

HOOFDSTUK 1

GEDRAG EN PRIVAATRECHT:

INLEIDING EN VERANTWOORDING

W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij¹

1 INLEIDING

Het vermogensrecht staat bol van gedragspresumpties en gedragseffecten. De Hoge Raad stelt bijvoorbeeld dat werkgevers extra zorg in acht moeten nemen wat betreft werknemers die met gevaarlijke machines werken, omdat het dagelijkse gebruik daarvan tot verminderde waakzaamheid zou leiden.² Dat is een gedragspresumptie. De vraag is echter of die presumptie ook feitelijk juist is.

De wetgever voert een bedenkttermijn in met als doel dat de contracteerbeslissing van één van de partijen evenwichtiger wordt en de druk van de beslissing wordt verminderd. Dat is een beoogd doel. Maar wordt dat doel ook werkelijk bereikt, of blijft het effect in de praktijk uit?

Als persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders tot defensief besturen leidt, dan kunnen we misschien spreken van een onbedoeld – en mogelijk zelfs ongewenst – gedragseffect. Zijn er empirische bewijzen die het bestaan van dat effect of het ontbreken ervan aantonen?

- 1 Willem van Boom is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Ivo Giesen is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Utrecht, Albert Verheij is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en honorair universitair hoofddocent aan de Universiteit Utrecht. Zij danken Brigitte Bethlehem voor de onderzoeksassistentie en de deelnemers aan de workshop (Utrecht, september 2007) ter voorbereiding van deze uitgave.
- 2 Bijv. HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (Messaoudi/Hoehst); HR 29 april 1983, NJ 1984, 19 (De Vries/Kuyt). Ten aanzien van het gebruik van psychologische inzichten op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht, is de hier genoemde en veelgebruikte frase in arresten dat de dagelijkse omgang met gevaren tot een zekere mate van onvoorzichtigheid leidt (zie bijv. ook nog HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (Van Doorn/NBM)) en dat de aangesprokene daarmee rekening had behoren te houden, een goed voorbeeld. Het betreft hier een thema dat zeer wel vanuit de psychologie ('*human error*') bestudeerd zou kunnen worden. Vgl. Matthews e.a. 2000, p. 141 e.v.

Zo rijzen er veel vragen, doch zijn er weinig zekere antwoorden. Het is daarom dat dit boek beoogt om auteurs met zeer uiteenlopende achtergrond bijeen te brengen om zich over dit type vragen te buigen en om meer duidelijkheid te verschaffen over de rol van gedragspresumpties en gedragseffecten in het privaatrecht. De centrale gedachte is dat de auteurs onderzoeken in hoeverre privaatrechtelijke regels aansluiten bij hoe mensen werkelijk zijn, denken, beslissen en zich gedragen. Anders gezegd: is er invloed van privaatrechtelijke regels op gedrag en sluiten regels aan bij dat gedrag? Daarbij komen enerzijds zowel bedoelde effecten (effectiviteit) als onbedoelde neveneffecten aan de orde, als anderzijds de gehanteerde veronderstellingen over gedrag als basis voor regels.

In dit inleidende hoofdstuk zetten we een aantal algemene kwesties uiteen. We gaan in op de definitie van gedragspresumptie en gedragseffect en we brengen een aantal velden in kaart waarin dergelijke presumpties en effecten een grote rol spelen en tegelijk problematisch zijn (par. 2), we plaatsen dit boek in een historische context (par. 3), bespreken de verdere indeling (par. 4) en we geven een methodologische verantwoording van (de bijdragen aan) dit boek (par. 5). De benaderingswijze van dit boek is multidimensionaal. We zullen dat begrip uitgebreider toelichten in par. 5.1, maar voor nu volstaat de (vast)stelling dat alle wetenschappen die kunnen bijdragen aan inzicht in de functie van gedrag in het privaatrecht, van belang kunnen zijn en dus ingezet kunnen of moeten worden ter vergroting van dat inzicht. Wij hebben tot op heden als relevante disciplines geïdentificeerd de (rechts)sociologie, (rechts)psychologie, criminologie, (behavioural) law and economics, organisatiekunde, alsmede beleidswetenschappen. Waar dat zinvol is, verwijzen we in dit hoofdstuk al naar enkele bijdragen. In het laatste hoofdstuk trekken we nadere conclusies naar aanleiding van de bevindingen van de diverse auteurs.

Wat betreft het doel van dit boek kunnen we betrekkelijk kort zijn. Het doel van dit boek is enerzijds bescheiden, anderzijds ambitieus. Het is bescheiden van opzet waar het materiaal wil ontsluiten en de lezer gewaar wil laten worden van wat we al weten – en vooral van wat we nog niet weten – over gedrag en privaatrecht. Het is echter ambitieus waar het de synthese tussen de verschillende disciplines wil stimuleren en daarmee een nieuwe dimensie aan rechtsgeleerd onderzoek toevoegen, namelijk die van de civilologie.³ In onze benadering is de civilologie de verzameling van wetenschappen die in onderlinge samenhang onze kennis vergroot van de gedragsassumpties waar het privaatrecht zich van bedient, de effecten die het privaatrecht heeft op het gedrag van individuen en organisaties en van de betekenis die deze assumpties en effecten hebben voor privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en -toepassing.

3 De term en ambitie ontleen wij mede aan Genn e.a. 2006.

Het domein van het boek betreft het privaatrecht, maar we hebben onszelf niet als doel gesteld alle delen van het privaatrecht te behandelen. Zo hebben we bijvoorbeeld familie- en jeugdrecht vooralsnog buiten beschouwing gelaten.

Tot de doelgroep van dit boek behoren beleidsmakers, academici, rechters en andere juridische beslissers, simpelweg omdat zij, elk op hun eigen terrein, beslissingen nemen die voortbouwen op of gepaard gaan met gedragspresumpties en die effect sorteren. Zij kunnen, naar wij hopen en menen, leren van de bijdragen in dit boek. Het boek heeft niet als doel om een academisch discours met en binnen de andere disciplines die in de diverse bijdragen aan bod komen, te voeren. Wij hebben niet de pretentie dat dit boek van belang zou kunnen zijn voor andere disciplines dan de juridische. Civielogica is nu eenmaal een onderdeel van het juridische wetenschappelijk discours.

2 GEDRAGSPRESUMPTIES EN GEDRAGSEFFECTEN

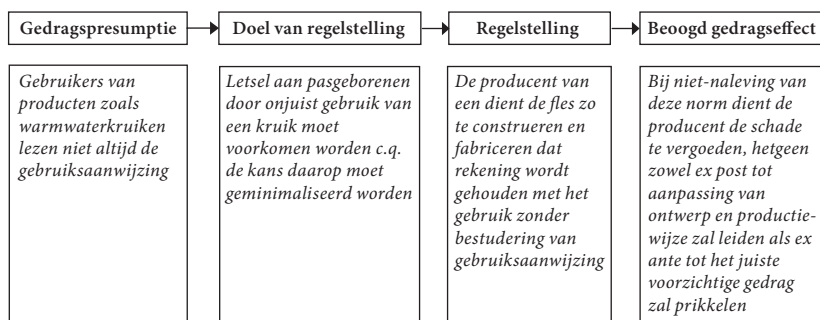
2.1 Definities en verhoudingen

In deze paragraaf gaan wij nader in op de elementen ‘gedragspresumptie’ en ‘gedrags-effect’. Gedragspresumpties zijn in onze definitie de uitgesproken of onuitgesproken veronderstellingen over hoe individuen of organisaties opereren, tot wilsbepaling en besluitvorming komen, met onzekerheid omgaan, en op regelstelling reageren. Gedrags-effecten in onze definitie zijn de gevolgen die al dan niet beoogd teweeg worden gebracht na regelstelling van wetgever en rechter, en wel door de interactie tussen regelstelling en normadressaat.

Een voorbeeld moge de verhouding tussen deze elementen verduidelijken. Zowel de wetgever als de civiele rechter bedient zich dagelijks van gedragspresumpties. De regels en uitspraken die zij daar op baseren, hebben elk voor zich weer één of meer beleidsdoelen voor ogen en die doelen hebben vaak weer betrekking op gedrag. Zo zou men kunnen stellen dat het leerstuk van de onrechtmatige gevaarstelling tot doel heeft de preventie van bepaalde ongevallen via het toekennen van schadevergoeding achteraf. Helemaal zeker is dit niet, omdat wetgever en rechter in binnen- en buitenland zelden kraakhelder aangeven wat het doel of de doelen van het aansprakelijkheidsrecht zijn.⁴ Hoe dan ook: *aannemend dat* het leerstuk van de onrechtmatige gevaarstelling tot doel heeft de preventie van bepaalde ongevallen, dan zou in een klassieke zaak als *Lekkende Kruik* het volgende rationele beoordelingskader kunnen volgen:⁵

⁴ Zie daarover bijv. ook de bijdrage van Giesen aan dit boek.

⁵ HR 2 februari 1973, NJ 1973,315 (*Lekkende Kruik*).



Dit kader biedt geen verklaring van menselijk gedrag, maar is veeleer een normatief kader waarbij bepaalde gedragsveronderstellingen worden gehanteerd. Immers, bij elk van deze stappen kan men vraagtekens zetten. Lezen gebruikers van producten inderdaad niet altijd de gebruiksaanwijzing? Zal de dreiging van aansprakelijkheid daadwerkelijk tot aanpassing van ontwerp en productiewijze leiden? Dit zijn empirische vraagstukken. Verder kan de vraag – zie hiervoor reeds – worden gesteld of het doel van de regelstelling werkelijk is het voorkomen van letselschade. In het privaatrecht is in veel gevallen de enige zekerheid die de juridische beslisser heeft *dát* er regelstelling is, terwijl het achterhalen van doel en strekking van de betreffende regel soms bijzonder moeilijk is.⁶ Maar inzicht in doel en strekking van die regel is essentieel om te achterhalen of de gehanteerde gedragspresumpties, alsook de beoogde en geconstateerde gedragseffecten in de weg staan aan verwezenlijking van het achter de regel liggende beleidsdoel. En er zijn meer vragen te stellen: is aansprakelijkheid het meest doeltreffende en doelmatige middel om het doel te realiseren? Wellicht is (publiekrechtelijke) veiligheidsregulering effectiever en brengt dit minder kosten voor betrokkenen met zich?

2.2 Van gedrag en kennis

Gedragspresumpties en veronderstelde effecten zijn, zo moge duidelijk zijn, aan de orde van de dag in het privaatrecht en zij worden zowel door de regelgever als door de rechter gehanteerd.⁷ Of een bestuurder van een laadschop (i.e. een groot motorvoertuig dat op bouwplaatsen wordt gebruikt) voorzorgsmaatregelen moet treffen als hij spelende kinderen in de omgeving van de laadschop ziet, kan afhangen van de vraag

6 Zoals bijv. ook de toepassing van het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) laat zien, vgl. HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda).

7 En daarmee ook dwingend opgelegd aan de burgers, instanties en ondernemingen. Zo moet bijv. DNB blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad erop toezien dat maatregelen jegens onder toezicht gestelde instellingen het beoogde effect hebben, en anders moet DNB een meer effectieve maatregel nemen, vgl. HR 13 oktober 2006, JA 2007, 2 m.nt. Van Boom (Vie d'Or).

welk gedrag kinderen over het algemeen zullen vertonen bij het zien van een laadschop. Blijven zij, bang geworden door de omvang van het voertuig, op een veilige afstand of worden zij zozeer aangetrokken tot het fascinerende apparaat dat zij er bijna als vanzelf onder geraken? Als de rechter de eerste variant kiest, kan hij tot de beslissing komen dat het kind dat wél onder de laadschop is geraakt, uitzonderlijk gedrag vertoonde waar de bestuurder geen rekening mee had hoeven houden. Als de rechter de tweede variant kiest, kan hij tot de beslissing komen dat de bestuurder rekening had moeten houden met typisch kindergedrag en dat er dus aansprakelijkheid bestaat voor het letsel van het kind dat het typische gedrag vertoonde. In de laadschop-zaak koos het hof voor de eerste en de Hoge Raad kennelijk voor de tweede variant.⁸ Dat kan natuurlijk niet. Er valt hier niets te kiezen: beide varianten hebben werkelijkheidspretentie en moeten daarom empirisch getoetst (kunnen) worden, waarna in principe zal blijken dat één pretentie niet juist was. Vaak kan de rechter dat echter niet zelf en is deskundig advies nodig.

Met betrekking tot veronderstelde gedragseffecten kan hier verder nog gewezen worden op het zogenoemde *floodgates* argument. In rechtspraak, vooral in het buitenland, wordt bijvoorbeeld vaak verwezen naar de onaanvaardbare maatschappelijke gevolgen van het toelaten van aansprakelijkheid buiten contract voor zogenaamde zuivere vermogensschade.⁹ Dat zou tot het openzetten van de sluisdeuren (richting ongebreidelde aansprakelijkheid) leiden, door het te voorziene gevolg dat veelvuldig vergoeding voor de betreffende schadecategorie gevorderd zal worden. En dat zou een ondraaglijke schadelast teweegbrengen of op zijn minst een *chilling* effect hebben op organisaties (d.w.z. leiden tot overmatige angst voor potentiële schadeclaims, resulterend in een maatschappelijk onwenselijk hoge mate van voorzichtigheid).

Dergelijke retoriek lijkt ook in onze eigen civiele rechtspraak te worden gebezigd,¹⁰ zonder dat er concrete kennis bestaat over de werkelijke gedragseffecten van het al dan niet toestaan van een bepaalde aansprakelijkheidsactie. Dat wil niet zeggen dat we aansprakelijkheid met een gerust hart verder kunnen laten uitdijen, maar wel dat dergelijke argumentatie met werkelijkheidspretentie beter onderbouwd – of wellicht beter zelfs: vermeden – moet worden als er geen tastbare bewijzen voor bestaan of aangevoerd (kunnen) worden.

8 Zie HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 (Martin Smit). Vgl. daarover bijv. Vranken 2005, nr. 50-51.

9 Zie de verwijzingen bij Van Boom 2004, p. 33 e.v.

10 Vgl. bijv. HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. Jac Hijma (Duwbak Linda), waar aan het '*floodgates*' argument wordt gerefereerd (zie r.ov. 3.4.3: 'Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen.').

Alvorens wij vervolgen met een voorbeeld, nog dit. Er is één type presumptie met werkelijkheidspretentie dat vooral in rechtspraak gehanteerd wordt. Het gaat hier om een type dat nauw verwant is aan gedragspresumpties, te weten *kennispresumpties*. Het zijn vooral rechters die zich er van bedienen als zij oordelen dat iets een feit van algemene bekendheid is. Zo is in het verleden al geoordeeld dat het bij mensen die vertrouwd zijn met het klimaat in Aruba, van algemene bekendheid is dat men terdege met het gevaar van gladheid na regenval rekening moet houden,¹¹ dat algemeen bekend is dat in algemene voorwaarden regelmatig zeer vergaande exoneratieclausules voorkomen en dat men daarmee rekening moet houden;¹² dat het regelmatig voorkomt dat bij garages autosleutels uit de brievenbus worden gehengeld en de daarbij behorende auto's die in de omgeving van die garage staan worden gestolen,¹³ dat een podium een mogelijk valgevaar met zich brengt,¹⁴ en dat autogeen snijden brandgevaar oplevert.¹⁵ Aan de andere kant werd de giftigheid van een taxusstruik, vooral voor paarden, niet algemeen bekend verondersteld, tot verbazing van anderen.¹⁶

De rechtsgevolgen van dergelijke rechterlijke oordelen zijn verstrekkend, omdat feiten van algemene bekendheid zelfstandig door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag mogen worden gelegd en geen bewijs behoeven.¹⁷ Mede daarom zou het nuttig zijn om te weten of deze kennispresumpties verband houden met de werkelijkheid. In dit boek staat dit type presumpties als zodanig niet centraal, maar soms komt men ze verborgen in gedragspresumpties tegen. In die zin kunnen en zullen ze dus wel degelijk aan de orde komen.

2.3 Een voorbeeld: informatie in het privaatrecht

Om de lijn tussen gedragspresumptie en gedragseffect te vervolgen, willen wij in deze paragraaf aan de hand van een uitgebreider voorbeeld de werking hiervan in regelgeving illustreren. Het voorbeeld begint bij een zeer bekende gedragspresumptie: de *rationele keuze*-theorie. Deze theorie is dominant in de economie en, naar het lijkt, ook in privaatrechtelijke regelgeving. De presumptie in deze theorie is dat menselijk gedrag:

11 HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143 (Perez/Casa Grande).

12 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 688 (Bouma/Cavo-Latuco).

13 HR 12 maart 2004, NJ 2004, 272 (De Lage Landen Translease/Garage Kempenaar Gouda).

14 Vgl. ongeveer in die zin Hof Amsterdam, te kennen uit HR 25 mei 2007, RvdW 2007, 503 (Van den Heuvel/ Utrechtse Jeugdhuizen Leger des Heils).

15 Hof Amsterdam, te kennen uit HR 20 oktober 2000, NJ 2000, 700 (Foekens/Naim).

16 HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus).

17 Art. 149 lid 2 Rv.

‘een reeks keuzes is die op individuele basis, volkomen rationeel en met eigenbelang als belangrijkste motivatie worden gemaakt. Bij die keuzes stellen mensen zich, gegeven hun budget en hun smaak, ten doel hun behoeften optimaal te bevredigen. (...)’¹⁸

Als dit juist is, zijn mensen ‘nutsmaximaliseerders’ die gedreven worden door de onstuitbare behoefte om tegen de achtergrond van hun preferenties het onderste uit de kan te halen voor zichzelf en de hunnen. Dit mensbeeld spoort tot op zekere hoogte met het beginsel van autonomie (keuzevrijheid) in het privaatrecht, dat een belangrijke vertakking kent naar het beginsel van contractsvrijheid (of breder: naar het beginsel dat ieder de consequenties van zijn keuzes draagt). Voor het contractenrecht betekent dit kort gezegd dat partijen vrij zijn om het contract te sluiten dat zij zelf kiezen en dat de Staat in beginsel geen correcties moet aanbrengen op dat aldus gesloten contract. Uitzonderingen op deze hoofdregel zouden alleen spelen als ‘de markt faalt’.

Er is in de loop der jaren van veel kanten kritiek op dit economische mensbeeld geformuleerd. Als de mens werkelijk zo in elkaar steekt, waarom lenen ze dan te veel, sparen ze te weinig, eten ze te veel, bewegen ze te weinig, maken ze verkeerde beleggingsbeslissingen en spelen ze wel mee met de loterij maar zijn ze doodsbang voor asbest in hun huis? Mensen zijn geen stroomschema’s, en hun beslissingen dus ook niet, aldus deze kritiek. Een fraai voorbeeld van een type gedragspresumptie waarvan in het privaatrecht gebruik wordt gemaakt en dat hierbij aanhaakt, is dat individuen met volledige informatie de beste contracteerbeslissingen maken. Het consumentenbeleid is een exponent van deze beleidsvisie, die tot doel heeft om consumenten goed geïnformeerd te maken.¹⁹ Basis voor deze visie is (1) de these dat het ontbreken van informatie (of de bekendheid van informatie bij de ene partij en onbekendheid ervan bij de andere) tot ‘inefficiënte contracten’ kan leiden (en dat dit informatiegebrek dus op een of andere manier gerepareerd moet worden) en (2) de presumptie – die evenzeer op het rationaliteitsidee is gestoeld! – dat de mens een rationele afweging maakt tussen de kosten van het zoeken naar en het maken van een keuze zónder alle relevante informatie.²⁰

Een van de mogelijke oplossingen voor dit probleem in het consumentenrecht ligt in die zienswijze voor de hand: zorg ervoor dat mensen makkelijk aan die informatie kunnen komen die nodig is voor het nemen van beslissingen.²¹ Dat is dan ook vaak de oplossing die de wetgever kiest. Wet- en regelgevers en rechters formuleren allerhande informatie- en

18 Hurenkamp en Kremer 2005, p. 25.

19 Vgl. Strategisch Actie Programma ‘Een versterkte consumentaliteit’ (Beleidsbrief Consumenten juni 2004 Ministerie van Economische Zaken).

20 Zie bijv. de literatuurverwijzingen bij Duyvensz 2003, p. 42 e.v.

21 Kritisch Hadfield e.a. 1998, p. 141.

mededelingsplichten, variërend van zorgplichten voor dienstverleners en mededelingsplichten in de precontractuele fase tot de financiële bijsluiter en ‘*know your customer*’ verplichtingen in bijzondere regelgeving.²² Het ‘gewone’ privaatrecht kent ook veel van dit soort informatie- of waarschuwingsverplichtingen, die als het ware ondersteuning moeten bieden aan ‘beslissingen in autonomie genomen’;²³ gedacht kan worden aan het dwalingsleerstuk (art. 6:228 BW), de wilsleer (art. 3:33 BW), maar ook aan informatie-, mededelings- en onderzoeksplichten in het aansprakelijkheidsrecht (art. 6:74 BW en art. 6:162 BW) en bijvoorbeeld de ‘*informed consent*’-idee van artikel 7:448 e.v. BW.

Vragen die hier vervolgens opkomen, zijn onder meer: hoe kan het recht ervoor zorgen dat de informatie terecht komt bij degene die deze voor zijn keuzes nodig heeft? Wat is belangrijke informatie en wat niet? Op wie kan het beste de plicht worden gelegd (of ruimer: aan wie moet de prikkel worden gegeven) om de informatie te verstrekken of te verkrijgen? Maar tegelijkertijd blijkt dat er ook belangrijke beperkingen aan het willen wegwerken van een informatieachterstand kleven.

In de eerste plaats kunnen preferenties van mensen verschillen en kan dus ook de informatie die nodig is voor het maken van keuzes verschillen. Een regelgever zal dus – als hij bijvoorbeeld een informatieverplichting in het leven roept – een idee moeten hebben van wat voor ‘de gemiddelde persoon’ relevante informatie is. En een rechter moet zich bijvoorbeeld afvragen of de informatiebehoefte van een van beide partijen (denk aan het leerstuk van dwaling) gemiddeld en dus reëel of juist exorbitant is. Eenvoudig is dat geenszins, want hoe komt men aan gegevens daarover?²⁴

In de tweede plaats is informatie lang niet altijd concludent. Zeker waar informatie geen absolute zekerheid, maar slechts waarschijnlijkheid uitdrukt (de verkoper van het huis die verklaart ‘voor zover ik weet is er geen bestemmingsplanwijziging ophanden’, geeft daarmee aan dat er nú geen bouwplannen zijn, maar kan geen garanties voor de toekomst geven), moet de ontvanger van de informatie keuzes maken op grond van scenario’s – inschattingen van hoe de situatie zich verder zal ontwikkelen, welke goede en kwade kansen zich kunnen verwezenlijken na het maken van de keuze. Informatie geeft zelden zekerheid, maar hoogstens een basis om een beslissing te nemen ‘in onzekerheid’. Dan is het dus de kunst om informatie over goede en kwade kansen en de grootte van die kansen over het voetlicht te brengen. Dat klinkt eenvoudig, maar is in werkelijkheid bijzonder moeilijk en soms zelfs onmogelijk.

In de derde plaats is er onder invloed van met name de psychologie een stroming binnen de economische wetenschap ontstaan die fundamentele kritiek heeft geformuleerd op het

22 Wij wijzen alvast op de bijdrage van Loonen in dit boek.

23 Vgl. de bijdrage van Luzak in deze uitgave.

24 Vgl. over de problematiek van de ‘gemiddelde’ consument bijv. Kabel 2005.

rationele beslissingsmodel.²⁵ Deze ‘behavioristische’ stroming trekt in twijfel dat mensen (altijd) in staat zijn om – zelfs als zij alle relevante informatie voorhanden hebben – de rationele beslissing te nemen die nodig is in het klassieke economische model. Zij stellen, en onderbouwen dat met psychologische experimenten, dat de cognitieve beperkingen van de mens maken dat hij onder invloed van cognitieve stoornissen – men spreekt wel van ‘*biases*’ (een cognitieve vooringenomenheid die de objectieve beoordeling van de situatie bemoeilijkt) en ‘*heuristics*’ (cognitieve ‘ezelsbruggetjes’ bij het nemen van beslissingen) – beslissingen neemt. Deze ‘*biases*’ en ‘*heuristics*’ kunnen behulpzaam zijn bij het nemen van beslissingen, maar zitten de beslisser ook vaak in de weg. Meer informatie is dus niet altijd betere besluitvorming.²⁶ En het is de vraag of een wet- of regelgever of rechter bij het formuleren van een informatieplicht of een zorgplicht ook rekening kan en zal houden met deze cognitieve ‘stoorzenders’.²⁷

3 HET RECHT EN DE WERKELIJKHEID, EEN HISTORISCHE CONTEXT

3.1 Toen...

De gedachte die aan deze bundel ten grondslag ligt, is dat juristen verder dienen te kijken dan de tekst (en totstandkoming) van de wet. Zij dienen niet alleen ‘naar achteren’ te kijken naar de ontstaansgeschiedenis van een bepaalde regel, maar ook ‘naar voren’: wat zijn de bedoelde en onbedoelde gevolgen van de ene of de andere uitleg of toepassing van die regel? Deze gedachte is uiteraard niet nieuw, zij kent een geschiedenis die teruggaat tot (in elk geval) de negentiende eeuw. Dat gegeven roept de vraag op wat de vruchten zijn geweest van deze eerdere pogingen. In het navolgende zullen wij, zonder volledigheid te pretenderen, een schets geven van deze geschiedenis en een antwoord trachten te geven op genoemde vraag.

In de tweede helft van de negentiende eeuw is zowel in Europa als in de Verenigde Staten van Amerika een oproep gedaan om de rechtswetenschap een andere, meer maatschappelijke, oriëntatie te geven. In 1877 verenigden zich te Harvard negen mensen in de ‘Metafysische Club’. Vier van hen waren jurist, waaronder de later beroemd geworden Oliver Wendell Holmes. Op het gebied van de rechtswetenschap streefde deze groep de volgende drie zaken na: 1) de groep was voorstander van empirisch onderzoek, 2) men was tegen dogmatische abstracties en voelde over het algemeen voor meer vrijheid bij de

25 Over die ontwikkeling bijv. Korobkin en Ulen 2000, p. 1051 e.v.; Parisi en Smith 2005; Schwartz 2004. Vgl. ook Camerer e.a. 2003; De Cremer e.a. 2006; ‘t Hart en Du Perron 2006. Indirect ook van belang zijn Thaler 1993; Thaler 2005.

26 Zie, met verdere verwijzingen, de literatuur genoemd in noot 25. Vgl. bijv. ook nog Schwartz 2004; Guthrie 2006, p. 425 e.v.

27 Het zijn deze en de daaraan verwante vragen die in diverse bijdragen aan dit boek centraal staan.

rechtsvinding, en 3) men was voorstander van sociale hervormingen.²⁸ Samengevat zag men het recht niet (slechts) als een logisch stelsel van regels, maar als een instrument om bepaalde doelstellingen te bereiken. Dit komt kernachtig tot uitdrukking in de vaak geciteerde zin van Holmes: *'The life of the law is not logic, it has been experience.'*²⁹ In Duitsland was het Von Jhering die zich in hetzelfde jaar 1877 in zijn boek *Der Zweck im Recht* keerde tegen de dogmatiek.³⁰ Geen begrippen, maar belangen dienden centraal te staan, zo betoogde hij.

Ook in Nederland gingen stemmen op voor een meer op de sociale werkelijkheid betrokken rechtswetenschap. De meest spraakmakende onder hen was ongetwijfeld Hamaker, die zelfs de conclusie trok dat de rechter *contra legem* mocht beslissen wanneer de regel uit de wet botste met een maatschappelijke regel.³¹ Hieraan ten grondslag lag zijn opvatting over de aard van de codificatie. Volgens hem kwam deze neer op een beschrijving van de gedragsregels die door burgers feitelijk in acht werden genomen. Klassiek is uiteraard ook de oratie van Hijmans 'Het recht der werkelijkheid' uit 1910.³² Minder bekend en daarom aardig om te noemen, is dat Meijers zich in zijn proefschrift uit 1903 bekende als een aanhanger van Bentham en een tegenstander van Kant.³³ In het conflict tussen het rationalisme en utilisme koos hij dus voor het laatste, hetgeen relevant lijkt omdat een aanhanger van het utilisme meer de aandacht zal richten op het nut van bepaalde regels en dus op de (mogelijke) effecten ervan zal moeten ingaan. Meijers hechtte verder ook belang aan het verzamelen van empirische gegevens. In zijn dissertatie geeft hij als zijn mening dat wenselijk recht niet moet worden bepaald door de heersende rechtsovertuiging, maar door drie soorten gegevens³⁴: de verschillende behoeften van het volk en haar intensiteit, een zo uitgebreid mogelijke kennis over de invloed door verschillende omstandigheden op de bevrediging van deze behoeften (sociologie en psychologie) en een uitgebreide kennis van de inrichting en eigenaardigheden der maatschappij waarvoor de regels gelden. Ook in zijn oratie wijst hij op het belang van wetenschappelijk onderzoek ter ondersteuning van de taak van de rechter en de wetenschapper.³⁵

Smits³⁶ geeft in zijn schets van Meijers verschillende voorbeelden van de neiging van Meijers om zelf empirische gegevens te verzamelen. Het toenmalige art. 2014 BW bepaalde niet na hoeveel tijd de vinder van een voorwerp eigenaar werd. Meijers deed

28 Schuyt 1979, p. 236.

29 Holmes 1881 (zie vooral Lecture 1. Early forms of liability). Holmes was er van overtuigd dat het recht niet de belangen van de gemeenschap als geheel diende, maar slechts de belangen van de dominerende klasse, zie Novick 1991, p. xiv.

30 Von Jhering 1877.

31 Zie Hamaker 1888; Hamaker 1897 en Hamaker 1909 (bijv. op p. 228-229).

32 Hijmans 1910.

33 Meijers 1903.

34 Meijers 1903, p. 91-93, en zie daarover verder Smits 2004, p. 71.

35 Meijers 1910, p. 19.

36 Zie Smits 2004.

navraag bij de politiebureaus van alle grote steden en ontdekte dat men de gevonden voorwerpen na een bepaalde periode (variërend van drie maanden tot zes jaar) verkocht en de opbrengst in de gemeentekas stortte. Aan de hand van deze gegevens bepaalde Meijers vervolgens wat in de maatschappij kennelijk een redelijke termijn werd gevonden voor de verkrijging van eigendom. Ook ter onderbouwing van zijn mening dat er een nieuw BW moest komen, maakte hij gebruik van empirische gegevens. Zijn belangrijkste argument voor een nieuwe codificatie was dat de rechtsonzekerheid was vergroot door de toename van het ongeschreven recht. Dit trachtte hij aan te tonen door te berekenen hoe groot het percentage uitspraken van lagere rechters was dat door de Hoge Raad was gecasseerd. Volgens hem nam dit percentage toe van 16% in 1908 naar 30% in 1948. Tevens baseerde hij zich op het aantal uitspraken waarin de conclusie van het OM door de Hoge Raad niet werd gevolgd: van 15% in 1908 naar 42% in 1948.³⁷

Al deze voorbeelden ten spijt kan niet worden gezegd dat in Europa een meer empirisch georiënteerde benadering van het privaatrecht sindsdien de heersende wijze van wetenschapsbeoefening is geworden.³⁸ Voor wat betreft Nederland is Hijmans in zijn bijdrage aan het Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938 dan ook niet onverdeeld positief. Hoewel hij in de rechtswetenschap verschillende blijken van sympathie voor het recht der werkelijkheid ontwaart, schrijft hij over de rechtspraak:³⁹

‘Immers, hoe goed inzicht ook de lagere rechter vaak in de eischen der werkelijkheid heeft, de H.R., de behoeder van het wettelijk recht, staat daar als bangmaker, bewapend met een uit scherp geslepen wetsartikelen gesmeed zwaard, en gereed om alles neer te slaan, wat ook maar eenigszins met de woorden der wet in strijd is.’

3.2 En nu

Vandaag de dag, zeventig jaar later, kan van de Hoge Raad niet worden gezegd dat hij een bangmaker is die niet verder kijkt dan de tekst van de wet. Dat de Hoge Raad zich zou laten leiden door empirische gegevens is echter evenmin het geval. Algemeener geldt dat van de verwachtingen die Hijmans oorspronkelijk had van de rechtswetenschap, niet

37 Meijers 1949, p. 178 e.v.

38 Aldus reeds Schuyt 1979, p. 237.

39 Hijmans 1938, p. 188.

al te veel is terecht gekomen, in ieder geval niet wat het privaatrecht betreft.⁴⁰ Bestaat er een verklaring voor het gegeven dat de civiele rechter en de civiele rechtswetenschap de overstap naar een meer empirische rechtsbeoefening niet hebben (hoeven) maken?

Een (empirisch verantwoorde!) beantwoording van deze vraag valt buiten het doel van dit boek en het bestek van deze inleiding. Toch willen wij tentatief een aantal factoren noemen die naar onze mening een rol van betekenis gespeeld zouden kunnen hebben. De navolgende lijst is ongetwijfeld niet compleet, maar deze kan naar onze mening wel als een vertrekpunt dienen.

1. In de juridische opleiding wordt praktisch geen aandacht geschonken aan empirisch onderzoek. Als de juristen van de toekomst niet dan al met dit soort onderzoek in aanraking komen, kan niet verwacht worden dat zij later spontaan zelf met dat onderzoek aan de slag gaan.
2. De belangstelling in andere disciplines voor empirisch onderzoek naar de werking van privaatrechtelijke regels is niet groot. Dergelijk onderzoek wordt in die andere disciplines niet aangemerkt als toponderzoek en wordt daarom niet gestimuleerd. Dat betekent dat de juristen het zelf moeten doen, maar daartoe zijn we niet geschoold.
3. Empirische resultaten zijn vaak ambigu en wijzen dus niet in een bepaalde richting. Zoals Schuyt het mooi verwoordt:⁴¹ 'De sociale werkelijkheid is een sfinx en iedere jurist die zich tot de sociale werkelijkheid richt om zijn eigen problemen op te lossen en beslissingen beter op te lossen, hoopt wellicht op een verlossend antwoord, maar zal – hoop ik dan – vroeger of later ontdekken, dat hij toch weer zelf het antwoord van de sfinx zal moeten interpreteren. De sociale werkelijkheid kent geen eigen vertolker en is dus ook niet te gebruiken als een automatisch antwoordapparaat.' Het valt niet te verwachten dat de civilist veel moeite zal gaan doen als het te bereiken resultaat niet direct toepasbaar is, en dat geldt eens te meer als eventuele inspanningen op een ander, vertrouwder juridisch vlak vergelijkbare (nog te interpreteren) resultaten zullen genereren.
4. Veel juristen die praktisch werkzaam zijn, zitten wellicht niet te wachten op een uitbreiding van de af te wegen argumenten. Het is zo al ingewikkeld genoeg.⁴² Die factor zou wellicht minder scherp een rol spelen als het resultaat van empirisch onderzoek ondubbelzinnig zou zijn, maar dat is, als gezegd, niet het geval.

40 Zie wel nog Hesselink 2001. Ook dient gezegd te worden dat de multidisciplinaire of interdisciplinaire benadering in de wetenschappelijke discussie over het recht de laatste jaren aan belang gewonnen heeft, blijkens bijvoorbeeld de discussie zoals die de laatste jaren gevoerd wordt over de wetenschappelijkheid van de rechtsgeleerdheid. Vgl. bijv. het bijzonder nummer van *Ars Aequi* uit november 2007 (met daarin privaatrechtelijke bijdragen van Van Wees c.s. en Schrama) en de recente literatuur genoemd in par. 5.1.

41 Schuyt 1979, p. 237.

42 Vgl. Hammerstein 2004, p. 93.

Er zijn dus mogelijk wel verklaringen te geven voor de kloof tussen het privaatrecht en de werkelijkheid. Maar verklaringen geven (nog) geen rechtvaardiging en daarom staat ons voor ogen het privaatrecht en de werkelijkheid opnieuw kennis te laten maken met elkaar. Betekent dit dan dat wij de ‘civilologie’ kritiekloos als nieuw paradigma omarmen omdat we het niet meer zien zitten met het positief recht? Dat zou problematisch kunnen zijn, waar Schuyt immers stelt dat:

‘de reactie op de wending naar de sociale werkelijkheid vaak (bestaat) uit een bevrijdingsgevoel, een spontane bijval bij de wending soms gepaard gaande met hoge verwachtingen jegens het nieuwe paradigma. De bevrijding, vooral vaak waar te nemen bij jonge juristen en studenten die “het niet meer zo zien zitten met het recht” kan gevoed worden zowel door de kritiek die men heeft op het formalistische, maatschappelijk levenloze van het recht, alsook door de kritiek op de klassebasis van het recht.’

Wij hebben ons afgevraagd of wij ons dit moeten aantrekken. Na enig roeren in de eigen ziel zijn wij tot een ontkennde beantwoording moeten komen. Wij hebben wel degelijk oog voor de beperkingen van de civilologie en wij zien het bovendien juist wél zitten met het recht. Wij willen dat het recht zo goed mogelijk aansluit bij de maatschappelijke werkelijkheid, maar we realiseren ons ook terdege dat dit streven ons – en de auteurs van dit boek – niet ontslaat van de verantwoordelijkheid om *zelf normatieve keuzes* te maken in het licht van de bevindingen uit de andere disciplines.⁴³ Dat is essentieel. Civilologie is nu eenmaal een tak van wetenschap die het maken van normatieve keuzes ondersteunt, en die keuzes niet zelf genereert.

4 DE INDELING VAN DIT BOEK

4.1 Algemeen

We hebben de bijdragen aan dit boek in eerste instantie gerubriceerd naar een zestal rechtsgebieden die binnen het privaatrecht in de meest brede zin van het woord te onderscheiden zijn. De reden om het boek vanuit dergelijke rechtsgebieden op te bouwen was dat uiteindelijk de juridische invalshoek voor dit boek bepalend was (zie par. 1), zodat de gekozen indeling van het boek wat ons betreft ook vanuit die hoek zou moeten komen. Een indeling naar bijvoorbeeld ‘benutte andere wetenschap’ viel daarmee af, en een indeling in rechtsgebieden werd daarmee voor de hand liggend.

⁴³ Kenmerkend voor het recht is immers dat het normatief is, aldus recent nog Fruytier 2007, p. 834.

De zes gebruikte rechtsgebieden zijn: contractenrecht, aansprakelijkheidsrecht, verzekeringsrecht, ondernemingsrecht, insolventierecht en rechtspleging. De keuze voor juist die deelgebieden werd vooral bepaald door onze eigen voorkeuren, specialismen en kennis omtrent mogelijke onderwerpen en/of auteurs. We hadden uiteraard ook andere terreinen kunnen selecteren en bestrijken, maar zover reikten onze ambitie en kennis niet (par. 1). Wellicht komt dat nog (zie par. 6).

De verdere indeling van de 21 individuele bijdragen in het ene of andere rechtsgebied heeft ons vervolgens de nodige hoofdbreken gekost, en het resultaat, zo geven wij direct toe, kan soms nog steeds betwijfeld worden. Als auteurs gevraagd wordt grenzen te overschrijden, is dat echter te verwachten. De navolgende, door ons gemaakte indeling van bijdragen is dan ook niet altijd een 'dwingende'; veeleer hebben wij soms het oorspronkelijk aan de auteur aangereikte vertrekpunt voor de bijdrage bepalend laten zijn, ook als de bijdrage zelf alsnog de grenzen daarvan opzocht of overschreed.

4.2 De indeling

Binnen het eerste deelterrein, het contractenrecht, opent Van Raaij met een bijdrage over het consumentbeeld in het BW: is die consument zwak, rationeel, overladen? Hoe komen consumenten tot beslissingen en in hoeverre sluiten de beschermingsregels in het BW daar bij aan? Rassin bespreekt vervolgens in meer detail hoe mensen tot (juiste) keuzes (bijvoorbeeld inzake het aangaan van een overeenkomst) komen, wat de rol van informatie daarbij is of zou kunnen zijn en welke valkuilen (de eerste indruk is vaak beslissend) een rol kunnen spelen. Luzak (in de enige Engelstalige bijdrage aan dit boek) vervolgt met een verhandeling over waarschuwingsplichten in het contractenrecht, meer bepaald, de waarschuwing bij aanneming van werk. Zij koppelt die plicht aan de tevredenheid die de klant zal ervaren en de klantloyaliteit die daar dan weer mee samenhangt. De bijzondere overeenkomst van geneeskundige behandeling wordt vanuit het leerstuk van 'informed consent' (de informatieplicht van de arts gericht op de autonomie van de patiënt) door Giard aan de orde gesteld. De positieve gedragsbeïnvloeding van artsen door die rechtsfiguur lijkt tekort te schieten. Er zijn ook voor contractsbeëindiging regels ontwikkeld en daarbij is het vaak de vraag of de wederpartij een verwijt te maken valt. De Hoon bespreekt de psychologische kanten van die beschuldiging en de vraag welke gevolgen daaraan verbonden kunnen zijn voor onze rechtsregels.

Het tweede bestreken terrein is dat van het aansprakelijkheidsrecht, waartoe wij ook het contractuele aansprakelijkheidsrecht en vooral het schadevergoedingsrecht rekenen. Dat aansprakelijkheidsrecht is traditioneel ten eerste gericht op compensatie, op schadevergoeding. Van Erp bekijkt in hoeverre 'naming and shaming' (ofwel het 'reputatie-effect') als mogelijke remedie een preventieve prikkel zou kunnen vervullen. Zij focust

op contractuele aansprakelijkheid, maar wat zij schrijft is ook voor het onrechtmatige daadsrecht interessant. Giesen bespreekt daarna in hoeverre de Nederlandse regels van juridische causaliteit (met name art. 6:98 BW) te verenigen zijn met de lessen uit de psychologische attributietheorie. Daarbij aansluitend, want juridisch ook onder de vlag van artikel 6:98 BW vallend, komt vervolgens de psychische predispositie aan bod. Moeten slachtoffers met zo een predispositie schadevergoeding krijgen?, zo vraagt Van Tilburg zich af. De vergoeding van schokschade in de dagelijkse praktijk en de problemen die dat juridische begrip oplevert indien het bekeken wordt vanuit de klinische psychologie, staan centraal in de bijdrage van de jurist Engelhard en de psycholoog Engelhard. Het eigenlijke onrechtmatige daadsrecht wordt onder de loep genomen als we de productaansprakelijkheid erbij betrekken. Productaansprakelijkheid is tegenwoordig echter niet los te denken van productveiligheid, en van daaruit is interessant te weten hoe gebruikers van producten omgaan met veiligheidswaarschuwingen en wat het recht daarvan kan leren. Pape verhaalt er over in haar bijdrage. De arbeidsongevallenproblematiek is al jaren een bron van rechtsontwikkeling en mocht dan ook niet ontbreken in dit boek. De regels die de arbeidsveiligheid moeten bevorderen blijken dat beoogde effect echter niet zonder meer te genereren, zo blijkt uit de bijdrage van Bacharias, Lindenbergh en Mascini.

Binnen het rechtsgebied verzekeringsrecht besteden Faure en Van Boom aandacht aan het empirisch bewijs inzake typische verzekeringsrechtelijke thema's als de vraag naar verzekeringen, anti-selectie en '*moral hazard*'. Ten aanzien van het verkeersaansprakelijkheidsrecht en de mogelijkheden van verzekering van die vorm van aansprakelijkheid, woedt er al decennia lang een stevige discussie over het wel of niet overstappen naar een '*no-fault*'-systeem. Van Dam schets de empirische feiten, voor zover traceerbaar, van de effecten van een '*fault*' of een '*no-fault*'-systeem.

Het ondernemings- en effectenrecht komt aan bod in een drietal bijdragen. De effectendienstverlening en de plek van het 'ken-uw-cliënt'-beginsel daarbij worden door Loonen bekeken door een juridische en een economisch-psychologische bril. Zijn de beschermende maatregelen die de onwetende cliënt moeten behoeden van onverantwoorde beleggingen effectief? Na alle politieke commotie over de (te hoge) beloningen van bestuurders en commissarissen kon een academische beschouwing, vanaf een afstand en vanuit de (politieke) economie, daarover niet ontbreken. Raaijmakers bekijkt het debat in het licht van '*corporate governance*' en wijst op enkele 'softe' factoren die het gedrag beïnvloeden. Het gedrag van bestuurders van een NV of BV als ze eenmaal, met een goed salaris, aan het werk gaan, komt aan bod in de bijdrage van Kroeze. Hij laat via de sociale psychologie zien dat bestuurders elkaar niet snel op een eventueel falen zullen aanspreken in verband met de relaties binnen het bestuur als een groep, de relatie van die groep tot de buitenwacht, alsmede de wijze van besluitvorming.

In het insolventierecht is schuldeiserbenadeling een belangrijk thema. De vraag of de regels dienaangaande overeenkomen met de opvattingen van degenen die de norm moeten benutten en of die regels sturend werken op het gedrag van die betrokkenen, wordt besproken door Van Dijck, met medewerking van Lamers. De (onbedoelde) gedragseffecten die de nieuwe regeling van de Wet schuldsanering natuurlijke personen met zich bracht (het wettelijke traject werd niet minder maar juist meer gevolgd), staan centraal in de bijdrage van Huls en Jungmann. Adriaanse en Kuijl behandelen ook een onbedoeld door hen verwacht neveneffect, namelijk dat in hun visie de nieuwe, debiteurenvriendelijke insolventiewetgeving tot meer in plaats van minder faillissementen zal leiden. Via de principes van ‘turnaround management’ kan het tij echter nog gekeerd worden. De rechtspleging, ofwel de meer procesrechtelijke invalshoek, staat ten eerste centraal in de bijdrage van Niemeijer en Klein Haarhuis, die geschilgedrag en het gebruik van procedures proberen te verklaren via een model dat rechtseconomie, rechtspsychologie en rechtssociologie combineert. Croes onderzocht ten slotte de effecten van de zogenoemde ‘*Anti-Social Behaviour Orders*’ in Engeland die via een civiele procedure door lokale overheden of de politie verkregen kunnen worden. De effecten van die regeling op zowel die overheden en politie als op de ‘a-socialen’ worden onder de loep genomen.

5 DE METHODE DIE TEN GRONDSLAG LIGT AAN (DE BIJDAGEN IN) DIT BOEK

5.1 De multidimensionale benadering

Wij hebben auteurs bereid en in staat gevonden om resultaten uit andere disciplines dan de juridische te betrekken bij het (nog steeds) vanuit een juridische invalshoek uit te voeren onderzoek voor deze bundel. Sterker, juist dat is het basisidee achter dit boek. Om de presumpties en effecten inzake gedrag bloot te kunnen leggen, kan de zuivere juridische analyse immers niet volstaan. Dat basisidee heeft ertoe geleid dat vele auteurs zijn gaan ‘shoppen’ over de grenzen van hun eigen specialisme heen – of omdat ze geen civilist zijn of omdat ze vooral civilist en niet iets anders zijn – en vaak met verfrissende resultaten, denken wij. Er zijn verbindingen en dwarsverbanden gelegd tussen enerzijds voorspellingen over gedragingen en de effecten van gedragingen en anderzijds privaatrechtelijke leerstukken. Soms betreft het verbanden die evident lijken, maar nog niet expliciet gemaakt waren; soms betreft het uitkomsten die gewoonweg verrassend zijn. In de diverse bijdragen wordt regelmatig verwezen naar bijvoorbeeld eerder empirisch of economisch of psychologisch onderzoek, maar slechts een enkeling heeft speciaal voor dit project een (eigen) empirisch, economisch of psychologisch opgezette studie verricht.⁴⁴ Dat is op zich jammer – want meer van dergelijk (empirisch) onderzoek zou

⁴⁴ Van Erp gebruikt in dit boek de uitkomsten van interviews en uitkomsten van eerder eigen empirisch onderzoek. Van Dijck, Loonen en Huls en Jungmann doen dat ook.

welkom zijn⁴⁵ – maar wel zeer begrijpelijk, want dergelijke studies (zeldzaam als ze zijn) zouden (te) veel tijd gevegd hebben. Het gaat hierna dus veelal om een kwalitatieve en kwantitatieve analyse van bestaande gegevens uit bijvoorbeeld de empirie, en niet om het verzamelen van de empirische gegevens als zodanig.

Deze opzet, het ‘leunen’ op onderzoek van anderen, brengt echter wel risico’s met zich. Immers, de resultaten van eerder door anderen elders en onder andere condities verricht onderzoek kunnen niet zonder meer geëxtrapoleerd worden naar de Nederlandse (of Europese) juridische situatie. Wij menen echter toch dat het gebruik van dergelijke studies toegevoegde waarde heeft. Als een jurist over de grenzen heen wil kijken en gebruik wil maken van wat anderen eerder hebben bedacht, dan hoeft hij geen econoom, psycholoog, bedrijfskundige, enzovoort te zijn om met gebruikmaking van de resultaten van anderen juridisch relevante conclusies te trekken.⁴⁶ Volgens ons is het dus niet noodzakelijk om zelf steeds helemaal ‘omgeschoold’ te worden tot sociaal of cognitief psycholoog, empiricus of socioloog, enzovoort, mits de onderzoeker maar niet te veel pretenties heeft, zijn grenzen in acht neemt, én weet welke vragen hij zichzelf moet stellen bij het gebruik van anderen onderzoeksresultaten.⁴⁷ De jurist mag daarbij overigens niet de pretentie hebben dat hij zelf alles zou moeten of kunnen doen, want daartoe is hij niet getraind (par. 3.2). Het gaat in eerste instantie om het achterhalen en expliciet maken van de argumenten die een rol spelen bij de te beantwoorden vraag (hier: de vraag naar de gedragspresumpties en gedragseffecten van privaatrechtelijke regels). Net zo goed als de jurist voortbouwt op de juridische (en rechtshistorische) resultaten van het werk van anderen en niet steeds opnieuw helemaal aan de basis begint, kan de jurist in multidimensionaal onderzoek voortbouwen op de resultaten die andere disciplines bereikt hebben.

Wij willen uiteindelijk bereiken dat de auteurs van de diverse bijdragen zo veel mogelijk bronnen van argumenten analyseren, zo veel mogelijk perspectieven belichten.⁴⁸ Deze benadering zou men dan multidisciplinair kunnen noemen, maar wij spreken liever van een *multidimensionale benadering*.⁴⁹ We weten ons bij deze keuze gesterkt door de gedachte dat de hier gekozen multidimensionale benadering niet nieuw is. Vergelijkbare benaderingen ten aanzien van juridisch onderzoek worden reeds gebruikt,⁵⁰ ook in pri-

45 Vgl. Genn e.a. 2006. Fraaie voorbeelden van wat er recent wel verschenen is, zijn Eshuis 2007 en Laclé 2008.

46 Zie reeds Barendrecht 2000, p. 85.

47 Zie hierover Giesen 2005a, p. 18 e.v., waarop het navolgende gebaseerd is.

48 Zie over het voorgaande ook reeds Giesen 2005b, p. 13-16. Dat het vruchtbaar kan zijn om een blik te werpen richting bijvoorbeeld bedrijfskunde, economie, organisatiekunde, enz., is overigens al bewezen door het succes van disciplines als de rechtssociologie en de rechtsgeschiedenis, waarbij in wezen al jaren hetzelfde gebeurt als wij hier voorstaan.

49 Wij ontlene deze term aan Van Boom 2003, p. 36, zoals nagevolgd door Giesen 2005a, p. 19. Eenzelfde benadering kiest ook Zondag 2004, m.n. p. 14 e.v., voor het arbeidsrecht. Giard 2005a, p. 1401, meent overigens dat een benadering waarbij ook op bijv. psychologische voorwaarden wordt gelet, noodzakelijk is om (in elk geval) het aansprakelijkheidsrecht te beoordelen.

50 De rechtspsychologie bijvoorbeeld heeft met name binnen het strafrecht al enige jaren een eigen plek, zie bijv. Elffers 2005; Crombag 2000; Rassin 2005, maar vooral ook Van Koppen e.a. 2002. Buiten het strafrecht zij gewezen op Crombag e.a. 1977.

vaatrechtelijk Nederland.⁵¹ Nog belangrijker is uiteraard dat deze benadering naar onze mening perspectief biedt op goede resultaten. Dat alles maakt dat we voor lief nemen dat de diverse onderzoeken die hierna zijn opgenomen, enigszins volgens het 'potpourri'-model, of fraaier verwoord, volgens een eclecticische denk- en redeneerwijze, zijn tot stand gekomen.⁵² Typisch 'juridisch' zijn veel van de bijdragen die volgen wat ons betreft overigens nog steeds, in die zin dat ze wel degelijk en nog steeds normatief van aard zijn.⁵³ De auteurs steken niet onder stoelen of banken, hoewel ze ook trachten voorzichtig te zijn, dat er gevolgen verbonden zijn, of zouden moeten zijn, aan hetgeen zij uit hun analyse halen. De multidimensionale benadering zoals hier verwoord, geeft hen ook die ruimte.

5.2 Welke takken van wetenschap passen in die multidimensionale aanpak?

De gekozen en zojuist toegelichte multidimensionale methode laat zich nader duiden door kort in te gaan op de wetenschapsgebieden die zich in de navolgende bijdragen laten zien. Omdat de gekozen aanpak in feite weinig andere wetenschappen uitsluit, zolang deze maar dienstig zijn aan het doel van de civilologie, lichten wij er hierna een aantal wetenschappen uit.

In de hierna opgenomen bijdragen is veel gebruikgemaakt van resultaten uit de *psychologie*.⁵⁴ De psychologie is de wetenschap van het menselijk gedrag, waarnemen, leren, voelen en denken.⁵⁵ Voor juristen zeer interessant binnen dat veld is de zogenoemde cognitieve psychologie. Dit terrein wordt wel omschreven als: '*the science of how the mind is organized to produce intelligent thought and how it is realized in the brain*',⁵⁶ of als: '*the internal processes involved in making sense of the environment, and deciding what action*

51 Vgl. bijv. Van Boom 2003, m.n. p. 9 e.v., die zich richt op de inschatting en vaststelling van kansen door de rechterlijke macht; Van Zeeland, Kamminga en Barendrecht 2003, p. 37 e.v., waarbij niet alleen psychologie maar ook enige andere invalshoeken ten tonele worden gevoerd; Kroeze 2004, p. 129 e.v., die de sociale psychologie benut ten aanzien van de besluitvorming door bestuurders; diverse bijdragen in Van Boom en Borgers 2004, waarbij met name de statistiek een rol speelt, maar Barendrecht (p. 55 e.v.) ook psychologische inzichten meeneemt, en Van Bijnen 2005, die rechtseconomie en beleidsanalyse combineert. Rechtseconomie en empirie vinden wij bij Tzankova 2005 en Tzankova 2007. Vgl. ook nog de positieve verwachtingen die Hartlief 2004, p. 248-249, in dezen koestert ten aanzien van het gebruik van andere disciplines, en de oproep van Guthrie en George 2005, om vooral meerdere wegen te bewandelen om onze kennis van (in dit geval) 'judicial decision making' te vergroten.

52 Degenen die fouten of omissies bespeuren op dit vlak, verwijzen wij graag naar par. 6 van deze inleiding.

53 Door de hier gekozen insteek wordt het gezichtsveld verbreed en het vak interessanter, zoals ook Sieburgh 2008, p. 10-11, recent stelde. Net als Sieburgh menen wij derhalve dat de beoefening van het (privaat)recht (nog steeds) voorop staat. Dat is overigens geen poging om van de rechtsgeleerdheid een 'naar exactheid neigende wetenschap' (Sieburgh 2008, p. 11) te maken.

54 Het navolgende ontlene wij aan Giesen 2005a, p. 21-24. Wij spreken nog niet van '*rechtspsychologie*' zoals Van Koppen e.a. 2002 omdat dat veronderstelt dat er al werkelijk een symbiose van recht en psychologie plaats gevonden heeft en in het privaatrecht is dat onzes inziens nog niet het geval.

55 Vgl. Kohnstamm en Cassee 2003, p. 696.

56 Anderson 2005, p. 1. Zie ook nog Esgate, D. Groome e.a. 2005, p. 2: 'Cognitive psychology is the study of how the brain processes information.'

might be appropriate.⁵⁷ Het betreft dus dat deel van de psychologie dat zich bezighoudt met het ‘kennen’, met het denken: met kennis, inzicht en redeneren.⁵⁸

De reden waarom (deze vorm van) psychologie relevant kan zijn, is dat de mechanismen in relatie tot het menselijke denken belangrijk zijn voor een goed begrip van het menselijk gedrag zoals dat bestudeerd wordt door andere disciplines.⁵⁹ Begrijpen hoe een mens denkt en beslist, is bijvoorbeeld van belang om te weten hoe mensen in groepen functioneren, of economische beslissingen nemen, of hoe het komt dat mensen op bepaalde momenten op een bepaalde (juridisch relevante) manier handelen, nalaten of reageren. Waar gedrag belangrijk is, zoals dat in het privaatrecht bij uitstek het geval is, kan cognitieve psychologie derhalve tot extra begrip en nieuwe vragen leiden.⁶⁰ Dat juristen in beginsel veel zouden kunnen leren van wat psychologen weten over het ‘kennen’, is onzes inziens dan ook evident. Omdat gedrag gestuurd wordt door beslissingen die mensen nemen, kan kennis over de manier waarop mensen beslissingen nemen, ons iets over dat gedrag leren.⁶¹ Dat vinden ook diverse van de aangezochte auteurs, want de psychologie komt terug bij Loonen, De Hoon, Van Dijck, Rassin, Giard, Pape, Giesen, Van Raaij, Kroeze, Niemeijer en Klein Haarhuis. Luzak haalt weliswaar inspiratie uit de marketing, maar dat is natuurlijk ook eigenlijk vooral veel psychologie. Dat laatste geldt ook voor de ergonomie die Pape benut. Engelhard en Engelhard nemen een klinisch psychologische variant mee in hun verhaal; van daar is het dan nog slechts een kleine stap naar de psychiatrische inzichten die Van Tilburg biedt.

Bepaald ‘extrajuridisch’ materiaal dat hierna naar voren komt, kent sterke verbanden met de *criminologie*. Bij de criminologie gaat het om een tak van de wetenschap die

57 Zie Eysenck en Keane 2005, p. 1. De meeste cognitief psychologen gaan uit van de ‘information-processing approach’, hetgeen gefundeerd is op de uitgangspunten dat informatie wordt verwerkt door een serie van verwerkingssystemen (attentie, perceptie, geheugen), en dat die systemen de informatie op systematische wijze veranderen (drie lijnen worden een driehoek). Het doel van het onderzoek is om die processen en structuren die het denken bepalen, bloot te leggen, zie Eysenck en Keane 2005, p. 1-2.

58 Vgl. Kohnstamm en Cassee 2003, p. 682. Naast de cognitieve psychologie staat de ‘cognitive neuroscience’, waarbij via allerlei technieken hersenactiviteit gemeten wordt om te bepalen wat er op welk moment waar in de hersenen gebeurt. Deze discipline is overigens sterk aan het groeien, vgl. Eysenck en Keane 2005, p. 3 en p. 18 e.v., en kan interessant zijn voor juristen, vgl. Garland 2004.

59 Zie voor een algemeen antwoord op die vraag bijv. Sunstein 1997, en Sunstein 2002. Het teruggrijpen op resultaten van psychologisch onderzoek kan o.a. vruchtbaar zijn voor het procesrecht, zoals nog zal blijken (doch zie bijv. ook Rachlinski 2001, die ingaat op de manier waarop rechters omgaan met cognitieve illusies, en Korobkin 2005. Korobkin laat zien dat diverse psychologische ‘biases’ in de weg kunnen staan aan een succesvolle bemiddeling in een geschil).

60 Vgl. Rachlinski 1999-2000, op p. 765 en p. 766 (*‘Psychology and law (...) both constitute efforts to predict and control human behavior.’*).

61 Overigens zal hierna ook gebruik gemaakt worden van bronnen uit wat dan ‘cognitieve sociale psychologie’ heet, zie bijv. Vonk e.a. 2001, een specialisatie binnen de sociale psychologie die, voor zover wij kunnen overzien, niet wezenlijk verschilt van wat anderen dan cognitieve psychologie noemen (beide vormen handelen in elk geval over hoe mensen beslissingen nemen en dat is voor nu het belangrijkste; het belangrijkste verschil is dat de cognitieve sociale psychologie gericht is op de *interactie* tussen mensen en groepen). Ook gebruiken wij resultaten uit de ‘*applied cognitive psychology*’, waarover Esgate en Groome e.a. 2005.

wel sterk gelieerd is aan het recht, maar er tevens los van staat omdat de methode veel meer op verzameling van empirische gegevens en sociologische analyse gericht is, en veel minder vertrouwt op literatuur- en rechtspraakanalyse.⁶² Daarin schuilt dan meteen ook de meerwaarde voor de auteurs aan deze bundel. Het is vooral de bijdrage van Van Erp die in dit verband genoemd kan worden. Hierbij verdient echter wel vermelding dat criminologie, de naam zegt het al, vooral banden heeft met het strafrecht en veel minder met het privaatrecht, ons werkterrein. Dat maakt dat het privaatrecht vanuit het perspectief van de criminologie vooral interessant kan zijn als nieuw jachtterrein. Bovendien zijn er vormen van criminaliteit – zoals financiële malversaties en organisatiecriminaliteit – die door de wetgever bewust via het privaatrecht aangepakt worden. De dynamiek van civiele acties van curatoren, aandeelhoudersverenigingen en ‘class action attorneys’ tegen ondernemingen, hun directeuren en commissarissen, is juist daarom ook voor criminologen een interessant onderzoeksterrein.

Ook de *rechtssociologie* is uiteraard onderdeel van de multidimensionale benadering. Waar de sociologie de studie is van de menselijke samenleving en van menselijk samenleven, ofwel sociaal handelen (het gedrag van mensen in groepsverband), ziet de *rechtssociologie* vooral op juridisch handelen (handelen voor zover dit is geordend door rechtsnormen en de handhaving daarvan) als het om dat sociaal handelen gaat. Daarbij gaat men uit van een empirisch rechtsbegrip dat ruimer is dan het rechtspositivistische begrip van het recht op een bepaald moment. Het omvat vele vormen van regulering van handelingen.⁶³ Huls stelt kortweg: ‘Rechtsociologie bestudeert de wisselwerking tussen recht en samenleving.’ Men stelt daarbij twee vragen, namelijk wat is de invloed van recht op menselijk gedrag en hoe komt recht in de samenleving tot stand?⁶⁴ Dat ook deze vorm van onderzoek naar handelingen (gedrag) van personen relevant is voor het door ons gestelde doel, moge daarmee helder zijn. Het zijn de bijdragen van Huls en Jungmann, Croes, Niemeijer en Klein Haarhuis, Van Erp en Bacharias, Lindenbergh en Mascini die hier bijvoorbeeld kunnen worden genoemd.

Rechtseconomische inzichten ontbreken evenmin in het navolgende. De *rechtseconomie* – ook wel omschreven als bestudering van het recht met behulp van inzichten uit de economische wetenschap – past goed binnen onze opzet, want zij stelt zich ten doel om te analyseren welke invloed het recht uitoefent op het gedrag van individuen (welke gedrags-effecten zijn er?).⁶⁵ Daarbij geldt dat klassieke rechtseconomie de gedragspresumptie hanteert dat personen hun nut willen maximaliseren en in dat kader keuzes maken die volgens de eigen voorkeur het meeste nut opleveren. Zo handelen brengt bij volkomen

62 Over methode in de criminologie bijv. Bijleveld 2006.

63 Over het voorgaande Griffiths 2005, p. 14-15. Zie ook nog Huls 2007.

64 Huls 2004, p. 9.

65 Vgl. recentelijk Dari-Mattiacci 2007.

functionerende markt, de meeste welvaart, aldus luidt de theorie.⁶⁶ De stroming binnen de rechtseconomie die als *'behavioural law and economics'* door het leven gaat – we wezen daar al op in par. 2.3 – is een variant daarop die zich, kort gezegd, kenmerkt door te kijken naar daadwerkelijk, en niet slechts hypothetisch (door modellen op basis van presumpties voorspeld) gedrag van personen. Waarin verschilt een werkelijk persoon van de modelmatige *homo economicus*? Bijvoorbeeld hierin dat er bij die personen sprake is van *'bounded rationality'* als het om hun handelen gaat. Dit inzicht bestond overigens in de economie al langer.⁶⁷ Iemands rationele keuzes zijn ten dele 'gebonden' in die zin dat we niet altijd voor pure nutsmaximalisatie (kunnen) gaan; onze cognitieve mogelijkheden zijn beperkt, men handelt in strijd met de eigen langetermijnbelangen en men handelt soms altruïstisch.⁶⁸ Deze *'bounded rationality'* wordt dan ook meegewogen bij de beoordeling van gedrag. Recenter is het inzicht dat *behavioural law and economics* ontleen aan de rechtspsychologie, namelijk dat cognitieve *'biases'* en *'heuristieken'* óók – en mogelijk veel ingrijpender – afbreuk doen aan de rationaliteitspresumptie. In de onderhavige bundel is deze thematiek goed vertegenwoordigd, getuige onder meer de bijdragen van Faure en Van Boom, Niemeijer en Klein Haarhuis, Luzak en Van Dam. De subdiscipline van *'behavioral finance'* komt bovendien nog aan bod bij Loonen en Raaijmakers.⁶⁹

Daarnaast lijken ook de organisatiekundige inzichten ingang te vinden. *Organisatiekunde* – een wetenschap die zich beweegt op het raakvlak van psychologie, sociologie en economie en vertakkingen kent in bijvoorbeeld de criminologie⁷⁰ – kan van belang zijn om te analyseren hoe privaatrechtelijke regelstelling al dan niet effect sorteert in organisaties. De bijdragen van Bacharias, Lindenbergh en Mascini, Adriaanse en Kuijl, Kroeze en van Raaijmakers gaan voorzichtig in deze richting waar zij de interactie tussen organisaties en regels verkennen.⁷¹ Maar er ligt hier naar onze mening nog meer 'goud' te wachten om gevonden te worden. Waar het bijvoorbeeld gaat om de vraag hoe het aansprakelijkheidsrecht kan bijdragen aan de reductie van ziekenhuisletsel, komt als vanzelf de vraag naar de organisatie van ziekenhuizen aan de orde en de plaats van individuen in die organisatie. Daarin schuilt meteen ook het belang van die wetenschap. Als een ziekenhuis meermalen geconfronteerd wordt met centrale aansprakelijkheid voor beroepsfouten van zelfstandige specialisten die onder het dak van het ziekenhuis opereren, en de aansprakelijkheidsverzekeraar eisen gaat stellen aan de protocollering van patiëntbejegening en borging van veiligheid, dan zou een organisatiekundige analyse kunnen bijdragen aan beantwoording van de vraag welk effect van aansprakelijkheid in

66 Deze zeer algemene omschrijving is ontleend aan Van Velthoven en Van Wijck 2007, p. 1.

67 Simon 1955, p. 99 e.v.

68 Zie bijv. Jolls, Sunstein en Thaler 2000, p. 13-16.

69 Zie recent ook Verschuuren 2007.

70 Voor een korte introductie op het vakgebied zie Thompson 2003.

71 Ook kan hier zijdelings de bijdrage van Van Erp worden genoemd.

concreto uitgaat en of er een betere aansprakelijkheidsregel te formuleren zou kunnen zijn die aansluit bij hetgeen uit organisatiekunde bekend is over de (grenzen aan) verbetering van kwaliteit van de output in organisaties.⁷² Een organisatiekundige analyse kan mogelijk ook licht werpen op de vraag waarom privaatrechtelijke gedragsregels niet ‘landen’ in een organisatie, bijvoorbeeld omdat ‘de werkvloer’ een afwijkende cultuur kent die deze regels niet internaliseert.⁷³

Beleidswetenschappen en *wetgevingsleer* zijn evenzeer van belang gebleken, zij het vaak impliciet. Regels kunnen immers op verschillende manieren worden gehandhaafd en zo bezien is privaatrecht dus ‘slechts’ één van meer opties voor een beleidsmaker die regels stelt en handhaving nastreeft.⁷⁴ De bijdragen van bijvoorbeeld Croes, Van Erp, Van Dijk en Huls en Jungmann kunnen dit illustreren. Omdat de theoretische dimensie van een en ander nog niet altijd even herkenbaar naar voren komt, maar onzes inziens wel zeer relevant is of kan zijn, lichten wij die dimensie hierna nog iets uitvoeriger toe.

De keuze voor privaatrecht zal worden ingegeven door presumpties over effectiviteit en efficiëntie. In een theoretisch model kiest de rationele beleidsmaker een middel om een bepaald doel te bereiken, bijvoorbeeld artikel 2:138 BW waarin het middel van de omkering van bewijslast ten aanzien van behoorlijk bestuur bij verhaalsvorderingen in faillissement is neergelegd, om te bereiken dat meer verhaalsvorderingen ingesteld en toegewezen worden en dat daardoor bestuurders geprikkeld worden om minder te frauderen.⁷⁵ In dat laatste element schuilen verschillende gedragsassumpties, zowel wat betreft de gedragingen van de verhaalzoekende curatoren (de omkering van bewijslast zet curatoren aan tot meer en succesvoller claimen) als die van bestuurders (de omkering van bewijslast zal bestuurders tot zorgvuldiger bestuur prikkelen).

De rationele beleidsmaker probeert van tevoren een beredeneerde inschatting te maken van de te verwachten effectiviteit van het middel (de baten), maar ook van de kosten en effecten. Na implementatie van het middel zal de rationele beleidsmaker na verloop van tijd willen weten in hoeverre het middel werkelijk effectief is en tegen welke prijs. De uitkomsten van die evaluatie kunnen aanleiding geven om de beleidscyclus te herhalen. Schematisch kan de theoretische cyclus er aldus uitzien in ons voorbeeld van kennelijk onbehoorlijk bestuur:⁷⁶

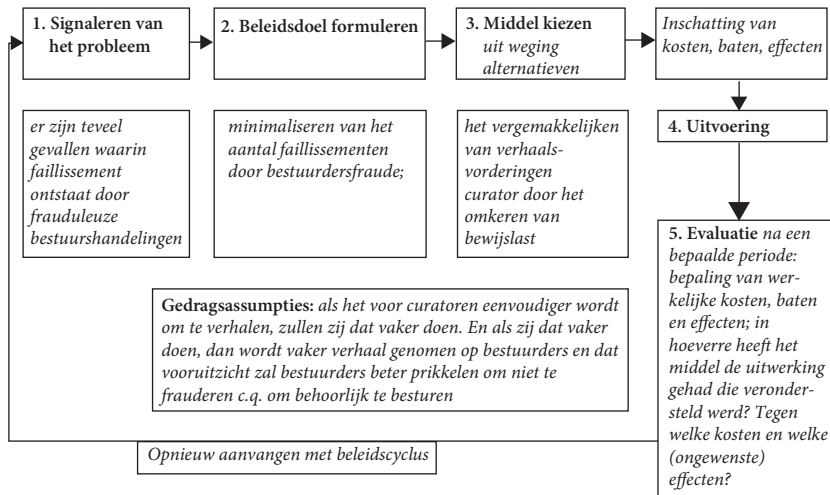
72 Zie hierover bijv. Giard 2005b, p. 199 e.v.

73 Dit is een bekend thema in de criminologie; zie bijv. Simpson 2002.

74 Wij bouwen hier voort op de bevindingen van Van Boom e.a. 2007, p. 1 e.v.

75 Over de effecten en effectiviteit van dergelijke verhaalsvorderingen is overigens weinig met zekerheid te zeggen. Daarover bijv. Cozijn 1989, Vriesendorp e.a. 1999 en Vriesendorp e.a. 2006.

76 Zie over de beleidscyclus in algemene zin bijv. Hoogerwerf en Herweijer 2003, p. 67 e.v.; Veerman en Hendriks-de Lange 2007, p. 177 e.v.; Parsons 1995, p. 77. Voor een kritische toepassing van de beleidscyclus zie Hill 2005.



Op verschillende punten in de cyclus zijn gegevens nodig: bij de stap van 2 naar 3 is kennis nodig van beleidsinterventies die effect kunnen hebben. *Hoe* kunnen we het aantal gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur minimaliseren? Bij het kiezen van het middel moeten we iets weten over geschiktheid, de te verwachten kosten en mate van effectiviteit, alsmede de te verwachten neveneffecten. Daarvoor is kennis nodig van de elementen genoemd bij 4 en 5.

Vervolgens zullen na verloop van tijd de opbrengsten van de beleidsinterventie gemeten moeten worden. Die meting is lang niet altijd eenvoudig en soms ontbreekt het aan een meting dan wel sprekende uitkomsten. Leidt het faciliteren van verhaalsacties door de wetgever tot minder faillissementsfraude? En zo ja, is de manier waarop het beleidsdoel wordt nagestreefd, kosteneffectief, of zijn doeltreffende alternatieven tegen lagere kosten voor de maatschappij denkbaar? En wat leert evaluatie over ongewenste neveneffecten?⁷⁷ Dit theoretische model is evenzeer op privaatrechtelijk beleid van toepassing, vandaar de extra aandacht die wij er hier aan besteden. Maar het mag duidelijk zijn dat het maken, uitvoeren en evalueren van beleid geen (exacte) wetenschap is. Het gevolg daarvan is dat uitspraken over baten, kosten en effecten voorzichtig geformuleerd moeten worden. Als er iets is dat de bijdragen aan dit boek illustreert, dan is het dat er veel onbekend is en dat het lang niet altijd duidelijk is wat de effecten van privaatrechte(r)lijk beleid zijn. Dat is overigens niet in de eerste plaats een theoretische complicatie eigen aan privaatrecht, maar veeleer het gevolg van de politiek oninteressante positie van het privaatrecht: het aantal privaatrechtelijke beleidsonderzoeken (over de effectiviteit daarvan, enz.) dat

77 Zie de evaluaties van Cozijn 1989, Vriesendorp e.a. 1999 en Vriesendorp e.a. 2006.

bijvoorbeeld door de rijksoverheid aan het WODC en derden wordt aanbesteed, valt in het niet bij het aantal strafrechtelijk, criminologisch en sociaal-economisch georiënteerde onderzoeken.

5.3 Afronding

Hiermee zijn de belangrijkste ‘hulpwetenschappen’, gezien vanuit de juristerij in dit geval, genoemd. Her en der zijn echter ook nog gegevens en argumenten uit weer andere wetenschappen benut. Wij denken in het bijzonder nog aan marketing, een gedragsgeoriënteerde wetenschap op het snijvlak van psychologie, sociologie en economie die hierna door Luzak wordt benut.⁷⁸ Dat past prima binnen de voor dit boek gekozen methodiek, omdat daardoor het palet van af te wegen argumenten alleen maar breder wordt. Uiteraard mag bij al het voorgaande niet vergeten worden dat de hier als ‘hulpwetenschappen’ (voor de jurist) gepresenteerde modellen elkaar ook onderling beïnvloeden. Zo zijn in de ‘*behavioural*’-variant van de rechtseconomie veel cognitief-psychologische inzichten verwerkt, zodat de scheidslijn tussen deze terreinen vaak flinterdun blijkt te zijn.

6 AFSLUITENDE OPMERKING

In het voorgaande is toegelicht waarover deze bundel gaat, waarom wij meenden dat dit boek zou moeten verschijnen, hoe het past bij eerder onderzoek en waarom gekozen is voor de aanpak en methode zoals die gekozen is. We hebben daarbij uiteraard keuzes moeten maken. Keuzes brengen echter beperkingen met zich, ook waar we die niet per se hadden willen aanbrengen. Wij zien dit boek dan ook niet als een afgesloten project, maar mede en vooral als een open uitnodiging voor verdere gedachtevorming over dit specifieke thema en over (de problemen en geneugten van) het overschrijden van de grenzen tussen het juridische veld en andere wetenschappen. Kortom, wij willen er mee verder in de nabije toekomst en wij hopen op termijn een sterk herziene, aangepaste en vooral ook uitgebreide tweede druk te kunnen laten verschijnen.⁷⁹ Eenieder die daaraan wil participeren, of die andere suggesties of opmerkingen heeft, wordt uitgenodigd om daarvan melding te maken (i.giesen@law.uu.nl).

78 Wat te denken van een onderzoek naar de effectiviteit van restricties ten aanzien van reclame gericht op kinderen? Vgl. Solomon e.a. 2006, p. 487 e.v. Anderen combineren recht en biologie, zie Gommer 2007.

79 Net zoals dat eerder gebeurd is met de strafrechtelijk georiënteerde inspiratiebron voor onze opzet (Van Koppen e.a. 2002).

LITERATUUR

Anderson 2005

J.R. Anderson, *Cognitive psychology and its implications*, 6th ed., Worth Publishers: New York 2005.

Barendrecht 2000

J.M. Barendrecht, 'De geest van de hoogleraar van toen', *NJB* 2000, p. 79-86.

Bijleveld 2006

C. Bijleveld, *Methoden en Technieken van Onderzoek in de Criminologie*, BJu: Den Haag 2006.

Van Bijnen 2005

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. UvT), BJu: Den Haag 2005.

Van Boom 2003

W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, BJu: Den Haag 2003.

Van Boom en Borgers 2004

W.H. van Boom en M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, BJu: Den Haag 2004.

Van Boom 2004

W.H. van Boom e.a. (red.), *Pure Economic Loss*, Vienna/New York: Springer 2004.

Van Boom e.a. 2007

W.H. van Boom e.a. (red.), *Privaatrecht ondersteund – doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, BJu: Den Haag 2007.

Camerer e.a. 2003

Colin F. Camerer, George Loewenstein en Matthew Rabin, *Advances in behavioral economics*, Russell Sage Foundation / Princeton University Press: New York 2003.

Cozijn 1989

C. Cozijn, *Twee jaar bestuurdersaansprakelijkheid volgens de WBA en de WBF: verslag van een verkennend onderzoek*, Gouda Quint: Arnhem 1989.

De Cremer e.a. 2006

D. de Cremer, M. Zeelenberg en J. Keith Murnighan, *Social psychology and economics*, Lawrence Erlbaum: Mahwah, N.J. 2006.

Crombag e.a. 1977

H.F.M. Crombag e.a., *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Tjeenk Willink: Groningen 1977.

Crombag 2000

H. Crombag, *De man uit Susquehanna*, Contact: Amsterdam 2000.

Duyvensz 2003

J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule*, Den Haag: BJu 2003.

Dari-Mattiacci 2007

G. Dari-Mattiacci, 'Law & Economics: Who, Why and How?', *AA* 2007, p. 877-882.

Elffers 2005

H. Elffers, *De rationele regelovertreder*, BJu: Den Haag 2005.

Esgate en Groome e.a. 2005

A. Esgate, D. Groome e.a., *An Introduction to Applied Cognitive Psychology*, Psychology Press: Hove 2005.

Eshuis 2007

R.J.J. Eshuis, *Het recht in betere tijden* (diss. EUR), Rotterdam 2007.

Eysenck en Keane 2005

M.W. Eysenck, M.T. Keane, *Cognitive psychology. A Student's Handbook*, 5th ed., Psychology Press: Hove 2005.

Fruytier 2007

P.A. Fruytier, 'Enkele beschouwingen over de interdisciplinaire rechtswetenschap', *AA* 2007, p. 831-836.

Garland 2004

B. Garland (red.), *Neuroscience and the Law*, Dana Press: New York 2004.

Genn e.a. 2006

H. Genn, M. Partington en S. Wheeler, *Law in the Real World: Improving Our Understanding of How Law Works (The Nuffield Inquiry on Empirical Legal Research; Final Report and Recommendations)*, London 2006.

Giard 2005a

R. Giard, 'De pretenties en de prestaties van het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2005, p. 1401.

Giard 2005b

R.W.M. Giard, 'Aansprakelijkheid van artsen: juridische theorie en medische praktijk' (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2005.

Giesen 2005a

I. Giesen, *Handle with care!*, BJu: Den Haag 2005.

Giesen 2005b

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer 2005.

Gommer 2007

H. Gommer, 'Gedragsbiologische achtergronden van het recht', *NJB* 2007, p. 442-447.

Griffiths 2005

J. Griffiths, 'Wat is rechtssociologie?', in: J. Griffiths & H. Weyers, *De Sociale Werking van Recht*, 4^e druk, AAL: Nijmegen 2005, p. 13-33.

Guthrie 2006

C. Guthrie, 'Law, Information, and Choice', in: G. Gigerenzer en C. Engel (ed.), *Heuristics and the Law*, Cambridge Mass.: MIT Press 2006, p. 425-437.

Guthrie en George 2005

C. Guthrie en T.E. George, The Futility of Appeal, 32 *Fla St. U. L. Rev.* 357 (2005).

Hadfield e.a. 1998

G.K. Hadfield, R. Howse en M.J. Trebilcock, 'Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy', *Journal of Consumer Policy* 1998, p. 131-169.

Hamaker 1888

Hamaker, 'Het recht en de maatschappij, 1888', opgenomen in: *Verspreide Geschriften. Deel VII*, verzameld door W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann, Haarlem: De erven F. Bohn 1913, p. 19-132.

Hamaker 1897

Hamaker, 'Wet en rechter', *WPNR* 28 (1897) nr. 1425, p. 201-204, nr. 1426, p. 213-216, nr. 1427, p. 225-227, nr. 1428, p. 237-240, opgenomen in: *Verspreide Geschriften. Deel VII*, verzameld door W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann, Haarlem: De erven F. Bohn 1913, p. 199-230.

Hamaker 1909

Hamaker, 'Recht, wet en rechter', *RM* 28 (1909), p. 1-58 en p. 245-305, opgenomen in: *Verspreide Geschriften. Deel VII*, verzameld door W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann, Haarlem: De erven F. Bohn 1913, p. 231-335.

Hammerstein 2004

A. Hammerstein, 'Het perspectief van de civiele rechter', in: W.H. van Boom, M.J. Borgers (red.), *De rekenende rechter*, BJu: Den Haag 2004, p. 89-94.

't Hart en Du Perron 2006

F.M.A. 't Hart en C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument – Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen? (Preadvies Vereniging voor Effectenrecht 2006)*, Kluwer: Deventer 2006.

Hartlief 2004

Hartlief, 'Het aansprakelijkheidsrecht anno 2004: wat doet de Hoge Raad?', *AV&S* 2004, p. 235-249.

Hesselink 2001

M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Kluwer: Deventer 2001.

Hijmans 1910

I.H. Hijmans, *Het recht der werkelijkheid*, Haarlem 1910

Hijmans 1938

I.H. Hijmans, 'Het B.W. en het recht der werkelijkheid in 1838 en heden', in: P. Scholten en E.M. Meijers, *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 169-196.

Hill 2005

M. Hill, *The Public Policy Process* (4 ed.). London, etc.: Pearson Longman 2005.

Holmes 1881

O.W. Holmes, *The Common Law*, oorspr. 1881 (herdruk: Dover Publications: New York 1991).

Hoogerwerf en Herweijer 2003

A. Hoogerwerf en M. Herweijer, *Overheidsbeleid – Een inleiding in de beleidswetenschap*, Kluwer: Alphen aan de Rijn 2003.

Huls 2004

N.J.H. Huls, *God dobbelt niet*, (oratie EUR), BJu: Den Haag 2004.

Huls 2007

N.J.H. Huls, 'Regels en legitimiteit: bedoelde en onbedoelde effecten van regelgeving', AA 2007, p. 62-868.

Hurenkamp en Kremer 2005

M. Hurenkamp en M. Kremer (red.), *Vrijheid verplicht – over tevredenheid en de grenzen van keuzevrijheid*, Van Gennep: Amsterdam 2005.

Von Jhering 1877

R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 2 Bd, 1877, 1883.

Jolls, Sunstein en Thaler 2000

C. Jolls, C.R. Sunstein en R.H. Thaler, 'A Behavioral Approach to Law and Economics', in: C.R. Sunstein (red.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge UP: New York 2000.

Kabel 2005

J.J.C. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: Feit, fictie of ervaring? Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie*, oratie UvA, 2005.

Van Koppen e.a. 2002

P.J. van Koppen e.a. (red.), *Het recht van binnen*, Kluwer: Deventer 2002.

Korobkin 2005

R. Korobkin, *Psychological Impediments to Mediation Success: Theory and Practice*, UCLA School of Law, Research paper no. 05-9, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 21, p. 281-238, 2006.

Korobkin en Ulen 2000

R.B. Korobkin en Thomas S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *Cal. L. Rev.* 2000, p. 1051-1144.

Kroeze 2004

M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (diss. UU), 2004.

Laclé 2008

Z.D. Laclé, *Notabelen vernieuwen. Gevolgen van marktwerking in het notariaat*, (diss. Leiden), 2008.

Matthews e.a. 2000

G. Matthews e.a., *Human performance: Cognition, stress and individual preferences*, Psychology Press: Hove 2000.

Meijers 1903

E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, (diss. UvA), Den Haag 1903.

Meijers 1910

E.M. Meijers, *De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak*, (oratie Leiden), Tjeenk Willink: Haarlem 1910.

Meijers 1949

E.M. Meijers, 'Voor- en nadelen van het samenstellen van een nieuw Burgerlijk Wetboek', rede 1949, opgenomen in: E.M. Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, deel 1, Universitaire Pers: Leiden 1954.

Novick 1991

S.M. Novick, 'Introduction', in: O.W. Holmes *The Common Law*, Dover Publications: New York 1991.

Parisi en Smith 2005

F. Parisi en V.L. Smith, *The Law and Economics of Irrational Behavior*, Stanford: Stanford University Press 2005.

Parsons 1995

W. Parsons, *Public Policy – An Introduction to the Theory and Practice of Policy Analysis* Edward Elgar: Cheltenham 1995.

Rachlinski 2001

J.J. Rachlinski, 'Heuristics and biases in the courts: ignorance or adaptation?', 79 *Or. L. Rev.* 61 (2001).

Rachlinski 1999-2000

J.J. Rachlinski, 'The "New" Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics and Cautious Supporters', 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000).

Rassin 2005

E. Rassin, *Tussen sofa en toga*, Bju: Den Haag 2005.

Schuyt 1979

C.J.M. Schuyt, 'Paradigmatische vernieuwingen in de rechtswetenschap: de jurist en de sociale werkelijkheid', *Bijzonder Nummer AA 1979* (afl. 11), p. 235-244 (871-880).

Schwartz 2004

B. Schwartz, *The paradox of choice: why more is less*, Ecco: New York 2004.

Sieburgh

C.H. Sieburgh, 'L'art de la distinction', *NJB* 2008, p. 3-13.

Simon 1955

H.A. Simon, 'A Behavioral Model of Rational Choice', *The Quarterly Journal of Economics* 1955, p. 99-118.

Simpson 2002

S.S. Simpson, 'Corporate Crime, Law, and Social Control', Cambridge: Cambridge University Press 2002.

Smits 2004

J.M. Smits, E.M. Meijers (1880-1954), in: C.J.H. Jansen, J.M. Smits en L.C. Winkel, *16 juristen en hun filosofische inspiratie*, AAL: Nijmegen 2004.

Solomon e.a. 2006

M. Solomon, G. Bamossy, S. Askegaard en M.K. Hogg, *Consumer Behaviour – A European Perspective*, FT Prentice Hall: London 2006.

Sunstein 1997

C.R. Sunstein, 'Behavioral Analysis of Law', 64 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1997).

Sunstein 2002

C.R. Sunstein, *Hazardous Heuristics*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 165 (2nd Series), 2002, http://ssrn.com/abstract_id=344620.

Thaler 1993

R.H. Thaler, *Advances in behavioral finance*, Russell Sage Foundation: New York 1993.

Thaler 2005

R.H. Thaler, *Advances in behavioral finance Vol. II*, Russell Sage Foundation: New York 2005.

Thompson 2003

L.L. Thompson, *The Social Psychology of Organizational Behavior*, Psychology Press: New York 2003.

Tzankova 2005

I.N. Tzankova, *Strooischade*, Sdu: Den Haag 2005.

Tzankova 2007

I.N. Tzankova, *Toegang tot recht bij massaschade*, Kluwer: Deventer 2007.

Veerman en Hendriks-de Lange 2007

G.J. Veerman en S.R. Hendriks-de Lange, *Over wetgeving – principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Sdu: Den Haag 2007.

Van Velthoven en Van Wijck 2007

B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, 4^e druk, Kluwer: Deventer 2007.

Verschuuren 2007

G. Verschuuren, 'Behavioral finance en zorgplicht: (nog) niet meer dan een incidentele ontmoeting', *Tijdschrift voor Financieel recht* 2007, p. 115-122.

Vonk e.a. 2001

R. Vonk (e.a.), *Cognitieve sociale psychologie*, 2^e druk, Lemma: Utrecht 2001.

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel ****, Kluwer: Deventer 2005.

Vriesendorp e.a. 1999

R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen en C.W.M. Slegers, *De Garantstellingsregeling curatoren*, Tilburg: Schoordijk Instituut 1999.

Vriesendorp e.a. 2006

R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen, G. van Dijck, *Evaluatie Garanstellingsregeling curatoren 1999-2005*, BJu: Den Haag 2006.

Van Zeeland, Kamminga en Barendrecht 2003

C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, 'Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan', in: G. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, BJu: Den Haag 2003.

Zondag 2004

W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht*, BJu: Den Haag 2004.