.dr. J.F. Bruinsma*, Deventer: Kluwer 2010, p. 19 e.v.

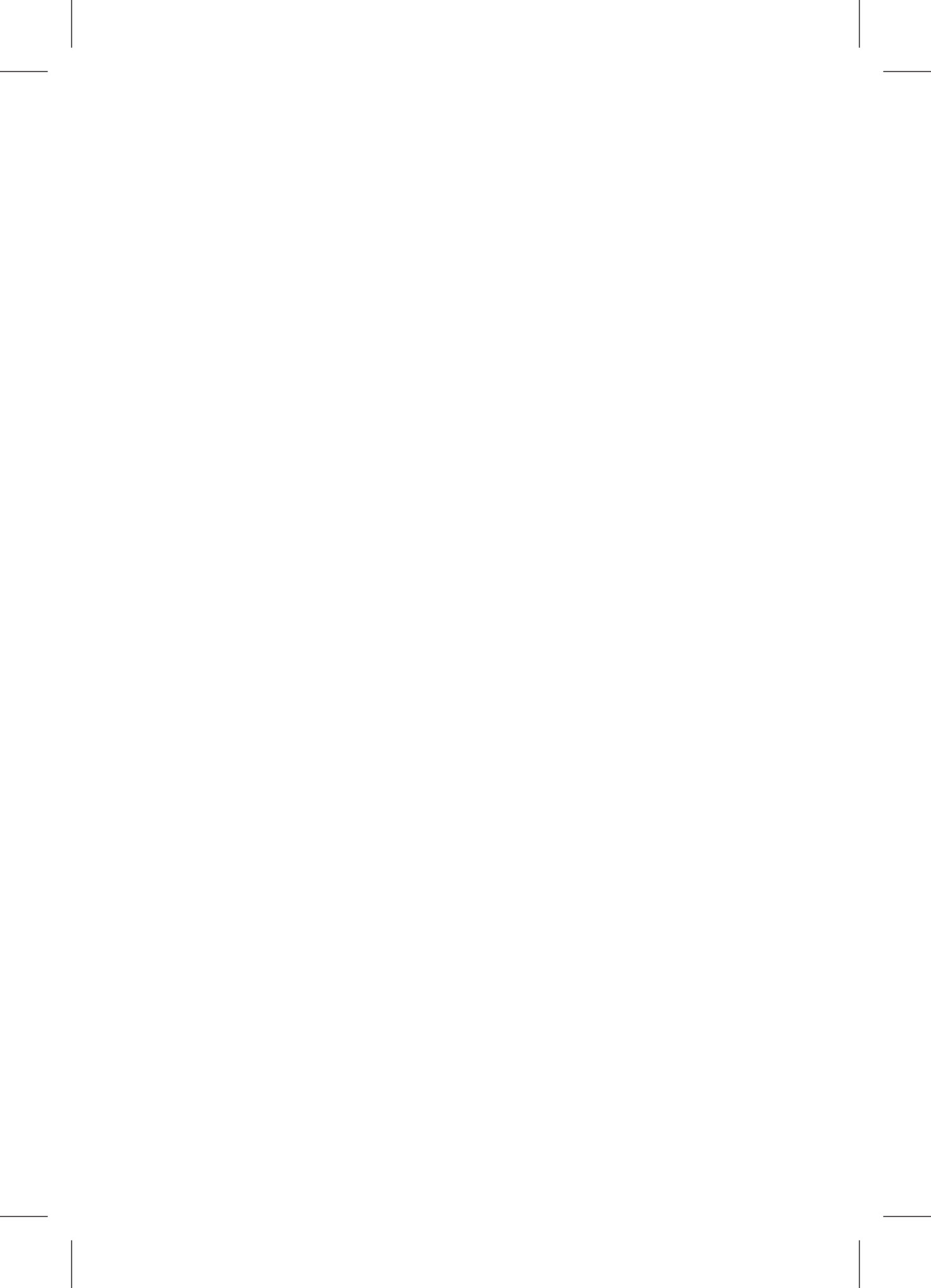
materiedeskundige rechter. Mocht de rechter vervolgens wél in willen gaan op de adequaatheid van het overlegde onderzoek, dan rijzen allerlei lastig inhoudelijke vragen die onder verband houden met de beoordeling van de sterkte, betrouwbaarheid, relevantie en volledigheid van het aangedragen bewijs.

Hoe realistisch is het dan, met deze risico's in het achterhoofd, dat de rechter surveyonderzoek (laat) uitvoeren indien hij ervoor kiest maatschappelijke opvattingen te gebruiken of zich daartoe genoodzaakt ziet? Vanuit onze, inmiddels, eigen ervaring met het uitvoeren van surveyonderzoek kunnen wij een deel van de hiervoor genoemde bezwaren relativeren, maar moeten wij ook een aantal daarvan onderkennen. Mede door de opkomst van het internet en ontwikkelingen in onderzoeksoftware, is het uitvoeren van surveyonderzoek inmiddels minder kostbaar en tijdrovend dan Rogmans in 1999, zoals hiervoor besproken, deed voorkomen. Mits daarbij geholpen door een onderzoeksbureau levert het samenstellen van een voor Nederlands representatieve steekproef, de valkuil die Memelink benoemd, bezien vanuit de kosten onzes inziens ook geen onoverkomelijk probleem op. Vragen zo opstellen dat zij enerzijds niet hun juridische nuance verliezen en anderzijds begrijpelijk zijn voor 'het volk' bleek het meest lastig. Hoewel wij denken daarin de juiste balans te hebben gevonden, mede door in twee rondes pilotstudies uit te voeren, is dat niet iets dat met zekerheid gezegd kan worden. Het blijft altijd tot op zekere hoogte onzeker of respondenten de vraag lezen zoals die is bedoeld.³⁶ Hoe concreter echter de vraag, hoe kleiner die onzekerheidsmarge zal zijn; dat is iets waar de rechter zijn voordeel mee kan doen. Als de rechter besluit surveyonderzoek te laten uitvoeren of zich daartoe genoodzaakt ziet, dan doet hij dat in principe aan de hand van een concrete casus, wat het makkelijker maakt aan respondenten een vraag voor te leggen die zoveel mogelijk ontdaan is van juridisch jargon. Een nadeel is evenwel dat het uitvoeren van pilotstudies om de vragen te controleren, tijdrovend en arbeidsintensief is. Eveneens een nadeel is dat (een deel van) de juridische finesses niet aan de respondenten kunnen worden voorgelegd, waardoor een vertaalslag van die maatschappelijke opvatting terug naar het juridische domein altijd weer lastig is. Blijkt het niet mogelijk een vraag grotendeels te ontdoen van juridisch jargon dan is dat onzes inziens overigens een aanwijzing dat de juridische kwestie die voorligt zich niet goed leent voor het gebruik van een maatschappelijke opvattingen zodat de rechter er dan beter aan doet zelf de knoop door te hakken en daar transparant over te zijn.

36 Overigens viel het ons mee hoeveel respondenten aangaven de vragen niet te begrijpen, al is het natuurlijk altijd de vraag in hoeverre zij daar zelf inzicht in hebben en eerlijk over zullen zijn (geweest).

4 AFRONDING

Het voorgaande leidt uiteindelijk tot een duidelijk beeld. Het gebruik van de maatschappelijke opvatting als (invulling van een) juridische maatstaf is zeker niet zonder bezwaren en dient om die reden eigenlijk zoveel mogelijk te worden gemeden. Dat geldt zeker wanneer er geen eenduidig empirisch bewijs is van de relevante maatschappelijke opvatting. Als goed empirisch onderzoek om juridische noties en beweringen te staven, lastig te verkrijgen is, zoals ook hiervoor uit paragraaf 3.2 bleek, versterkt dat wat ons betreft de eerdere gedachte dat de rechter, maar ook de wetgever, (meer) terughoudendheid zouden moeten betrachten bij het gebruik en introduceren van leerstukken en juridische termen die feitelijk om een empirisch gefundeerde basis (en het daarvoor benodigde onderzoek) vragen. De rechter kan dan beter aangeven een eigen normatieve keuze te hebben gemaakt die gefundeerd is op (meta)juridische argumenten. Dat die keuze soms niet aansluit bij de maatschappelijke opvatting is wat ons betreft in principe niet problematisch. De wetgever zou de rechter hierin bovendien kunnen steunen door in de formulering van open normen tot uiting te brengen dat het aan de rechter is om, uiteraard op objectieve en juridische gronden, tot een nadere invulling van die norm te komen.



BIJLAGE – VRAGENLIJST

De Universiteit Utrecht doet onderzoek naar ‘maatschappelijke opvattingen’ in het recht. Maatschappelijke opvattingen zijn meningen die leven onder de mensen in Nederland, zoals hun mening over de Europese Unie of over de doodstraf. In sommige gevallen zijn maatschappelijke opvattingen belangrijk voor het oordeel van een rechter. Maar, hebben Nederlandse rechters wel goed zicht op die maatschappelijke opvattingen? Met dit vragenlijst-onderzoek willen we die vraag beantwoorden.

De Universiteit Utrecht financiert dit onderzoek. De Universiteit Utrecht is een onafhankelijke en neutrale organisatie. Ze heeft alleen een wetenschappelijk belang bij dit onderzoek.

U heeft eerder aangegeven bereid te zijn mee te werken aan wetenschappelijk onderzoek via vragenlijsten. Daarom benaderen wij u. Voor u ligt een vragenlijst met enkele stellingen. Daarover willen we graag uw mening. Er zijn geen goede of foute antwoorden; uw mening is het belangrijkste.

Deelname aan dit onderzoek is geheel vrijwillig. U kunt op elk moment stoppen, zonder dat u daarvoor een reden hoeft te geven. Het invullen van de vragenlijst duurt circa 10 à 15 minuten.

U vult deze online-vragenlijst in een beveiligde omgeving in. Alleen de onderzoekers hebben toegang tot deze omgeving. Wij gaan vertrouwelijk om met uw gegevens. Alle gegevens worden anoniem verwerkt. In publicaties zullen de verzamelde gegevens niet tot u als persoon zijn te herleiden.

Met uw medewerking helpt u de onderzoekers te bepalen of de rechterlijke macht aansluiting vindt bij wat er in de maatschappij leeft.

Wij danken u bij voorbaat voor uw medewerking.

Voor vragen kunt u terecht bij Prof. Ivo Giesen, hoogleraar Privaatrecht aan de UU, via e-mail (I.Giesen@uu.nl).

- 1) Heeft u bovenstaande informatie gelezen en stemt u in met deelname aan het onderzoek?
1. Ja, ik heb bovenstaande informatie gelezen en stem in met deelname aan het onderzoek
2. Nee

OPVATTINGEN ONDERZOEKEN

2) Wat is uw leeftijd?

____ jaar

3) Wat is uw geslacht?

1. Man

2. Vrouw

3. Anders, namelijk: ____

4. Dat vertel ik liever niet

4) Wat is uw gezinssituatie?

1. Alleenstaand, zonder kinderen

2. Alleenstaand, met kinderen

3. Samenwonend, zonder kinderen

4. Samenwonend, met kinderen

5. Getrouwd, zonder kinderen

6. Getrouwd, met kinderen

7. Anders, namelijk: ____

5) Wat is uw hoogst behaalde opleidingsniveau?

1. Basisschool

2. Lager/voorbereidend beroepsonderwijs (lbo/vmbo)

3. Middelbaar algemeen voortgezet onderwijs (mavo)

4. Middelbaar beroepsonderwijs (mbo)

5. Hoger algemeen voortgezet onderwijs (havo)

6. Voorbereidend wetenschappelijk onderwijs (vwo)

7. Hoger beroepsonderwijs (hbo)

8. Wetenschappelijk onderwijs (wo)

9. Anders, namelijk: ____

10. Geen antwoord

6) Hoe ontvangt u inkomen?

1. Een betaalde baan

2. Uit mijn eigen onderneming

3. Als zzp'er

4. Vroegpensioen

5. AOW

6. AOW en aanvullend pensioen

7. Een andere uitkering

8. Anders, namelijk: ____

9. Dat vertel ik liever niet

7) In welk gebied in Nederland woont u?

1. Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en randgemeenten*
2. Noord-Holland, Zuid-Holland en Utrecht
3. Friesland, Groningen en Drenthe
4. Overijssel, Gelderland en Flevoland
5. Noord-Brabant, Limburg en Zeeland

**Randgemeenten zijn Diemen, Ouder-Amstel, Landsmeer, Amstelveen, Schiedam, Capelle a/d IJssel, Krimpen a/d IJssel, Nederlek, Ridderkerk, Barendrecht, Albrandswaard, Leidschendam, Voorburg, Rijswijk, Wassenaar en Wateringen.*

8) Op welke partij zou u stemmen als er vandaag verkiezingen zouden zijn?

1. VVD
2. CDA
3. PVV
4. D66
5. PvdA
6. Forum voor Democratie
7. ChristenUnie
8. GroenLinks
9. SP
10. Partij voor de Dieren
11. 50Plus
12. DENK
13. Overig
14. Ik ga niet stemmen
15. Ik weet nog niet wat ik ga stemmen
16. Dat vertel ik liever niet

9) Wat is uw geloofsovertuiging?

1. Geen
2. Rooms-katholiek
3. Nederlands hervormd
4. Gereformeerd
5. Protestantse Kerk in Nederland
6. Islam
7. Jodendom
8. Hindoeïsme

9. Boeddhisme

10. Anders, namelijk: _____

11. Dat vertel ik liever niet

10) Bij een bedrijf werken mensen. Soms komt de vraag op of het gedrag van deze mensen hun eigen verantwoordelijkheid is of onder de verantwoordelijkheid van het bedrijf valt. Geef aan in hoeverre u het eens bent met deze drie stellingen:

a. Als **een monteur** van een garagebedrijf motorolie in de sloot gooit en daarmee de sloot vervuult, komt dit voor rekening van het garagebedrijf.

b. Als **de chef van de werkplaats** van een garagebedrijf motorolie in de sloot gooit en daarmee de sloot vervuult, komt dit voor rekening van het garagebedrijf.

c. Als **de directeur** van een garagebedrijf **een monteur opdracht geeft** motorolie in de sloot te gooien en daarmee de sloot vervuult, komt dit voor rekening van het garagebedrijf.

1. Zeer mee eens

2. 2

3. 3

4. Neutraal

5. 5

6. 6

7. Zeer mee oneens

8. Ik begrijp het niet

11) Sommige jongeren tussen de twaalf en zestien jaar hebben seks met elkaar. Omdat het om jonge mensen gaat, is het de vraag of dit in alle gevallen mag of dat het soms strafbaar is. Geef aan in hoeverre u het eens bent met deze vijf stellingen:

a. De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag door de strafrechter worden beperkt.

b. De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag worden beperkt door de strafrechter wanneer de jongere **vrijwillig seks** heeft met een leeftijdsgenoot en **het initiatief neemt**.

c. 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**.

d. De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag worden beperkt door de strafrechter wanneer sprake is van **'casual seks'** of een **'one night stand'** zonder dat de sekspartners **elkaar goed kennen**.

e. De seksuele vrijheid van jongeren (van 12 tot 16 jaar) mag worden beperkt door de strafrechter wanneer sprake is van seksuele handelingen die **verder gaan dan gebruikelijke seksuele handelingen** (bijvoorbeeld: **een trio**).

1. Zeer mee eens

- 2. 2
- 3. 3
- 4. Neutraal
- 5. 5
- 6. 6
- 7. Zeer mee oneens
- 8. Ik begrijp het niet

12) Amerika heeft een lijst opgesteld van vijandige landen waarmee niet gehandeld mag worden. Amerika legt soms hoge boetes op aan Nederlandse banken die klanten hebben die toch zaken doen in deze vijandige landen. Sommige van deze landen worden in Nederland niet als vijandig gezien. Dit roept de vraag op of een Nederlandse bank onder het contract met die klanten uit kan.

Geef aan in hoeverre u het eens bent met deze vier stellingen:

- a. De bank mag de rekening van zijn klant sluiten om zo hoge boetes te voorkomen.
- b. De bank mag de rekening van zijn klant sluiten om zo hoge boetes te voorkomen, zelfs als de **Nederlandse overheid het verbiedt** om de rekening te sluiten.
- c. De bank mag de rekening van zijn klant **alleen** sluiten als de mogelijkheid om de rekening vanwege Amerikaanse sancties te sluiten, **vooraf is afgesproken** met die klant.
- d. De bank mag de rekening van zijn klant sluiten als het land waarin gehandeld wordt door de klant **internationaal gezien een slechte reputatie heeft**.

- 1. Zeer mee eens
- 2. 2
- 3. 3
- 4. Neutraal
- 5. 5
- 6. 6
- 7. Zeer mee oneens
- 8. Ik begrijp het niet

13) Het komt voor dat een arts een ‘implantaat’ (bijvoorbeeld een nieuwe kunstheup) moet gebruiken bij een operatie. Soms blijken die onveilig te zijn omdat bij het maken ervan een fout is gemaakt. Hoewel ook de maker van het implantaat verantwoordelijk is, vraagt de patiënt meestal aan het ziekenhuis om de schade te betalen. Een veel gestelde vraag is dan of ook het ziekenhuis voor de schade moet opdraaien.

Geef aan in hoeverre u het eens bent met deze vier stellingen:

- a. Een ziekenhuis moet de schade betalen die ontstaat door het gebruik van onveilige implantaten.

- b. Een ziekenhuis moet de schade betalen die ontstaat door het gebruik van onveilige implantaten, ook als die implantaten onveilig zijn door **fraude bij de fabrikant**.
- c. Een ziekenhuis moet de schade betalen die ontstaat door het gebruik van onveilige implantaten, ook als het **ziekenhuis niet verzekerd is** voor die schade.
- d. Een ziekenhuis moet de schade betalen die ontstaat door het gebruik van onveilige implantaten, ook als de **fabrikant failliet** is en het ziekenhuis de kosten dus niet kan doorberekenen aan de fabrikant.
- e. Dit is een controlevraag. Beantwoord deze vraag met 'Zeer mee oneens'.
 - 1. Zeer mee eens
 - 2. 2
 - 3. 3
 - 4. Neutraal
 - 5. 5
 - 6. 6
 - 7. Zeer mee oneens
 - 8. Ik begrijp het niet

14) Mensen kunnen samen eigenaar zijn van bijvoorbeeld een woning, of een boot maar ook van een dier. Soms kunnen die dingen of dieren schade veroorzaken aan maar één van deze eigenaren. De vraag is dan wie voor deze schade moet opdraaien.

Geef aan in hoeverre u het eens bent met deze drie stellingen:

- a. Als een schoorsteen van een woning waait en één eigenaar verwondt, moeten de **andere eigenaren van de woning** ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt.
 - b. Als een hond één van zijn eigenaren bijt, moeten de **andere eigenaren van de hond** ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt.
 - c. Als de mast van een boot afbreekt en één eigenaar verwondt, moeten de **andere eigenaren van de boot** ook bijdragen aan de kosten die de verwonde eigenaar maakt.
- 1. Zeer mee eens
 - 2. 2
 - 3. 3
 - 4. Neutraal
 - 5. 5
 - 6. 6
 - 7. Zeer mee oneens
 - 8. Ik begrijp het niet

15) Makelaars moeten de oppervlakte van een huis volgens een bepaalde manier berekenen. Als bij het bepalen van de oppervlakte van een huis niet volgens die meetinstructie wordt

gemeten, kan het gebeuren dat de koper denkt dat hij een groter huis koopt terwijl dat niet zo is. De koper betaalt dan te veel voor de woning en lijdt dus financiële schade.

Geef aan in hoeverre u het eens bent met deze drie stellingen:

- a. Als de meting niet voldoet aan een meetinstructie die door **de wetgever is opgesteld**, dan moet de makelaar de schade van de koper betalen.
 - b. Als de meting niet voldoet aan een meetinstructie die door **de NVM is opgesteld** (een branchevereniging van makelaars), dan moet de NVM-makelaar de schade van de koper betalen.
 - c. Als de meting niet voldoet aan een meetinstructie die de makelaars van **één makelaarskantoor met elkaar hebben afgesproken**, dan moet de makelaar de schade van de koper betalen.
1. Zeer mee eens
 2. 2
 3. 3
 4. Neutraal
 5. 5
 6. 6
 7. Zeer mee oneens
 8. Ik begrijp het niet

16) Wanneer de politie een inval doet in een woning kan er schade ontstaan (bijvoorbeeld omdat de voordeur ingetrapt wordt). Omdat de verdachte niet altijd de eigenaar is van de woning (bijvoorbeeld omdat de verdachte die woning huurt van iemand die zelf nergens van verdacht wordt), roept dit de vraag op wie voor de schade aan de woning moet opdraaien.

Geef aan in hoeverre u het eens bent met deze vier stellingen:

- a. De schade die door de politie aan de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht, moet betaald worden door de overheid.
 - b. De schade die door de politie aan de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht, moet betaald worden door de overheid als de woning **eigendom is van een woningbouwvereniging (sociale huurwoningen)**.
 - c. De schade die door de politie aan de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht, moet betaald worden door de overheid als de woning **eigendom is van een commercieel woningverhuurbedrijf**.
 - d. De schade die door de politie aan de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht, moet betaald worden door de overheid, ook als de eigenaar de **verdachte voor de schade kan laten opdraaien**.
1. Zeer mee eens
 2. 2

OPVATTINGEN ONDERZOEKEN

3. 3

4. Neutraal

5. 5

6. 6

7. Zeer mee oneens

8. Ik begrijp het niet