

w.h. van boom,
i. giesen & m. smit (red.)

3

civilologie:
opstellen over empirie en
privaatrecht



civilologie | civilology

series editors
willem van boom and
ivo giesen

BJu

Boom Juridische uitgevers

Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht

CIVILOLOGIE: OPSTELLEN OVER EMPIRIE EN PRIVAATRECHT

W.H. VAN BOOM, I. GIESEN EN M. SMIT (RED.)

BOOM JURIDISCHE UITGEVERS

DEN HAAG

2012

© 2012 De auteurs | Boom Juridische uitgevers

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 reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

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 978-90-8974-638-2

NUR 822

www.bju.nl

INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding	1
	<i>W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit</i>	
2	De logos van het civiele	7
	<i>M.T. Croes en F.L. Leeuw</i>	
3	De civilist en de civilologie. Hoe vergaat het de civilist bij het beoefenen van deze nieuwe(?) tak van sport?	33
	<i>T. Hartlief</i>	
4	Evidence en privaatrechtelijke wetgeving	53
	<i>G.J. Veerman</i>	
5	Empirisch onderzoek in de familierechtwetenschap	71
	<i>W. Schrama</i>	
6	Enkele praktijkervaringen met empirisch juridisch onderzoek op het snijvlak van gezondheid en recht	93
	<i>A.J. Akkermans</i>	
7	Onderzoek naar geschilbeslechting – wat leverde het op, waar willen we heen?	109
	<i>M. ter Voert</i>	
8	De waardering van litigieuze vorderingen en de proceskostenveroordeling – Een opzet van een experiment	127
	<i>V. Buskens en M.L. Tuil</i>	
9	Claimcultuur en beloningssystemen	151
	<i>M. Faure en T. Hartlief</i>	
10	Civilologie: ook in privaatrechtelijke annotaties?	167
	<i>G. van Dijck</i>	

INHOUDSOPGAVE

11	Wanneer verontschuldigen doel treffen: inzichten uit de psychologie	183
	<i>P.T.M. Desmet</i>	
12	Civilologie en de vaart der privaatrechtelijke volkeren	197
	<i>W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit</i>	

1 INLEIDING

W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit*

1.1 CIVILOLOGIE: OUDE PROBLEMEN, VERVOLGSTAPPEN EN NIEUWE UITDAGINGEN

In 2008 kwam *Gedrag en privaatrecht* uit, een boek waarmee Van Boom, Giesen en Verheij meer duidelijkheid wilden verschaffen over de rol van gedragspresumpties in het privaatrecht en een nieuwe dimensie wilden toevoegen aan het (privaat)rechtsgeleerd onderzoek, namelijk die van de *civilologie*.¹ Civilologie definieerden zij als ‘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’.²

Van Boom c.s. bespraken in hun inleiding een aantal redenen waarom de civiele rechtswetenschap en de civiele rechtspraak de overstap naar een meer empirische aanpak niet heeft gemaakt. De juridische opleiding besteedt geen aandacht aan empirisch onderzoek, in andere disciplines is er maar weinig belangstelling voor empirisch onderzoek naar de werking van privaatrechtelijke regels, de uitkomsten uit empirisch onderzoek zijn vaak ambigu en de praktijk is, ook zonder die uitkomsten te hoeven meewegen, al complex genoeg. Hun conclusie in het afrondende hoofdstuk luidde dat deze punten waarschijnlijk niet snel zullen veranderen, maar een ‘privaatrecht der werkelijkheid’ ook niet onmogelijk maken, al ontbreken er voor de keuze voor een civilologische benadering duidelijke *incentives*, buiten de criteria die NWO hanteert bij het beoordelen van onderzoeksaanvragen.³

Maar er zijn meer haken en ogen, zoals:

* Willem van Boom is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Ivo Giesen is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht, en Monika Smit is hoofd van de afdeling Rechtsbestel, Wetgeving en Internationale en vreemdelingenangelegenheden (RWI) van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Veiligheid en Justitie te Den Haag.

1 W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

2 Zie W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, ‘Gedrag en privaatrecht. Inleiding en verantwoording’, in: Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 20.

3 A.J. Verheij, I. Giesen en W.H. van Boom, ‘Afsluitende observaties’, in Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 601-611.

- Het verschil in perspectief tussen het recht, met name de rechtspraak, en sociaalwetenschappelijke disciplines. Canter behandelt in zijn inleidende hoofdstuk bij *Psychology and Law. Bridging the gap* enkele verschillen tussen deze twee disciplines die ook relevant zijn in de civielrechtelijke context.⁴ Het betreft de interessefocus van het recht (het individu, en niet zozeer groepen), de geprefereerde methode (*due process* versus wetenschappelijke methoden), de beoogde uitkomst (een vonnis versus een bijdrage aan de wetenschap) en de benadering van de informatie (gebruik van bewijs versus gebruik van data). Dat zijn inderdaad substantiële verschillen.
- De bedreigende werking die uit kan gaan van interdisciplinair experimenteren. Volgens Vick is onvrede met de beperkingen binnen een discipline de drijvende kracht achter interdisciplinariteit.⁵ Binnen de juridische discipline krijgt de traditioneel doctrinaire benadering de kritiek dat die te behoudend en te dogmatisch zou zijn, wat leidt tot interdisciplinaire initiatieven. Dat heeft echter ook weerstand tot gevolg, vanuit het gevoel dat de identiteit van de rechtswetenschap bedreigd wordt. Naar Vick's mening is die identiteit van de rechtswetenschap, vanwege de directe verbinding met de praktijk van de juridische beroepsuitoefening, echter veerkrachtiger en bestendiger dan men geneigd is te denken. De problemen met 'juridische interdisciplinariteit' liggen naar zijn mening dan ook niet in de bedreiging van het juridisch vakgebied, maar veel meer in het opzetten en coördineren van een interdisciplinair team. Dat laatste wordt in elk geval terecht als een formidabele uitdaging gezien. Hopelijk is slagen op dit vlak niet slechts aan enkelen voorbehouden.
- Het gebrek aan uniforme doelstellingen binnen de (normatieve) rechtswetenschap – anders dan in bijvoorbeeld de medische wetenschap en de bedrijfskunde die gericht zijn op het behandelen van patiënten, respectievelijk het genereren van winst⁶ – is volgens Rachlinski⁷ een reden waarom juristen wat betreft *evidence-based* werken achterblijven bij de genoemde disciplines. Bijna ieder juridisch vakgebied heeft te maken met conflicterende doelen: in het contractenrecht streeft men zowel efficiency als eerlijkheid na (en soms zelfs herverdeling van welvaart), binnen het strafrecht zoekt men een balans tussen rekening houden met de rechten van verdachten (rechtsbescherming) en het maatschappelijk belang van het terugdringen van criminaliteit (instrumentaliteit), enzovoort. Rechtswetenschap is dus innig verbonden met rechtspraak, politiek en beleid. Empirisch onderzoek daarbinnen kan daarom hooguit bepaalde

4 R. Cantor, 'In the kingdom of the blind', in R. Cantor en R. Zukauskienė, *Psychology and law. Bridging the gap*, Aldershot/Burlington: Ashgate 2008, p. 1-21.

5 D.W. Vick, 'Interdisciplinarity and the discipline of law', *Journal of Law and Society* 2004, vol. 31, 2, p. 163-193.

6 Of het verschil in *evidence based* overwegingen tussen deze disciplines werkelijk zo groot is, wordt betwijfeld door Wozner, die overigens de hoop op *evidence based law* van Rachlinski deelt, zie S. Wozner, 'Comment. Evidence-based law by Jeffrey J. Rachlinski', *Cornell L. Review* 2011, vol. 96, 4, p. 925-930.

7 J.J. Rachlinski, 'Evidence-based law', *Cornell L. Review* 2011, vol. 96, 4, p. 901-923.

hypothese verwerpen of ondersteunen, maar zal nooit alleen bepalend zijn voor (juridisch) beleid.

Ondanks dit soort problemen bleek er sprake van een duurzame wens om op civielrechtelijk terrein meer *evidence-based* te werken zodat – voortbouwend op de inzichten ontwikkeld in *Gedrag en privaatrecht* – drie jaar later, op 24 juni 2011, het eerste Civilologiecongres plaatsvond.⁸ Dit congres had tot doel in algemene zin meer aandacht te creëren voor privaatrechtelijke thema's, weer een stap verder te komen met de civilologie en na te gaan wat die civilologie kan betekenen bij het oplossen van maatschappelijke problemen. Gaandeweg zou dan tevens onderzocht kunnen worden wat de plaats van de civilologie zou kunnen zijn: een zelfstandige wetenschappelijke discipline, een subdiscipline van het privaatrecht, een hulpwetenschap of een multidisciplinaire of multidimensionele⁹ benadering. De bijdragen in dit boek laten zien dat er sinds 2008 voortgegaan is – en niet onverdienstelijk, zo menen wij – op het pad der civilologie.

1.2 WAT VOLGT?

De hierna opgenomen bijdragen zijn de uitgewerkte presentaties van het bovengenoemde congres. Zij betreffen steeds het grensgebied tussen (een aspect van) het civiele recht en andere wetenschappelijke disciplines. Veelal refererend aan één of meer van bovengenoemde belemmeringen, laten de auteurs zien wat er op privaatrechtelijk terrein van andere disciplines geleerd of gebruikt kan worden, met welke vragen en problemen zij worstelen als zij interdisciplinair te werk gaan, en hoe zij die vragen en problemen hebben aangepakt.

Hoewel ieder hoofdstuk begint met een samenvatting, geven we hier – in vogelvlucht – een overzicht van de verschillende bijdragen, zodat de lezer een indruk krijgt van wat hij in het navolgende kan verwachten.

Na deze inleiding geven Croes en Leeuw hun visie op de wetenschapstheoretische achtergrond van de civilologie, waarbij zij zich onder andere buigen over de ontwikkeling van interdisciplinariteit: aanvankelijk van bovenaf opgelegd, later van onderop ontwikkeld. Zij komen niet tot een definitie van de civilologie, maar besluiten hun bijdrage met een beschrijving van vier criteria waaraan onderzoek moet voldoen om bij te kunnen dragen aan de kennisgroei en dus ontwikkeling van dit 'nieuwe vakgebied' (hoofdstuk 2).

⁸ Het congres werd gehouden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en georganiseerd en mede mogelijk gemaakt door de Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam, het Departement Recht en het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Veiligheid en Justitie.

⁹ De terminologie die Van Boom c.s. (en diverse andere auteurs) prefereren, vgl. Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 18.

Hartlief gaat in zijn bijdrage (hoofdstuk 3) aan de hand van concrete casus in op problemen die zich voordoen bij het beoefenen van die nieuwe tak van sport die ‘de privatist zicht kan geven op hoe het privaatrecht werkt en op hoe het beter kan’: de civilologie. Hij stelt daarbij een aantal prangende vragen, zoals: wie er civilologie gaat bedrijven, op welke terreinen, en welke ruimte er over blijft voor ‘klassiek juridisch onderzoek’.

In hoofdstuk 4 betoogt Veerman dat sociaalwetenschappelijk onderzoek nauwelijks een rol speelt bij de ontwikkeling van het privaatrecht door wetgever en rechterlijke uitspraken. Hij is van mening dat de wetgever onderzoek moet doen naar de maatschappelijke gevolgen van rechterlijke uitspraken, bijvoorbeeld door met (privaatrechtelijke) regels te experimenteren.

Schrama laat zien dat het familierecht, een rechtsgebied dat onderwerpen betreft die ook voorwerp van onderzoek zijn binnen de sociale wetenschappen en dat zich bij uitstek leent voor interdisciplinaire bestudering, nog maar mondjesmaat empirisch, interdisciplinair wordt onderzocht. Zij geeft aan wat er nog moet gebeuren om tot (meer) interdisciplinair empirisch onderzoek op dit terrein te komen (hoofdstuk 5).

Over het thema ‘afwikkeling van letselschade’, op het snijvlak van gezondheid en recht, wordt meer onderzoek gedaan. Akkermans beschrijft in hoofdstuk 6 de ervaringen binnen de juridische faculteit van de VU met een interdisciplinaire empirische onderzoekslijn op dit gebied. Hij besteedt daarbij uitgebreid aandacht aan de voordelen van de interdisciplinaire benadering, maar behandelt ook diverse barrières die er genomen moeten worden.

Ter Voert gaat in op het onderzoek naar geschilbeslechting dat het WODC de laatste jaren heeft verricht. Zij beschrijft wat dat onderzoek tot nu toe heeft opgeleverd wat betreft uitkomsten over rechtshulp, knelpunten en de afloop van de geschillen, waar het WODC met dat onderzoek naartoe wil, en wat de meerwaarde kan zijn van een combinatie van juridisch en sociaalwetenschappelijk onderzoek naar geschilbeslechting (hoofdstuk 7).

Dat er het een en ander gebeurt op het gebied van empirisch onderzoek op juridisch terrein, blijkt ook uit de bijdrage van Buskens en Tuil, die een voorgenomen experiment beschrijven ter toetsing van de theorie betreffende de effecten van proceskostenveroordeling op de waardering van vorderingen (hoofdstuk 8). De waarde van die bijdrage voorafgaand aan dat experiment ligt in de beschrijving van een aantal van de keuzes die gemaakt zijn bij de opzet van het experiment, omdat zo opnieuw helder wordt waar ‘interdisciplinaire’ problemen op de loer liggen.

Faure en Hartlief benaderen (in hoofdstuk 9) het thema claimcultuur vanuit twee perspectieven: een rechtseconomisch en een juridisch perspectief. Empirisch onderzoek laat zien dat het in Nederland vigerende uurtarievensysteem tot overfacturering en het aannemen van weinig kansvolle zaken kan leiden. De auteurs betogen dat de bestaande koudwatervrees tegen resultaatgerichte beloningssystemen in het geval van letselschade weinig empirische grond heeft.

Van Dijck doet verslag van eerder empirisch onderzoek naar de waarde die vakgenoten hechten aan privaatrechtelijke annotaties. Daaruit blijkt dat de meerwaarde van een annotatie veelal gelegen is in het schetsen van de implicaties van de besproken uitspraak. Juist op dat vlak kunnen andere disciplines dan de juridische behulpzaam zijn; hij laat daarmee dus zien hoe andere dan positiefrechtelijke benaderingen aanvullend kunnen werken, ook in annotaties, bijvoorbeeld ter onderbouwing van doctrinaire inzichten (hoofdstuk 10).

Desmet (hoofdstuk 11) bespreekt inzichten vanuit de psychologie over de effecten van verontschuldiging. Hij gaat in op de vraag hoe die inzichten van nut kunnen zijn in de praktijk van de rechtspraak en richt zich daarbij vooral op de vraag welke factoren bepalen of verontschuldiging al dan niet succesvol zijn.

Op veel van de thema's, vragen en suggesties die in bovengenoemde bijdragen aan de orde worden gesteld komen wij vervolgens in de afrondende bijdrage (hoofdstuk 12) terug. Daarbij concentreren wij ons op de lessen die de civilologie en haar beoefenaren met betrekking tot het privaatrecht in algemene zin ter harte zouden kunnen nemen.

2 DE LOGOS VAN HET CIVIELE

M.T. Croes en F.L. Leeuw*

‘There is scarcely an individual phenomenon or event in society with which we can deal adequately without knowing a great deal of several disciplines, not to speak of the knowledge of particular facts that will be required.’

Friedrich Hayek¹

SAMENVATTING

Deze bijdrage schetst in kort bestek de wetenschapshistorische achtergrond van de civilologie. Daarbij wordt niet alleen ingegaan op het gedachtegoed van negentiende- en twintigste-eeuwse voorlopers van de civilologie en het (toenmalige) standaardwerk van Raoul de la Grasserie uit 1906. Ook gaan de auteurs in op initiatieven die met name in de jaren zeventig van de vorige eeuw werden genomen om de integratie van wetenschappelijke kennis uit diverse disciplines van bovenaf aan de wetenschap op te leggen. Afgesloten wordt met een aantal aanbevelingen om tot groei van de kennis in de civilologie te komen.

2.1 INLEIDING

In hun baanbrekende inleiding op de sociologie stelden Ultee, Arts en Flap² dat de bestudering van samenlevingen drie hoofdvragen kent: het ongelijkheidsprobleem (wie krijgt wat waarom); het cohesieprobleem (waarom leven mensen meestal vreedzaam samen); en het rationaliseringsvraagstuk (wat verklaart dat mensen steeds meer economisch-rationeel zijn gaan handelen). Dit laatste vraagstuk is op vele terreinen van toepassing: niet alleen op de economie, de techniek of de kunsten, maar ook op de wetenschap. Dijksterhuis³

* Marnix Croes en Frans Leeuw zijn werkzaam als respectievelijk onderzoeker en directeur bij het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Veiligheid en Justitie. Een verkorte versie van deze bijdrage is door Frans Leeuw gepresenteerd op het eerste Nederlandse Civilologiecongres op 24 juni 2011 te Rotterdam. Rianne van Os en de redacteurs van de bundel worden bedankt voor hun commentaar op een eerdere versie.

1 F.A. Hayek, ‘The dilemma of specialization’, in L.D. White, *The state of the social sciences*, Chicago: Chicago University Press 1956, p. 462-474, alhier p. 464.

2 W. Ultee, W. Arts en H. Flap, *Sociologie: vragen, uitspraken, bevindingen*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1992.

3 E.J. Dijksterhuis, *De mechanisering van het wereldbeeld*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006 [1950].

heeft deze rationalisering van de wetenschap in zijn studie naar de geschiedenis van de exacte wetenschappen fraai geschetst.

In deze bijdrage richten we ons eveneens op ontwikkelingen in de wetenschap, maar anders dan Dijksterhuis gaat het ons om ontwikkelingen op het snijvlak van de rechtswetenschap en de gedragswetenschappen. Concreet beogen wij een wetenschapshistorische schets te geven van de opkomst van de civilologie, de interdisciplinaire wetenschappelijke bestudering van de werking van het (breed gedefinieerde) civiele recht. Met de publicatie van het boek *Gedrag en privaatrecht*⁴ in 2008 zag een aansprekend voorbeeld van civilologie het licht. De geschiedenis van de civilologie gaat echter verder terug dan 2008.

Binnen de civiele rechtswetenschap bestaat een tendens tot rationalisering, tot uiting komend in het feit dat invloedrijke denkers naast de doctrinaire aandacht voor wetsteksten sinds de negentiende eeuw in toenemende mate belangstelling kregen voor de gedragingen van rechtssubjecten die aan deze wetgeving onderhevig zijn. Het recht werd in dit verband gezien als één van de manieren om samenlevingen te ordenen en rationeler te maken. Dat gebeurde onder andere door rechten en plichten van burgers met behulp van wetgeving en rechterlijke uitspraken duidelijk en herkenbaar te maken en door toe te zien op respectievelijk zorg te dragen voor de naleving daarvan. Daarbij groeide de aandacht voor de validiteit van de gedragsassumpties die aan deze wetgeving, rechterlijke uitspraken en het toezicht op de naleving ten grondslag liggen. Dat waren zaken waar gedragswetenschappers van oudsher in geïnteresseerd zijn. De in toenemende mate door rechts- en gedragswetenschappers gedeelde belangstelling leidde er vervolgens toe dat zij stappen in elkaars richting begonnen te zetten. De ontwikkeling die hieruit volgde in de richting van interdisciplinariteit, de actieve combinatie van de kennis uit verschillende wetenschappelijke disciplines, culmineerde in wat wij hier civilologie noemen.

We kijken hier echter niet alleen naar de tot rationalisering leidende initiatieven van invloedrijke denkers *van onderop*, maar ook naar initiatieven die *van bovenaf* werden genomen.⁵ De rationalisering van de wetenschap leidde namelijk niet alleen tot een ontzagwekkende vooruitgang op technologisch gebied, maar ook tot de gedachte dat de natuurwetenschap voor andere takken van wetenschap de norm diende te zijn, zowel voor de te gebruiken methoden als voor de theoretische relevantie van de onderzoeksonderwerpen. Een consequentie hiervan was dat men samenlevingen ging zien zoals de natuur werd gezien: vormgegeven door kenbare wetten, en om te vormen door *social engineers* met kennis van deze wetten. Uit de gedachte dat samenlevingen ‘maakbaar’ waren, kwamen niet alleen tal van plannen voort om de ideale samenleving *van bovenaf* te creëren, maar ook de pogingen om die te realiseren. Dat geldt niet alleen voor de communistische heilstaten in het voormalige Oost-Europa en het huidige Cuba en Noord-Korea, maar – tot

4 Van Boom, Giesen en Verheij 2008.

5 Vgl. C.J. Lammers, *Organiseren van bovenaf en van onderop*, Utrecht: Het Spectrum 1993.

op zekere hoogte – ook voor de moderne verzorgingsstaten in West-Europa en de Verenigde Staten. De pogingen om aan de universiteiten *van bovenaf* tot integratie van bepaalde wetenschappelijke disciplines te komen, en zo het soort interdisciplinaire kennisproducten te doen genereren dat de civilologie te bieden heeft, vloeide eveneens mede uit de maakbaarheidsgedachte voort.

Het was deze poging om *van bovenaf* de wetenschap te rationaliseren die in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw de wind in de zeilen had. Interdisciplinariteit werd in dit verband gezien als een aan twee zijden snijdend mes: niet alleen moest het dienen als het antwoord op de toenemende specialisering en versnippering in de wetenschap, maar het moest ook resulteren in geïntegreerde antwoorden op de door de *social engineers* niet verwachte maatschappelijke vraagstukken waarmee de naoorlogse verzorgingsstaten bleken te worstelen. Dit streven naar opgelegde interdisciplinariteit ebde vanaf de jaren tachtig echter weer weg, niet in de laatste plaats als gevolg van de weerstand die het in wetenschappelijke kring ondervond. De vraag naar oplossingen voor de problemen waarmee de verzorgingsstaten worstelden, bleef echter bestaan. Toen er geld beschikbaar kwam om antwoorden op de maatschappelijke vragen te vinden, ontwikkelde zich een markt voor kennis die een belangrijke impuls aan de wetenschap gaf om van onderop tot nieuwe interdisciplinaire en ook civilologische kennisproducten te komen.

Deze bijdrage kent de volgende opbouw. In paragraaf 2.2 schetsen we de ontwikkeling naar civilologie van onderop. In paragraaf 2.3 behandelen we de planmatige pogingen om van bovenaf vormen van interdisciplinair onderzoek – zoals de civilologie – te realiseren. In paragraaf 2.4 gaan we in op de tegenwoordig bestaande markt voor civilologische kennisproducten. We sluiten af met een aantal opmerkingen over hoe de groei van kennis binnen de civilologie is te stimuleren.

2.2 OP WEG NAAR CIVILOGIE: VAN ONDEROP

Het begrip ‘civilologie’ is minder nieuw dan men wellicht geneigd is te veronderstellen. De bakermat van het woord civilologie is te vinden in de Verenigde Staten. In een pamflet van de abolitionist Isaiah C. Wears⁶ over de ‘Unpublished history of the 15th Amendment’, de grondwetswijziging die de discriminatie van burgers op basis van ras, huidskleur of ‘previous condition of servitude’ in het Amerikaanse kiesrecht verbood, werd eind negentiende eeuw in de ondertitel al naar *civilology* verwezen.⁷ In Europa werd voor het eerst in twee Franse studies, verschenen in 1904 en 1906, expliciet over civilologie

6 H.C. Silcox, ‘The Black “Better Class” Political Dilemma: Philadelphia Prototype Isaiah C. Wears, *The Pennsylvania magazine of history & biography*, 1989-1, p. 45-66.

7 <<http://lcweb2.loc.gov/rbc/lcrbmrp/t0b/t0b23.sgm>> [01-07-2011].

gesproken. Het eerste boek had als titel *Essai d'une sociologie globale et synthétique*,⁸ het tweede heette *Les principes sociologiques du droit civil*.⁹ Beide werken werden geschreven door Raoul de la Grasserie, rechter te Nantes en afgestudeerd aan L'Institut de France. In het eerstgenoemde werk, dat over verschillende typen sociologie handelde, omschreef hij het onderzoeksobject van de civilologie op micro- ('intern') en macroniveau ('extern') als volgt:

'La civilologie offre une partie interne sociologique qui concerne ce qui a été introduit dans le droit lorsque les citoyens non personnellement liés sont en conflit et une partie externe qui étudie l'influence que telle législation a exercée sur l'état sociale.'¹⁰

Het doel van deze vorm van sociologie was te trachten 'de trouver par induction les grandes lois générales qui président aux phénomènes; ces lois découvertes et réunies constituent cette sociologie, à leur tour par méthode déductive elles donnent leurs corollaires.'¹¹

In het voorwoord van zijn studie uit 1906, die geheel aan de civilologie was gewijd, wees De la Grasserie erop dat, anders dan voor de sociologie van het strafrecht, de criminologie, er voor de sociologie van het civiele recht nauwelijks aandacht bestond. Dat was misschien begrijpelijk, omdat het burgerlijk recht '[...] est resté presque partout syllogistique et exégétique, et tellement subtil qu'il ne paraît plus humain',¹² maar dat was volgens hem slechts uiterlijke schijn. Beseft moest worden dat het civiele recht

'[...] touche aux biens sociaux les plus importants et les plus intimes. C'est aussi le plus complexe de sa nature, et celui duquel, avec beaucoup de patience ou d'impatience peut être, on peut extraire autant de sociologie latente et beaucoup plus de sociologie ouverte que de tous les autres. C'est d'ailleurs lui qui domine les législations contemporaines et qui sert d'introduction et de principe à toutes'.¹³

Tegelijkertijd benadrukte hij dat er een onderscheid moest worden gemaakt tussen 'ce qui est une loi seulement dans le sens empirique de ce mot, la loi juridique, et ce qui est la loi vraie, la loi sociologique issue par évolution de la nature et de la mentalité'.¹⁴ Het maken van dit onderscheid diende niet alleen om vanuit een wetenschappelijke interesse te

8 R. de la Grasserie, *Essai d'une sociologie globale et synthétique*, Parijs: Librairie C. Reinwald 1904.

9 R. de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil*, Parijs: V. Giard & E. Brière 1906.

10 De la Grasserie 1904, p. 537.

11 De la Grasserie 1906, p. 12.

12 Ibid., p. 3.

13 Ibid.

14 Ibid., p. 4.

begrijpen welke elementen van het civiele recht terug te voeren waren op sociologische regel- en wetmatigheden, het was ook een praktische noodzaak met het oog op het vormgeven aan en toepassen van civiel recht. 'La sociologie civile n'est pas seulement une science pure, mais aussi [...] une science applicable et appliqué.'¹⁵

In de rest van het boek werkte De la Grasserie dit uit. Hij behandelde de evolutie van de civilologie in relatie tot andere vormen van sociologiebeoefening, de verhouding van het civiele recht tot de sociologie hiervan, de sociologie van de verschillende onderdelen van het civiele recht (contracten, huwelijk, afstamming, voogdij, opvolging, vererving, eigendom, openbaarheid enz.) en de toepassing van de civilologie op de civiele wetgeving en jurisprudentie.

Na het verschijnen van De la Grasseries toenmalige standaardwerk, bleef het lange tijd stil aan het civilologische front. De sociologie van het civiele recht verdween in Frankrijk weliswaar niet van het curriculum,¹⁶ maar het leidde er toch een kwijnend bestaan. Dit werd onder meer geïllustreerd door het in onbruik raken van de term 'civilologie'. Volgens de Franse civilist en pleitbezorger van de rechtssociologie Jean Carbonnier (1908-2003) was deze ontwikkeling terug te voeren op de abstracte aard van het civiele recht:

'S'il est un droit qui a manifesté une particulière incompatibilité d'humeur avec la sociologie, c'est entre tous le droit civil. Avec le droit public l'entente paraît facile, par l'intermédiaire de (la) science politique [...] Avec le droit pénal, c'est plus qu'un mariage, il y a déjà un enfant: la criminologie [...] Mais le droit civil est d'une autre nature; il se veut logique et déductif plutôt qu'historique et expérimental; il juge plus des dossiers que des hommes, s'intéresse moins à la chair qu'au patrimoine [...] Raisonner surtout en considération du droit civil c'est prendre la difficulté par son maximum.'¹⁷

De la Grasserie had reeds eerder opgemerkt dat het civiele recht door zijn abstractie 'ne paraît plus humain',¹⁸ iets dat volgens Jean-André Arnaud was terug te voeren op het feit dat het civiele recht zowel de filosofische premissen als de grondbeginselen van alle wetgeving bevat. Terwijl het publiekrecht en het strafrecht niets meer doen dan de bestaande economische en sociale orde beschermen, is deze orde zelf gegeven door en gecodificeerd in het civiele recht en dat maakt het civiele recht zo complex.¹⁹ De Britse hoogleraren Genn, Partington en Wheeler wezen recent op nog een andere reden waarom civilologie nog niet

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld J. Carbonnier, *Sociologie juridique: théorie sociologique des sources du droit*, Parijs: Association corporative des étudiants en droit 1960-1961.

¹⁷ Carbonnier geciteerd in A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit?*, Parijs: LGDJ 1981, p. 55.

¹⁸ De la Grasserie 1906, p. 3.

¹⁹ Arnaud 1981, p. 55-56.

goed van de grond is gekomen: niet de abstractie of complexiteit, maar de breedte van het civiele recht:

“There is no “civilology” equivalent to criminology. This absence of a feel for civil law or civil justice system is itself a function of the sheer breadth and diversity of civil justice issues – family, company/commercial, administrative, mental health, employment, tort, contract, property, legal aid, legal profession, regulation, courts, tribunals and alternative dispute resolution.”²⁰

2.2.1 *Gedrag en Privaatrecht*

Het zou tot de publicatie van het boek *Gedrag en privaatrecht*²¹ duren, meer dan een eeuw na het verschijnen van De la Grasseries werk, voordat het begrip civilologie opnieuw in zwang kwam.²² *Gedrag en privaatrecht* had vergelijkenderwijs een minder positivistische invalshoek. Het stelde de relatie tussen enerzijds de privaatrechtelijke regels en anderzijds zowel de achterliggende assumpties over menselijke gedragspatronen als de effecten van deze regels op het gedrag van mensen centraal, maar het poogde niet de algemene wetten van dit gedrag bloot te leggen. Net als *Les principes sociologiques du droit civil* overschreed *Gedrag en privaatrecht* de disciplinaire grenzen die rechts- en gedragswetenschappers van elkaar scheiden en het liet, niet gehinderd door de breedte van het civiele recht, zien dat uit de combinatie van de rechts- en de gedragswetenschap vruchtbare inzichten kunnen groeien.

Het boek was niet bedoeld als een eenmalige exercitie. De ambitie, zoals deze in de inleiding ervan werd geformuleerd, was om ‘een nieuwe dimensie aan rechtsgeleerd onderzoek toe [te] voegen, namelijk die van de civilologie’.²³ Hiermee werd bedoeld op ‘de verzameling van wetenschappen die in onderlinge samenhang onze kennis vergroot van de gedragssompties 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

20 H. Genn, M. Partington en S. Wheeler, *Law in the real world: Improving our understanding of how law works*, Londen: the Nuffield Foundation 2006, p. 34.

21 Van Boom, Giesen en Verheij 2008.

22 Soms werd het, in een terzijde, wel genoemd. F. von Benda-Beckmann, ‘Anthropological approaches to property law and economics’, *European journal of law and economics* 1995-2, p. 309-336, alhier p. 328 schreef er in de jaren negentig bijvoorbeeld dit over: ‘In Allott’s words (1980, p. 45) there never developed a “civilology” analogous to criminology. This lack of attention is also attested in state of the art papers on the sociology of law in the Netherlands (Hoekema 1991, p. 14) and for the United States (Simon and Lynch 1989, p. 832)’. [A.N. Allott, *The Limits of law*, London: Butterworth 1989; A. Hoekema, *Sociology of law in the Netherlands*, Amsterdam: Department of Socio-legal Studies 1991; R.J. Simon en J.P. Lynch, ‘The Sociology of Law: Where We Have Been and Where We Might Be Going’, *Law and Society Review* 1989, vol. 23, p. 825-847].

23 Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 20.

assumpties en effecten hebben voor privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en -toepassing'.²⁴ Het eerste Nederlandse Civilologiecongres dat op 24 juni 2011 plaatsvond aan de Erasmusuniversiteit in Rotterdam vormde een concrete invulling van deze ambitie.

Op zich is de aan het boek ten grondslag liggende gedachte dat juristen niet louter naar de letter van de wet dienen te kijken maar ook naar de ontstaansgeschiedenis en zowel de bedoelde als de onbedoelde gedragseffecten ervan, niet nieuw. Dat werd al in de praktijk gebracht binnen de criminologie en deelspecialismen zoals de rechtspsychologie en -economie. Binnen de rechtswetenschap gebeurde het ook al eerder, maar de aandacht was daar in de eerste plaats normatief. Men wilde naar een gewenste maatschappelijke situatie toe maar bemerkte dat het bestaande recht en de toepassing ervan hiertoe niet zouden leiden of sterker: er een sta-in-de-weg voor vormden. De stemmen die riepen om de rechtswetenschap een minder doctrinaire en meer maatschappelijke en sociaal bewogen oriëntatie te geven, klonken vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw steeds luider. Van Boom, Giesen en Verheij²⁵ wijzen zelf op de Amerikaanse *Metaphysical Club*, de Nederlandse hoogleraren Meijers, Hamaker en Hijmans en de Duitse rechtsgeleerde Von Ihering als hun voorouders. Hieronder zullen de voornoemden en een enkele andere grondlegger van de civilologie kort de revue passeren.

De in 1871 te Cambridge Massachusetts opgerichte *Metaphysical Club*²⁶ was een informele academische discussiegroep waarvan de leden, waaronder zich verschillende juristen bevonden, het recht niet louter zagen als een logisch stelsel van regels, maar ook als een instrument om bepaalde doelstellingen te realiseren. Zij waren in dit verband geïnteresseerd in empirisch onderzoek, meer vrijheid bij de rechtsvinding en sociale hervormingen. De opvattingen van de leden van de *Metaphysical Club* kregen in Nederland navolging van de professoren Eduard Maurits Meijers (1880-1954), Hugo Sinzheimer (1875-1945), Hendrik Jacobus Hamaker (1844-1911) en Isaac Henri Hijmans (1869-1937). Zij pleitten niet alleen voor een sociaal bewogen rechtswetenschap, maar ook voor een toepassing van het recht door rechters waarbinnen op basis van kennis over de sociale omstandigheden, emancipatie van arbeiders, en de reeds bestaande gedragsregels van het volk, meer ruimte zou worden geboden aan sociale gerechtigheid.

2.2.2 Meijers, Sinzheimer, Hijmans en Hamaker

In zijn proefschrift uit 1903 stelde de latere hoogleraar burgerlijk recht en internationaal privaatrecht Meijers dat het wenselijke recht niet louter op basis van de heersende rechtsovertuiging kon worden bepaald, maar dat met drie zaken rekening diende te worden

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., p. 27-28.

²⁶ <www.pragmatism.org/research/metaphysical_club.htm> [1 juli 2011].

gehouden. In de eerste plaats ‘de verschillende behoeften van het volk en haar intensiteit’, in de tweede plaats ‘een zo uitgebreid mogelijke kennis over de invloed door verschillende omstandigheden op de bevrediging onzer behoeften’ en in de derde plaats ‘een uitgebreide kennis van de inrichting en eigenaardigheden der maatschappij waarvoor de rechtsregels gelden’.²⁷ Deze benadering moest ertoe bijdragen dat de rechter de belangenafweging objectiever zou maken.

Meijers zelf bediende zich vooral van de derde soort gegevens die hij soms ook zelf verzamelde. Toen hij in de jaren 1904 en 1905 bij het Centraal Bureau voor Sociale Adviezen werkte, deed hij onderzoek naar de huisindustrie, waarvoor hij per fiets huisarbeiders in heel Nederland bezocht. In 1927 schreef hij over de periode na het verstrijken waarvan de vinder van een voorwerp zich als de rechtmatige eigenaar mocht beschouwen. De oorspronkelijke eigenaar moest immers de gelegenheid hebben zijn eigendommen op te eisen. Volgens de toen heersende interpretatie van artikel 2014 BW (oud) zweeg de wet over de vraag welke termijn in acht moest worden genomen. Om een maatstaf te hebben, onderzocht Meijers hoe lang de politie gevonden voorwerpen in bewaring hield. In alle grote steden bleek men ze na een periode variërend van drie maanden tot zes jaar te verkopen en de opbrengst in de gemeentekas te storten. Hieruit leidde Meijers af wat als de redelijke termijn kon worden beschouwd gedurende welke de oorspronkelijke eigenaar zijn eigendommen kon opeisen.²⁸

De Duits-joodse Sinzheimer had eveneens oog voor de maatschappelijke realiteit. Reeds geruime tijd voor zijn vlucht naar Nederland in 1933 – kort na de nationaalsocialistische machtsovername in zijn vaderland – pleitte hij voor een sociaalwetenschappelijke benadering van het arbeidsrecht. In zijn studie over de collectieve arbeidsovereenkomst (cao) uit 1907/1908 paste hij deze aanpak zelf toe. Het kwam erop neer dat hij zijn beschouwingen niet baseerde op de dogmatiek van de wet, maar op de feitelijke ontwikkelingen in de arbeidsverhoudingen en de praktijk van de collectieve onderhandelingen zelf. Zonder afscheid te willen nemen van de dogmatiek huldigde hij in deze studie het standpunt dat het voor een goed begrip van het arbeidsrecht nodig was zich eerst in de maatschappelijke praktijk van de arbeidsverhoudingen en de veranderingen hierbinnen, zoals de opkomst van de cao's, te verdiepen.²⁹ Volgens Sinzheimer was het vervolgens de taak van de rechtswetenschap om ‘den vorhandenen sozialen Bestrebungen [...] in ihren rechtlichen Bedingungen mit sich selbst in Einklang zu bringen’.³⁰

27 Meijers, geciteerd in J.M. Smits, E.M. Meijers (1880-1954) in C.J.H. Jansen, J.M. Smits en L.C. Winkel (red.), *Zestien juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen: Ars Aequi 2004, p. 61-74.

28 Smits 2004.

29 T. van Peijpe, ‘De betekenis van Sinzheimer voor de wetenschap van het arbeidsrecht’, in A.J. Hoekema, H.G. de Gier, D. Kettler e.a. (red.), *Hugo Sinzheimer: rechtsvormer, arbeidsjurist en rechtssocioloog*, Amsterdam: HSI 1993, p. 28-29.

30 Geciteerd in *ibid.*, p. 29.

De gedachtegangen van Hijmans en Hamaker sloten bij dit uitgangspunt goed aan. In zijn bekende inaugurele rede uit 1910, *Het recht der werkelijkheid*, nam Hijmans als uitgangspunt dat ‘de voornaamste rechtsbron niet is de wet noch de gewoonte, en evenmin de rechtswetenschap of de rechtspraak, welke beide laatste bronnen sommige juristen met zekeren trots als door hen opgespoord plegen te noemen, maar de levende werkelijkheid zelf’.³¹ De levende werkelijkheid, wat werd daarmee bedoeld? In een artikel uit 1913 vatte Rudolph Adriaan Fockema, destijds president van het Gerechtshof te Leeuwarden, de gedachtegang van Hijmans en Hamaker als volgt samen: ‘het recht der werkelijkheid ontleent zijn stof aan de gebruiken van het maatschappelijk leven. Uit deze gebruiken heeft men te putten, ook met terzijdestelling van de wet. Het wetboek is slechts eene handleiding, slechts in onderdeelen bindende voorschriften formuleerend, maar in het algemeen slechts informatie gevende, waarvan men al dan niet gebruik kan maken. Zoo Prof. Hamaker. Langs eenigszins anderen weg komt Prof. Hijmans tot dezelfde conclusie ten aanzien van den aard van het wetboek, doch hij verheft tot recht der werkelijkheid niet het totaal van in de maatschappij geldende gedragsregelen, maar draagt aan den rechter op om, geleid door zijn rechtsgevoel, het recht te vinden of te scheppen’.³² Aan de vooravond van de Eerste Wereldoorlog, die als katalysator voor ingrijpende maatschappelijke omwentelingen zou gaan dienen, klonk dit menigeen nog allemaal tamelijk vergaand in de oren en het is dan ook niet verwonderlijk dat Fockema destijds constateerde, met de nodige opluchting mag men aannemen, dat de beide professoren ‘weinig volgelingen [hebben] en [zij] zijn daardoor niet zeer gevaarlijk’.³³

2.2.3 Von Ihering

Een minder revolutionair maar desalniettemin nog steeds normatief voorbeeld van een civilologische benadering *avant la lettre* wordt gevormd door het uit 1877 stammende tweedelige boek *Der Zweck im Recht* van de Duitse rechtsgeleerde Rudolf von Ihering. Het eerste deel hiervan verscheen in 1914 in het Engels onder de veelzeggende titel *Law as a means to an end*.³⁴ In het voorwoord hiervan schreef Von Ihering dat ‘the fundamental idea of the present work consists in the thought that Purpose is the creator of the entire law; that there is no legal rule which does not owe its origin to a purpose, i.e., to a practical motive’.³⁵ Daarmee sloot Von Ihering aan bij de gedachten van de *Metaphysical Club* en nam hij afstand van de dogmatische benadering van het recht waarbinnen voor de prakti-

31 I.H. Hijmans, *Het recht der werkelijkheid* (oratie Amsterdam), 1910, p. 13.

32 R.A. Fockema, ‘De betekenis van F.K. von Savigny voor den tegenwoordigen tijd’, *Onze eeuw* 1913-13, p. 35-65, alhier p. 61.

33 Ibid., p. 62.

34 R. von Ihering, *Law as a means to an end*, Boston: the Boston Book Company 1914.

35 Ibid., p. LIV.

sche effecten ervan geen aandacht bestond. Het belangrijkste verschil was dat Von Iherings redeneringen niet uitkwamen bij de maatschappijhervormingen die door de sociale hervormers werden bepleit. De reden hiervoor was dat Von Ihering uitging van onveranderlijke maatschappelijke feitelijkheden en een menselijke natuur die de maakbaarheid van de samenleving per definitie begrensd. Hij schetste zijn visie op de mens, de mechanica van de samenleving en de complementaire rol van het recht daarbinnen als volgt:

‘There is no greater miracle in the world than the disciplining and training of the human will, whose actual realization in its widest scope we embrace in the word society. [...] The sum of impulses and powers which accomplish this work I call social mechanics. [...] This social mechanics is identical with the principle of leverage, by means of which society sets the will in motion for her purposes, or in short, the principle of the levers of social motion. There are four such levers. Two of them have egoism as their motive and presupposition; I call them the lower or egoistic social levers; they are reward and coercion. [...] Opposed to these are two other impulses which have not egoism as their motive and presupposition, but on the contrary the denial thereof; and as they come into play not in the lower region of purely individual purposes, but in the higher region of universal purposes, I call them the higher; or [...] the moral or ethical levers of social motion. They are the Feeling of Duty and of Love; the former the prose, the latter the poetry of the moral spirit.’³⁶

Aangezien Von Ihering meer geïnteresseerd was in wat de samenleving het individu aan kansen biedt dan waarop het individu zijn keuze uit die kansen baseert, legde hij meer nadruk op ‘dwang’ en ‘beloning’ dan op ‘plicht’ en ‘liefde’. In psychologische zin achtte hij dwang daarbij ‘lager’ dan beloning, omdat het bieden van een beloning aan mensen bij hen vrije wil veronderstelt, terwijl naakte dwang eventuele keuzevrijheid juist wegneemt. Toch vond hij het belangrijker de beloning als vertrekpunt van zijn denken te nemen dan de meer basale dwang, omdat:

‘the point of view from which we have to consider those two levers is not the manner of their psychological influence upon the individual, but their practical significance for society; and if we apply the point of view of social formation to the two motives as a standard of measurement, there can be no doubt that the social organization of reward – commerce, is to be designated as lower in comparison with that of coercion – the *law* and the *State*’.³⁷

³⁶ Ibid., p. 72-73.

³⁷ Ibid., p. 74. Cursiveringen in origineel.

Dat was niet in de laatste plaats het geval omdat handel zonder de bescherming van de wet, dus zonder staatsdwang, volgens Von Ihering niet kon bloeien: ‘coercion organized makes the State and Law. It is in the latter forms of organization that commerce attains its final fulfilment; reward must have law behind it’.³⁸ De ontwikkeling van passende vormen van rechtsbescherming om ongewenste uitkomsten van het handelsverkeer te voorkomen, lagen volgens Von Ihering in het verlengde hiervan. De rol van wetgeving, en daarmee van staatsdwang, bleef volgens hem hiertoe echter niet beperkt. In algemene zin was de wet ‘the sum of the conditions of social life in the widest sense of the term, as secured by the power of the State through the means of external compulsion’.³⁹

De vraag is dan welke ‘conditions of social life’ voor het voortbestaan van de samenleving van fundamenteel belang moesten worden geacht. Von Ihering onderscheidde er vier: behoud van leven, reproductie van leven, werk, en handel. Hij noemde deze voorwaarden ‘mixed-legal conditions’, want ‘their security does not depend upon the law in the first instance, but upon nature, upon the power of the three natural impulses’⁴⁰ te weten ‘the instinct of self-preservation, the sexual instinct and the instinct of acquisition’.⁴¹ Volgens Von Ihering had de staat pas een taak wanneer de natuurlijke impulsen van de ingezetenen in hun maatschappelijke werking faalden en de levensvoorwaarden van de samenleving werden bedreigd. Een dergelijke conceptie van wat de rol van de overheid diende te zijn, gaat een andere richting op dan wat sociale hervormers als de reeds genoemde Meijers, Sinzheimer, Hamaker en Hijmans voorstonden. Dat neemt niet weg dat zowel een liberaal als Von Ihering als de genoemde sociale hervormers afstand namen van de dogmatiek en zich richtten op de rol en gevolgen die het recht in de samenleving had en moest hebben.

Aan het slot gekomen van deze paragraaf over grondleggers van de civilologie is er nog een rechtswetenschapper die niet onvermeld mag blijven: Stewart Macaulay. In zijn invloedrijke artikel uit 1963, getiteld ‘non-contractual relations in business: a preliminary study’,⁴² stelde Macaulay dat bedrijven handelsrelaties zelden plannen en dat zij nauwelijks gebruikmaken van juristen om de inhoud van of de voorwaarden bij deze relaties aan te passen dan wel om eventuele geschillen te beslechten. Macaulays artikel heeft later, vooral in sociaalwetenschappelijke kring, gediend als ‘stepping stone’ voor onderzoek naar duurzame relaties tussen twee partijen, zoals tussen de samenstellende delen van een huishouden, of een joint venture tussen twee bedrijven op het gebied van research and development,⁴³

38 Ibid., p. 176.

39 Ibid., p. 380.

40 Ibid., p. 343.

41 Ibid., p. 338.

42 S. Macauley, ‘Non-contractual relations in business: a preliminary study’, *American Journal of Sociology* 1963-1, p. 55-67.

43 W. Raub, *Samenwerking in duurzame relaties en sociale cohesie* (oratie Utrecht), 1997.

en onderzoek van het WODC naar de wijze waarop burgers en bedrijven omgaan met problemen.⁴⁴

2.3 OP WEG NAAR CIVILOLOGIE: VAN BOVENAF

De vorige paragraaf heeft duidelijk gemaakt dat de hedendaagse civilologie in twee rechtswetenschappelijke tradities wortelt: enerzijds de traditie van de sociale hervormers die het realiseren van bepaalde gewenste maatschappelijke uitkomsten vooropstelt en het recht wil aanwenden voor het realiseren daarvan, en anderzijds de traditie van de liberalen die, uitgaande van bepaalde maatschappelijke gegevens, de samenleving wil beschermen tegen bedreigingen van haar voortbestaan. Beide tradities hebben gemeen dat het recht in de eerste plaats als een instrument wordt gezien, als een middel tot een doel, en dat de gevolgen van de wet respectievelijk van de toepassing van de wet door rechters centraal in de belangstelling staan. Daarnaast hebben beide tradities gemeen dat zij *van onderop* zijn gegroeid, voortgesproten als zij zijn uit de veranderingen in het denken binnen de rechtswetenschap zelf.

Dat deze rationaliseringstrend binnen de rechtswetenschap bestaat, is op zich weinig opmerkelijk. Het citaat van Hayek⁴⁵ dat boven deze bijdrage prijkt, legt wat dat betreft de vinger op de gevoelige plek. Meer dan in de natuurwetenschappen is de beoefenaar van de gedragswetenschappen gedwongen om te accepteren dat ‘concrete reality is not divisible into distinct objects corresponding to the various scientific disciplines’.⁴⁶ Dit betekent dat ‘an economist who knows no law, an anthropologist who knows no economics, a psychologist who knows no philosophy, or a historian who does not know almost every subject should be inconceivable’.⁴⁷ De werkelijkheid is, zo erkent Hayek, meestal anders: ‘the limitations of our capabilities make such deficiencies the rule’ met als gevolg dat

‘none of us can feel but very humble when he reflects what he really ought to know in order to account for even the simplest social process or to be able to give sensible advice on almost any political issue’.⁴⁸

44 B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, *Geschildbeslechtsingsdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: WODC 2004; M.T. Croes en G.C. Maas, *Geschildbeslechtsingsdelta midden- en kleinbedrijf. Over het optreden en afhandelen van (potentieel) juridische problemen in het midden- en kleinbedrijf*, Den Haag: WODC 2009; B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haarhus, *Geschildbeslechtsingsdelta 2009. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: WODC 2010.

45 Hayek 1956, p. 464.

46 Ibid.

47 Ibid., p. 464-465.

48 Ibid., p. 465.

Hayek pleitte daarom voor meer academische ruimte voor de individuele wetenschapper die bereid was de extra last van kennisverwerving buiten het domein van de eigen discipline op zich te nemen. Een *College of Advanced Human Studies* moest de institutionele uitdrukking van deze ruimte worden, een plaats waar de verschillende disciplines elkaar zouden kunnen ontmoeten en waar individuele wetenschappers, onder begeleiding van specialisten, zouden kunnen leren bijdragen aan het synthetiseren van kennis.

De bestuurlijke reactie van bovenaf op het door Hayek benoemde tekort, was echter een andere dan een *College of Advanced Human Studies*. In plaats van de individuele wetenschapper de kennis en vaardigheden bij te brengen die hem in staat zouden stellen interdisciplinaire inzichten te genereren, werd ingezet op het planmatig managen van wetenschappers uit verschillende disciplines. Door hen aan te sturen en hun activiteiten te managen, zouden hun individuele wetenschappelijke bijdragen als stukjes van een legpuzzel in elkaar kunnen worden gepast en een interdisciplinair geheel kunnen vormen dat in zijn synthese meer was dan de som van de afzonderlijke bouwstenen.

2.3.1 *Sciëntisme*

De gedachte achter dit streven om interdisciplinariteit *van bovenaf* op te leggen, grijpt in zekere zin terug op het sciëntisme, de opvatting dat de natuurwetenschap voor de andere takken van wetenschap de norm dient te zijn, zowel wat de te gebruiken methoden als de theoretische relevantie van de onderzoeksonderwerpen betreft. Concreet betekent dit dat er voor iets anders dan de waarneembare fysieke werkelijkheid geen aandacht zou moeten bestaan. Volgens Hayek ging dit in de eerste plaats ten koste van wat mensen over die fysieke werkelijkheid dachten en op basis van deze gedachten deden. ‘When the scientist stresses that he studies objective facts he means that he tries to study things independently of what men think or do about them. The views people hold about the external world is to him always a stage to be overcome.’⁴⁹ Het negeren van de opvattingen die mensen hebben als basis voor hun gedrag en het in plaats daarvan kiezen voor de ‘objectieve’ kenmerken van dit gedrag, en de maatschappelijke ‘oorzaken’ ervan, is slechts één symptoom van het sciëntisme. Een andere is de neiging om altijd te kwantificeren, ook wanneer er geen deugdelijke waarnemingstheorie en/of operationalisering voorhanden is. ‘It not only leads frequently to the selection for study of the most irrelevant aspects of the phenomena because they happen to be measurable, but also to “measurements” and assignments of numerical values which are absolutely meaningless.’⁵⁰ Een derde symptoom is de neiging om aggregaten van menselijk gedrag zoals ‘de economie’, ‘de samenleving’, ‘het kapitalisme’

49 F.A. Hayek, *The counter-revolution of science. Studies on the abuse of reason*, New York: The Free Press 1964 [1955], p. 23.

50 Ibid., p. 51.

en ‘de wetenschap’ als objecten te zien waarvan de gedragingen door (via observatie kenbare) wetten worden geregeerd: methodologisch collectivisme, met andere woorden. De wens om dit gedrag vervolgens te sturen om wenselijke uitkomsten te genereren, ligt in het verlengde hiervan.

‘The collectivist method [...] bases its demands for conscious control [of society] on the assumption that it can comprehend [it] as a whole and make use of all knowledge in a systematically integrated form. It leads thus directly to political collectivism; and though logically methodological and political collectivism are distinct, it is not difficult to see how the former leads to the latter and how, indeed, without methodological collectivism political collectivism would be deprived of its intellectual basis: without the pretension that conscious individual reason can grasp all the aims and all the knowledge of ‘society’ or ‘humanity’, the belief that these aims are best achieved by conscious central direction loses its foundation.’⁵¹

Binnen de wetenschap bereikte dit sciëntisme in de jaren zeventig van de vorige eeuw een hoogtepunt door de culminatie van twee ontwikkelingen. In de eerste plaats was dat toenemende regulering door de overheid, voortgekomen uit de introductie en groei van de verzorgingsstaatarrangementen na de Tweede Wereldoorlog. Het feit dat de overheid zich met tal van terreinen van het maatschappelijk leven was gaan bemoeien, had als gevolg dat er een groeiende behoefte aan kennis ontstond over de wijze waarop wetgeving kon worden gebruikt om effectief en efficiënt de gewenste maatschappelijke uitkomsten te genereren.⁵² In de tweede plaats de met name op bestuurlijk niveau groeiende wrevel over de versnippering van de kennisproductie aan de universiteiten. De organisatie van de universiteiten in disciplines, die sinds het begin van de negentiende eeuw vorm had gekregen,⁵³ en de ‘overspecialisering’ van kennis werden verondersteld tot toenemende sociale kosten te leiden.⁵⁴ Er gingen daarom verschillende stemmen op om *van bovenaf* geleide interdisciplinariteit als basisorganisatieprincipe voor het onderwijs en onderzoek aan de universiteiten in te voeren en het onderzoek daar te programmeren.⁵⁵ Deze pro-

51 Ibid., p. 91-92.

52 Bijv. C.M. Klein Haarhus en L.L.C. Hagen, *Toetsen en verbinden: over het WODC in de tijd en de relatie tussen onderzoek en beleid in het bijzonder*, Den Haag: WODC 2009.

53 P. Weingart, ‘A short history of knowledge formations’, in R. Frodeman, J. Thompson Klein en C. Mitcham (red.), *The Oxford handbook of interdisciplinarity*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 3-14.

54 J.R. Grass, ‘Preface’, in L. Apostel, G. Berger en G. Michaud (red.), *Interdisciplinarity. Problems of teaching and research in universities*, Parijs: OECD publications 1972, p. 8-9.

55 Bijv. E. Jantsch, ‘Towards interdisciplinarity and transdisciplinarity in education and innovation’, in Apostel, Berger en Michaud 1972, p. 97-120. Dit ging aanzienlijk verder dan wat in de jaren tachtig van de vorige eeuw in Nederland onder de programmering van sociaal- en geesteswetenschappelijk onderzoek werd verstaan.

grammering werd in dit verband gezien als een aan twee zijden snijdend mes: niet alleen moest het dienen als het antwoord op de toenemende specialisering en versnippering in de wetenschap, maar het moest ook geïntegreerde wetenschappelijke antwoorden op de maatschappelijke vraagstukken leveren waarmee de naoorlogse verzorgingsstaten worstelden. Deze integratie werd niet louter beoogd voor de mens- en maatschappijwetenschappen, maar ook voor de rechtswetenschap. Niet alleen omdat de rechtswetenschap in toenemende mate toenadering zocht tot de mens- en maatschappijwetenschappen, maar ook omdat recht en beleid sinds jaar en dag innig zijn verstrengeld.⁵⁶ De kennisproducten waaraan men behoefte meende te hebben, moesten kennis van de mens en de samenleving met kennis van de regelingen en hun werking combineren. Zij waren daarmee van het soort dat, onder meer, door de civilologie wordt voortgebracht.

2.3.2 *Transdisciplinariteit in theorie*

De vergaande vorm van integratie van wetenschappelijke disciplines waarop werd aangestuurd, werd niet langer interdisciplinariteit genoemd, maar *transdisciplinariteit*. Raymund Miller omschreef wat daarmee werd bedoeld als volgt:

‘Transdisciplinary approaches are articulated conceptual frameworks which claim to transcend the narrow scope of disciplinary world views and metaphorically encompass the several parts of the material field which are handled separately by the individual specialized disciplines.’⁵⁷

Als voorbeelden van transdisciplinaire benaderingen kunnen de sociobiologie, de Marxistische wetenschapsbeoefening, *general systems theory*, en structuralisme worden genoemd.⁵⁸

Volgens sommige protagonisten van transdisciplinaire benaderingen, zoals Jean Piaget,⁵⁹ zou transdisciplinariteit vanzelf uit interdisciplinaire samenwerking groeien. De gedachte hierachter was dat de wetenschap intern evolueert, een ontwikkeling die zou worden voortgedreven door ‘the dual influence of the need for explanation, and therefore the attempt to supplement mere laws by causal “models”, and the increasingly structural nature

Zie F.L. Leeuw, *Overheidsbeleid en sociaal- en geesteswetenschappelijk onderzoek: een analyse van beleidstheorieën*, Zoetermeer: Ministerie van Onderwijs en Wetenschappen 1988.

56 M. Averill, ‘Law’, in R. Frodeman, J. Thompson Klein en C. Mitcham (red.), *The Oxford handbook of interdisciplinarity*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 522-535.

57 R.C. Miller, ‘Varieties of interdisciplinary approaches in the social sciences: a 1981 overview’, *Issues in integrative studies. An occasional publication of the Association for Integrative Studies* 1982-1, p. 1-37.

58 Ibid.

59 J. Piaget, ‘The epistemology of interdisciplinary relationships’, in L. Apostel, G. Berger en G. Michaud (red.), *Interdisciplinarity. Problems of teaching and research in universities*. Parijs: OECD publications 1972, p. 127-139.

(in the mathematical sense) of such models'.⁶⁰ Een algemene wetenschappelijke theorie van systemen en structuren die de verschillende wetenschappelijke disciplines zou vervangen zou de uitkomst van deze ontwikkeling zijn. De disciplinaire kennis zou, zo was de verwachting, convergeren naar een '*unity of science*', een nieuw fundament en een nieuwe terminologie voor alle wetenschappen.⁶¹

Volgens andere pleitbezorgers van transdisciplinair onderzoek diende deze ontwikkeling niet te worden afgewacht maar moest transdisciplinariteit *van bovenaf* worden georganiseerd. Voor de coördinatie van de verschillende wetenschappelijke activiteiten die transdisciplinair onderzoek vereiste, werden maar liefst vier hiërarchische niveaus onderscheiden: op het beleidsniveau werd het onderzoek vanuit een aantal centrale waarden geprogrammeerd en werden de te bereiken doelen vastgesteld. Het hieraan ondergeschikte normatieve niveau of planningsniveau moest de uitvoering van de verschillende onderdelen van het programma bewaken. Op het technologische of pragmatische niveau dienden de feitelijke onderzoeksvragen te worden geformuleerd en de te gebruiken onderzoeksmethoden te worden vastgesteld waarbij de concepten, werkwijzen en axioma's uit de verschillende betrokken disciplines moesten worden geïntegreerd. Uitvoering van het onderzoek moest vervolgens plaatsvinden op het empirische niveau.⁶²

Deze hiërarchie van vier niveaus was niet alleen een hiërarchie van zeggenschap, maar ook een hiërarchie van centrale vragen. Op het hoogste niveau was deze centrale vraag ethisch van aard: 'wat zouden we moeten doen?' en 'hoe zouden we moeten doen wat we willen doen?'. Op het planningsniveau was de centrale vraag concreet: 'wat willen we precies doen?' Op het pragmatische niveau ging het om de vraag 'wat zijn we in staat om te doen?' terwijl het op het empirische niveau draaide om de vraag 'wat nemen we waar?'.⁶³

Van de transdisciplinaire herstructurering van wetenschappelijk onderzoek werd veel verwacht. Niet alleen omdat via deze aanpak de disciplinaire versnippering aan de universiteiten kon worden tegengegaan en managers meer grip op de wetenschappelijke kennisproductie kregen, maar ook omdat de kennisproducten die er het resultaat van moesten zijn op voorhand oplossingen leken aan te reiken voor de problemen waarmee de verzorgingsstaten worstelden in het vormgeven aan de weerbarstige praktijk.⁶⁴

60 Ibid., p. 127.

61 G. Michaud, 'General conclusions', in Apostel, Berger en Michaud 1972, p. 281-288.

62 Jantsch 1972; R. Wasniewski, 'Futures research as a framework for transdisciplinary research', in S.R. Epton, R.L. Payne en A.W. Pearson (red.), *Managing interdisciplinary research*, New York: John Wiley & Sons 1983, p. 228-235; J. Thompson Klein, *Interdisciplinarity. History, theory, and practice*, Detroit: Wayne State University Press 1990, p. 66-73.

63 M.A. Max-Neef, 'Foundations of transdisciplinarity', *Ecological economics* 2005, vol. 53, p. 5-16.

64 Vgl. R. Kötter en P.W. Balsiger, 'Interdisciplinarity and transdisciplinarity. A constant challenge to the sciences', *Issues in integrative studies. An occasional publication of the Association for Integrative Studies* 1999, 17, p. 87-120; Jantsch 1972.

2.3.3 Interdisciplinariteit in de praktijk

Hoewel Hayek stelde dat interdisciplinariteit een vereiste is voor de mens- en maatschappijwetenschappen,⁶⁵ blijft de mate waarin het wordt toegepast toch betrekkelijk gering. Illustratief is dat van de elf onderzoeksprojecten die worden gefinancierd door *the Hague institute for the internationalization of Law* (HiiL), een instituut dat als één van de doelstellingen had om de rechtswetenschap en de mens- en maatschappijwetenschappen dichter bij elkaar te brengen,⁶⁶ er vooralsnog maar één⁶⁷ is dat aan deze doelstelling concreet invulling geeft en daarmee als interdisciplinair is aan te merken.

De geringe mate waarin interdisciplinariteit, laat staan transdisciplinariteit, wordt bedreven, is wellicht terug te voeren op de hindernissen die Guy Berger reeds begin jaren zeventig constateerde.⁶⁸ De interdisciplinaire projecten waaraan hij in het kader van een OECD-brede evaluatie aandacht besteedde, vertoonden een *'disquieting uniformity'* voor wat betreft het gebrek aan faciliteiten; de rigiditeit van institutionele structuren; de inflexibiliteit van de betrokken personen; en het verzet van de disciplines. Zijn algemene conclusie was dat:

‘interdisciplinary activities turn out to be fringe efforts when ever they fit into a system which otherwise remains traditional [...] Interdisciplinarity is a luxury or a whim which the university is glad to support and even encourage, but the system is not giving in or letting it take over’.⁶⁹

Een deel van deze problemen werd door Berger niet in verband gebracht met interdisciplinariteit als zodanig, omdat hij veronderstelde dat de genoemde problemen bij elk onderzoek- of onderwijsproject optraden. Tegelijkertijd echter meende hij dat ‘behind these difficulties, frustrations and the illusions referred to here and there, the leading problem is perhaps interdisciplinarity itself, the uniformity of the concept, its real meaning’.⁷⁰ Of liever gezegd het gebrek daaraan: Berger concludeerde namelijk dat ‘the resistance offered by many research workers and by most professors thinly masks the ambiguity of interdisciplinarity itself’.⁷¹

De pogingen om interdisciplinair onderzoek programmamatisch van bovenaf te realiseren en de universiteiten rigoureuus om te vormen, werden in de jaren tachtig van de vorige

⁶⁵ Hayek 1956, p. 464.

⁶⁶ <www.hiil.org/uploads/File/Research%20Programme%20DEF.pdf> [1 juli 2011].

⁶⁷ <www.hiil.org/research/main-themes/rule-of-law/research-project-measuring-access-to-justice-in-a-globalising-world/> [1 juli 2011].

⁶⁸ G. Berger, ‘Opinions and facts’, in: Apostel, Berger en Michaud 1972, p. 21-74.

⁶⁹ Ibid., p. 70.

⁷⁰ Ibid., p. 69.

⁷¹ Ibid., p. 70.

eeuw opgegeven.⁷² Interdisciplinair onderzoek vindt nog steeds betrekkelijk weinig plaats.⁷³ Tekenend hiervoor is dat ‘de programmering van onderzoek’ als begrip tegenwoordig vooral wordt gehanteerd in de context van beleidsonderzoek, de interdisciplinaire eend in de monodisciplinaire universitaire bijt. Dit is wellicht minder opmerkelijk wanneer wordt beseft dat het beleidsonderzoek een van de weinige terreinen is waarop interdisciplinariteit successen kon vieren.⁷⁴ De programmering van onderzoek en transdisciplinariteit werden zo met deze successen geassocieerd. Een deel van de verklaring voor het succes is dat beleidsproblemen die een interdisciplinaire aanpak vergen niet door de wetenschap zelf worden geagendeerd, maar door de samenleving. De onderzoeksopdracht komt naar de wetenschap langs de institutionele weg, dat wil zeggen: van buitenaf,⁷⁵ met de bijbehorende financiering, waardoor gevestigde weerstanden sneller zouden kunnen worden geslecht.

De betekenis van ‘de programmering van onderzoek’ is bijgevolg veranderd: het wordt niet meer in verband gebracht met de algehele transformatie van de universitaire onderwijs- en onderzoekspraktijk. Het betekent tegenwoordig niet veel meer dan dat beoogd wordt onderzoeksprojecten beter op elkaar en op de informatiebehoeften van de beleidsinstantie aan te laten sluiten, waardoor zowel kennisgroei en doelmatigheid als de benutting van de resultaten worden bevorderd.⁷⁶

Het begrip transdisciplinariteit heeft een soortgelijke transformatie ondergaan. De dromen van de *unity of science* lijken voorbij.⁷⁷ Een recente studie omschrijft transdisciplinair onderzoek als de vorm van onderzoek waarbij: ‘academische onderzoekers [...] een vraagstelling [benaderen] in nauwe samenwerking met stakeholders van buiten de universiteit die bij het vraagstuk zijn betrokken’.⁷⁸ In feite is het begrip transdisciplinariteit daarmee vrijwel gereduceerd tot een synoniem voor beleidsonderzoek, het soort van onderzoek waarbij de vraagstelling van de ‘stakeholders’ per definitie het uitgangspunt

72 P.D. Hutcheon, *An Interdisciplinary Approach to Social Science Research* (keynote), British Columbia 1997.

73 A. Bruce, C. Lyall, J. Tait en R. Williams, ‘Interdisciplinary integration in Europe: the case of the Fifth Framework programme’, *Futures* 2004, vol. 36, p. 457-470.

74 Kötter en Balsiger 1999.

75 Ibid.

76 E. Kruizinga, R. Herweijer, P. van Hoesel e.a., *Programmamanagement. Inzichten uit de praktijk*, Z.p.: DTPM 2006, p. 10.

77 Zie voor een uitzondering L.A. Marquez Tamayo, *Transdiscipline: In the search for new forms of theatrical expression*, Saarbrücken: Vdm Verlag Dr. Muller Aktiengesellschaft & Co. Kg. 2008. Transdisciplinariteit verwijst in dit werk niet alleen naar verschillende wetenschappelijke disciplines, maar bijvoorbeeld ook naar de ‘mixture of video, dance and feminist exploration of gender roles’. Maar het is ook, in de woorden van Maris Bustamente, ‘to reverse the idea of separating the rational from the affective, art from science. In order to do this, we must get to know performance to realize that it is much more magical and interesting!’

78 Y. de Boer, A. de Gier, M. Verschuur en B. de Wit, *Bruggen bouwen. Onderzoekers over hun ervaringen met interdisciplinair onderzoek in Nederland*, Z.p.: RMNO, KNAW, NWO, COS 2006, p. 16.

vormt.⁷⁹ Internationaal is dezelfde ontwikkeling waarneembaar. Binnen de zich ontwikkelende *philosophy of interdisciplinarity*⁸⁰ wordt het begrip ‘transdisciplinair’ tegenwoordig meestal gebruikt voor een bepaalde categorie problemen, namelijk de *real world*-problemen die onderscheiden dienen te worden van de academische problemen.⁸¹

2.4 DE MARKT VOOR CIVILOLOGIE

Zoals gezegd werd een deel van de basis onder het *van bovenaf* streven naar interdisciplinariteit gevormd door de vraagstukken waarmee de moderne verzorgingsstaten worstelen. Deze vraag naar interdisciplinaire kennisproducten werd door de teloorgang van dit streven *van bovenaf* niet geraakt. Sterker nog: de behoefte aan kennis over de vraag hoe de overheid recht – waaronder ook civiel recht – als beleidsinstrument zou kunnen aanwenden om bij te dragen aan de productie van gewenste maatschappelijke uitkomsten, is sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw alleen maar toegenomen. Tegelijkertijd maakte het staken van de pogingen om interdisciplinariteit van bovenaf op te leggen, in combinatie met de grotere afhankelijkheid van de wetenschap van derde geldstroomonderzoek, het mogelijk dat zich een markt voor interdisciplinair beleidsonderzoek ontwikkelde.

De markt voor interdisciplinair (beleids)onderzoek die zich in plaats hiervan kon ontwikkelen, kreeg in 2004 een flinke impuls. In dat jaar meende het kabinet-Balkenende II dat fundamentele vragen over de taakverdeling tussen overheid en samenleving op de agenda moesten komen. De achtergrond van deze beslissing was de onvrede over de bestaande regeldruk. In de voorgaande decennia was gepoogd deze regeldruk te bestrijden door het aantal bestaande regels te verminderen. Het kabinet-Lubbers I startte de eerste dereguleringsronde, niet lang daarna gevolgd door de eerste privatisering- en verzelfstandigingsronde, waaraan ook in de MDW-operatie (marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit) tussen 1994 en 2002 aandacht werd besteed. Gepleit werd voor het drastisch verminderen van het aantal regels, wetten en ‘beleiden’.⁸² Later, rond de jaren negentig, groeide het besef dat zelfregulering een alternatief kon zijn voor wet- en regelgeving. De ruimte die men van overheidswege beoogde te geven aan maatschappelijke actoren (bedrijven, instellingen, lagere overheden, particulieren) moest ertoe leiden dat zij zelf onderling hun afspraken zouden maken, met behulp van contracten, convenanten en

79 P. van Hoesel, ‘Onderzoeksmethoden voor beleidsvraagstukken’, in: M. Boekennoogen, P. van Hoesel, Y. Prince en C. Verheijen (red.), *Methoden van beleidsonderzoekers: creatief en oplossingsgericht*, Den Haag: Boom 2009, p. 11-19.

80 J.C. Schmidt, ‘Towards a philosophy of interdisciplinarity. An attempt to provide a classification and clarification’, *Poiesis Prax*, 2008-5, p. 53-69.

81 Zie ook <www.transdisciplinarity.ch/e/Transdisciplinarity/> [1 juli 2011].

82 R.A.J. van Gestel en M.L.M. Hertogh, *Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie*, Den Haag: WODC 2006; A.M. Bokhorst en F.J. van Ommeren, ‘Regeldruk ontrafeld’, *NJB* 2007, p. 672-681.

waarborgsystemen (certificering). Geschillencommissies en aansprakelijkheidsstelling moesten in dit verband soelaas bieden in geval van eventuele onenigheid.

Weer een fase later, begin 21^e eeuw, kwam het door oud-minister van Justitie Donner geoomerkte begrip 'bruikbare rechtsorde' op de agenda. De filosofie daarachter leek te zijn de burger meer in staat te stellen zelf keuzes te maken, ook bij geschillenbeslechting, om langs deze weg te voorkomen dat de rechtsstaat zou worden overvraagd. Ruimteschepende wetgeving, het beter gebruikmaken van bestaande wetgeving en het denken aan andere ordeningsmechanismen dan alleen wet- en regelgeving (zoals netwerken en sturen op sociaal kapitaal) waren de kernwoorden.⁸³ Ook het kabinet-Balkenende IV gaf in de regeringsverklaring uit begin 2007 aan te streven naar minder bestuurlijke drukte, iets wat tot uitdrukking moest komen in minder regels, minder lastendruk, minder ambtenaren en minder organisaties.

De oogst van al deze strevingen was gerekend vanaf het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw echter negatief: op 29 april 2011 waren er in Nederland op rijksniveau 1.851 wetten van kracht.⁸⁴ Vergeleken met 1 januari 2007 betekende dit een verdere toename met 66 wetten. Sinds 1980 is het aantal wetten in totaal met 751 toegenomen.⁸⁵

Zoals de regeringen vóór haar beoogt het kabinet-Rutte hierin verandering te brengen. Rutte sluit in dit verband aan bij Balkenende II: de relatie tussen burger en overheid, en die tussen bestuursorganen onderling, verdient een heroriëntatie. Maar Rutte beoogt wel veel verder te gaan. Het streven is 'een krachtige, kleine en dienstverlenende overheid [te vormen] met minder belastinggeld, minder ambtenaren, minder regels en minder bestuurders.'⁸⁶ Wanneer de vele maatregelen die dit beogen te effectueren ook daadwerkelijk zullen worden uitgevoerd, mag worden verwacht dat veel ruimte die voorheen van overheidswege werd gereguleerd 'vrij' zal komen te vallen. Dit betekent dat burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties zelf meer verantwoordelijkheid zullen moeten gaan dragen. Het betekent ook dat zaken die eerst onder het bestuursrecht vielen, omdat het ging om relaties van de overheid met ingezetenen, nu onder het civiele recht zullen vallen omdat het zal gaan om relaties van maatschappelijke actoren onderling. Dit geldt in het bijzonder het aansprakelijkheidsrecht, waarvan de reikwijdte niet alleen door uitspraken

83 M.T. Croes, *Naar een 'bruikbare rechtsorde'. Bijdragen uit de sociale wetenschap*. Den Haag: WODC 2007.

84 <www.wetten.nl>.

85 F.L. Leeuw, *Gedragsmechanismen achter overheidsinterventies en rechtsregels* (oratie Maastricht), 2008.

86 *Vrijheid en verantwoordelijkheid. Concept Regeerakkoord VVD-CDA* (30-9-2010), p. 5.

van de Hoge Raad,⁸⁷ maar ook door maatschappelijke ontwikkelingen, waaronder het terugtreden van de overheid,⁸⁸ reeds flink is toegenomen.⁸⁹

Dit betekent overigens niet dat de overheid achterover zal kunnen leunen. Artikel 1 van het Burgerlijk Wetboek luidt immers:

‘1. Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten.

2. Persoonlijke dienstbaarheden, van welke aard of onder welke benaming ook, worden niet geduld.’

Het mogelijk maken, respectievelijk bevorderen dat allen die zich in Nederland bevinden daadwerkelijk de burgerlijke rechten (kunnen) genieten, blijft een punt van zorg voor de overheid.⁹⁰ In het kader van de ruimte die er de afgelopen jaren aan zelfregulering werd gegeven,⁹¹ werd daarom gewerkt met bepaalde randvoorwaarden, zoals kwaliteitsvereisten en open normen. De gang naar de rechter bleef aangeboden worden. Aangenomen mag worden dat dit in de toekomst niet zoveel anders zal zijn en dat de overheid dergelijke randvoorwaarden zal blijven stellen, opdat het genieten van de burgerlijke rechten gewaarborgd blijft. Dit betekent op zijn beurt dat er meer aandacht zal komen voor het intelligent vormgeven van het *level playing field* waarop de maatschappelijke actoren zich bevinden na de terugtreding door de overheid. Hiervoor is veel nieuwe kennis nodig, kennis over het gedrag van rechtssubjecten en kennis van de regelgeving. Er lijkt daarom een groeiende markt voor civilologisch onderzoek te bestaan.

2.5 OUDE WIJN IN NIEUWE ZAKKEN? OF GROEI VAN KENNIS?

De la Grasseries oproep tot meer onderzoek naar de sociologie van het civiele recht wordt, zij het in maar beperkte mate door sociologen, een eeuw later beantwoord. Dit is mede het gevolg van het mislukken van de introductie van de geleide inter- (en trans)disciplinaire kennisproductie en het mede als gevolg daarvan ontstaan van een markt voor civilologische

87 T. Hartlief, ‘Voorwaarts met het aansprakelijkheidsrecht’, *NJB* 2006, p. 2521.

88 Barendrecht spreekt van ‘vermarkting’. J.M. Barendrecht, De toekomst van het aansprakelijkheidsrecht in drievoud. De doorwerking van voorspelde maatschappelijke ontwikkelingen, de cyclus van kwaliteits- en veiligheidsverwachtingen en de kwaliteit van het aansprakelijkheidsrecht zelf, in: E. Bauw c.s., *Privaatrecht in de 21e eeuw*, Deventer: Kluwer 1999, p. 57-91.

89 R. Schwitters, ‘Wat zijn de maatschappelijke gevolgen van een instrumenteel aansprakelijkheidsrecht?’, in M. Hertogh en H. Weyers (red.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 317-337.

90 Vgl. de artikelen 19-23 van de Grondwet.

91 O.a. B. Dorbeck-Jung, M.J. Oude Vrielink-van Heffen en G.H. Reusing, *Open normen en regeldruk: een onderzoek naar de kosten en oorzaken van irritaties bij open normen in de kwaliteitszorg*, Enschede: Universiteit Twente 2005.

kennisproducten. Deze markt heeft de civilologie in het verleden een flinke impuls gegeven en belooft dat in de toekomst ook (meer) te zullen doen.

Vergeleken met het begin van de twintigste eeuw is de doelstelling van de civilologie tegenwoordig minder ambitieus. Het gaat er niet meer om 'de' wetten achter het onderlinge gedrag van burgers bloot te leggen en de kennis daarover toe te passen bij het vormgeven en toepassen van civiel recht. In plaats daarvan wordt getracht de binnen het civiel recht bestaande achterliggende assumpties over menselijke gedragspatronen te expliciteren, de effecten van deze regels op het gedrag van mensen duidelijk te maken en eraan bij te dragen dat regels en arrangementen effectief en efficiënt zijn met het oog op het doel dat zij geacht worden te dienen.

Deze omschrijving van de ambitie van de civilologie roept onvermijdelijk de vraag op of 'civilologie' meer is dan een nieuw label voor oud onderzoek, want het soort onderzoek dat onder de voornoemde omschrijving valt, werd en wordt reeds geruime tijd gedaan. Als deelspecialisme dat systematisch de groei van kennis van de wisselwerking tussen menselijk gedrag en het civiele recht wil bevorderen, is de civilologie echter een nieuwkomer. Zonder aanleiding voor of voedsel aan discussies te willen geven over wat wel en wat niet tot dit nieuwe deelspecialisme behoort of hoe de 'toegang' ertoe is te reguleren, respectievelijk is te beperken door degenen die reeds toegetreden zijn, en ook in reactie op de eerder aangehaalde wetenschappers die meenden dat civilologie onmogelijk is,⁹² richten we ons in het vervolg op de vraag hoe de groei van kennis binnen dit vakgebied gestimuleerd kan worden.

Wie de vraag naar groei van kennis in de maatschappijwetenschappen stelt, komt vroeg of laat uit bij het proefschrift⁹³ van Ultee en ook zijn latere werk⁹⁴ op dit gebied. Daarin is de groei, respectievelijk stagnatie van kennis in de sociologie over een langere periode onderzocht. In lijn met het werk van Popper, Lakatos en andere kritisch rationalisten analyseerde hij voor belangrijke sociologische stromingen de mate waarin er sprake was van groei of stagnatie van kennis. Hij deed dat aan de hand van verschillende criteria. We gaan hieronder op de belangrijkste in.

De eerste twee criteria hebben betrekking op probleemstellingen en het gebruik van theorieën. We formuleren deze criteria als wetmatigheden. De eerste wetmatigheid luidt: hoe preciezer onafhankelijke en afhankelijke variabelen in een probleemstelling geformuleerd zijn, hoe meer probleemstellingen die tijd- en plaatsgebonden zijn onder overkoepelende vragen gerangschikt kunnen worden en hoe vollediger de achtergrondkennis is

92 Genn, Partington en Wheeler 2006, p. 34.

93 W.C. Ultee, *Groei van kennis en stagnatie in de sociologie – een aantal regels van de methode en een kritische doorlichting van enkele sociologische tradities*, Groningen: VUB 1977.

94 W.C. Ultee, 'Frisse drank uit oude zakken: hoe in de sociologie nieuwe vragen te stellen en tegelijk klassieke vragen verder te brengen', in *Mens en Maatschappij*, 2005-80: p. 101-118; W.C. Ultee, 'Problem selection in the social sciences: methodology', in N.J. Smelser en P.B. Baltes (red.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Amsterdam: Elsevier 2001-18: p. 12110-12117.

waartegen ze zijn gesteld, des te meer dragen zij bij aan groei van kennis. De tweede wetmatigheid luidt: hoe meer algemene en eerder getoetste (gedrags)theorieën bij onderzoek naar specifieke (dat wil zeggen: plaats- en tijdgebonden) problemen worden gebruikt, des te groter is de bijdrage aan de kennisgroei.

Voor de toekomst van de civilologie zijn deze uitgangspunten belangrijk. Wie zich op gedragspresumpties richt,⁹⁵ heeft het in wezen ook over gedragstheorieën. Wie spreekt over de rol en invloed van beleid op het civiel recht, krijgt te maken met beleidstheorieën; het geheel van argumentaties en kennis die beleidsvoerders aan het (voorgestelde) beleid ten grondslag leggen.⁹⁶ Methoden om beleidstheorieën en assumpties op te sporen zijn beschikbaar.⁹⁷ Wie, zoals Eshuis,⁹⁸ geïnteresseerd is in de vraag hoe het tegenwoordig staat met de naleving van civielrechtelijke vonnissen en schikkingen, dient tot een precieze probleemstelling te komen. Dat deed Eshuis door een vergelijking te maken met onderzoek uit 1992. Daardoor werd zijn probleemstelling informatiever: is het zo dat de mate van naleving van uitspraken en afspraken uit 1992 in 2009 groter, gelijk of lager is en hoe is dat te verklaren? Door vervolgens de zaaksmix die destijds werd gebruikt na te bootsen in zijn nieuwe onderzoek, maakte Eshuis de vergelijking systematisch.

Een ander voorbeeld is de studie van Faure en Van Boom over verzekeringsgedrag.⁹⁹ Zij werkten aan wat Ultee een tegenspraakprobleem noemt. Tegenspraakproblemen ontstaan wanneer een hypothese wordt geconfronteerd met een weerlegging. In deze studie gaat het om de gevolgen van de Northridge aardbeving in California in 1994, die meer dan 15 miljard dollar in verzekerde schade veroorzaakte. Na de aardbeving verzekerde een groot aantal burgers zich tegen de schade als gevolg van aardbevingen. Nauwelijks een maand na de beving werd echter een groot deel van deze polissen weer beëindigd en acht jaar later was de verzekeringsgraad tot vijftien procent gedaald. Het tegenspraakprobleem is de vraag hoe het komt dat de klassieke welvaartstheorie, die zegt dat over de risico's goed voorgelichte individuen een vraag naar verzekeringen zullen hebben omdat dat hun verwacht nut (welvaart) vergroot, aanvankelijk wel (het aangaan van de verzekering) maar later niet meer spoort met het vertoonde gedrag (de opzegging van de verzekering). De verklaring hiervoor ligt in de omgang van mensen met kansen ('er is net een aardbeving geweest, er kan er zo weer een komen dus verzekeren is nodig') en hun op het verleden gebaseerde verwachtingen voor de toekomst ('er is al een tijd geen aardbeving geweest, dus aardbevingen gebeuren niet vaak en verzekeren is niet nodig' en 'aardbevingen komen niet vaak voor, er is er recent al een geweest dus de volgende zal weer geruime tijd op zich

95 Zoals Van Boom, Giessen en Verheij 2008.

96 *Justitiële Verkenningen*, 2004-5.

97 F.L. Leeuw, 'Reconstructing program theories: methods available and problems to be solved', *American Journal of Evaluation*, 2003-1: p. 5-20.

98 R.J.J. Eshuis, *De daad bij het woord*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak/WODC 2009.

99 M.G. Faure en W.H. van Boom, 'Hoe houdbaar zijn gedragsveronderstellingen in verzekeringsrecht en -economie?', in Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 305-340.

laten wachten en verzekeren is dus niet nodig') waarvoor binnen de klassieke welvaartstheorie onvoldoende aandacht bestaat. Door naar dit soort gedragstendenties en cognities onderzoek te doen wordt niet alleen het inzicht daarin vergroot, maar omdat het om een tegenspraakprobleem gaat, is er ook een forse bijdrage aan het algemene kennisfonds.

Met alleen criteria voor probleemstellingen en theorieën komen we er echter niet. De methodologische 'gepastheid' van onderzoeksdiseins (experiment, quasi-experiment, case studies enz.) vis à vis de probleemstelling is als derde criterium ook belangrijk. Om een vraag naar effecten van bepaalde interventies te onderzoeken passen bepaalde onderzoeksdesigns wel en andere niet (of veel minder goed). Onderzoeksdesigns die de attributievraag ('veroorzaken de interventies de gemeten verschillen op de afhankelijke variabele?') niet aankunnen (bijvoorbeeld *surveys* met één meetmoment of met voor- en nametingen maar zonder controlegroep), zullen niet snel tot robuuste uitspraken leiden.¹⁰⁰ Met het oog op kennisgroei in de civilologie is het werken met passende onderzoeksdesigns van wezenlijk belang.

Ten slotte is als vierde criterium te noemen het expliciet maken dat we op de schouders van anderen staan. Dit kan door met systematische *reviews* en syntheses studies te werken.¹⁰¹ Daarin wordt op grond van expliciete in- en uitsluitingscriteria, waaronder methodologische, nauwgezet verhaald wat de stand in een bepaalde tak van onderzoek is en waar op wordt voortgebouwd. Deze studies kunnen vervolgens weer bij het onderzoek worden gebruikt.

Eén van de problemen bij het gebruik van dergelijke *reviews* is het vertalen van de plaats- en tijdgebonden probleemstellingen in meer generieke termen. Een systematische *review* van onderzoek naar, bijvoorbeeld, de negatieve effecten van 'koude uitsluiting' op de duurzaamheid van huwelijksrelaties, het welzijn van de partners en de maatschappelijke overlevingskansen na echtscheiding, zal niet gemakkelijk worden gevonden. Als de (gedrags)mechanismen die hierbij een rol spelen zijn geïdentificeerd (denk bijvoorbeeld aan motieven van partnerselectie, billijkheid, procedurele rechtvaardigheid en ostracisme), dan kan gebruik worden gemaakt van overzichts studies naar deze mechanismen. De kennis daaruit kan vervolgens worden toegepast in het empirische onderzoek. Een voorbeeld is te vinden in de *review* van Pawson¹⁰² naar effecten en verklaringen van *naming and shaming*-interventies. De Amerikaanse civilist Farnsworth¹⁰³ werkt deels op soortgelijke

100 Vgl. de *Campbell Collaboration* en de *Maryland Scientific Methods Scale*, vgl. ook F.L. Leeuw, 'Trends and Developments in Program Evaluation in General and Criminal Justice Programs in Particular', *European Journal on Criminal Policy and Research* 2005-11, p. 18-35.

101 Vgl. de *Campbell Society*; zie ook H.F. Hansen en O. Rieper, 'Institutionalization of second-order evidence-producing organizations', in O. Rieper, F. Leeuw en T. Ling (red.), *The Evidence book. Concepts, generation, and use of evidence*, New Brunswick & London: Transaction Publishers 2010, p. 27-53.

102 R. Pawson, 'Evidence and Policy and Naming and Shaming', *Policy Studies* 2002-3, p. 211-230.

103 W. Farnsworth, *The Legal Analyst: A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago: University of Chicago Press 2007.

wijze door de mechanismen achter *legal arrangements* op te sporen en na te gaan wat in de gedrags- en maatschappijwetenschappen daarover bekend is.

Naar ons oordeel zal civilologisch onderzoek dat met inachtneming van de vier genoemde criteria wordt vormgegeven en uitgevoerd, kunnen bijdragen aan de systematische groei van kennis binnen en daarmee de ontwikkeling van het nieuwe vakgebied.

3 DE CIVILIST EN DE CIVILOLOGIE. HOE VERGAAT HET DE CIVILIST BIJ HET BEOEFENEN VAN DEZE NIEUWE(?)^{*} TAK VAN SPORT?

T. Hartlief^{**}

SAMENVATTING

De civilologie kan de civilist zicht geven op hoe het privaatrecht werkt en op hoe het beter kan. Hij zou daarom moeten openstaan voor de civilologie. Waar stuit men bij beoefening van deze nieuwe tak van sport op? In deze bijdrage, die de civilologie positief tegemoet treedt, worden weinig antwoorden gegeven, maar wel veel vragen gesteld; vragen waarmee niet alleen onderzoekers, maar ook rechters en (andere) beleidsmakers die eenzelfde positieve houding zouden willen aannemen, zich geconfronteerd (zullen) zien.

3.1 DRIE HOOGTEPUNTEN VAN CIVIEL RECHT

Het jongetje, Martin Smit, drie jaar oud, speelde op het bewuste moment met een aantal andere kinderen op en bij een zandhoop. Op een afstand van circa tien meter stond een laadschop van een aannemingsbedrijf dat bezig was de weg te voorzien van een klinkerbestrating. Rond het middaguur zette Kiewiet, de bestuurder van de laadschop, het voertuig in voorwaartse richting in beweging om een partij klinkers te vervoeren. Kort daarna reed Kiewiet weer achteruit. Daarbij raakte hij Martin, die zich in de tussentijd naar de laadschop had begeven. Het jongetje raakte daarbij ernstig gewond. Kiewits werkgever is vervolgens aangesproken tot vergoeding van de schade. Centraal stond daarbij de vraag of Kiewit onrechtmatig heeft gehandeld door onder de gestelde omstandigheden de bewuste manoeuvres te maken. Het hof meende van niet nu:

* Zie in dit verband de bijdrage van M. Croes en F. Leeuw aan deze bundel waarin de wortels van de civilologie worden blootgelegd.

** Ton Hartlief is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht. Deze bijdrage is een bewerking van een voordracht gehouden bij de gelegenheid van het 1e Civilologiecongres, gehouden te Rotterdam op 24 juni 2011. Met dank aan de redactie voor waardevol commentaar op een eerdere versie.

‘... immers vaststaat, dat Kiewiet, toen hij op het punt stond om de laadschop weer in de achterwaartse beweging te brengen waarbij Martin door de laadschop is getroffen, Martin niet heeft kunnen waarnemen; dat alles er op wijst, dat Martin van het moment af dat hij de laadschop is achterna gelopen, voor Kiewiet onzichtbaar was en is gebleven tot en met het moment van het ongeval; dat Kiewiet geen reden had om er op bedacht te zijn en er ook niet op verdacht behoefde te zijn dat van het groepje kinderen dat zich spelende bij een zandhoop zich op plusminus 10 m. van de aanvankelijk stilstaande laadschop bevond en zich een zou afscheiden en, terwijl de laadschop zich van dat groepje verder verwijderde, onzichtbaar voor hem — immers: achter zijn rug — de laadschop achterna zou gaan en vlak daarachter met dat voertuig mee zou lopen; dat het eerder te verwachten was dat een kleuter van de leeftijd van Martin op eerbiedige afstand zou blijven van een imponerend voertuig als een laadschop en zich niet in de nabijheid daarvan zou begeven;’

Dit oordeel kreeg echter niet de goedkeuring van de Hoge Raad die oordeelde dat de zorgvuldigheid die men van een bestuurder van een laadschop met onvoldoende waarschuwingsmogelijkheden, mag verlangen, meebrengt dat deze niet achteruit mag rijden zonder maatregelen te nemen – bijvoorbeeld het te hulp roepen van een collega – om te voorkomen dat zich een ongeval, zoals zich dat heeft voorgedaan, voordoet:¹

‘...Deze bestuurder dient immers rekening te houden met factoren als de onberekenbaarheid van jonge kinderen en de attractie die een voertuig als het onderhavige voor een kind kan hebben, al welke factoren mede tot het oordeel voeren dat een gang van zaken als zich hier heeft voorgedaan, niet ligt buiten de kring van gebeurtenissen waarop de bestuurder van een laadschop als de onderhavige bedacht hoort te zijn. Door dit te miskennen is het Hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting...’

Wat is wijsheid: vertrouwen op de angst bij kinderen voor gevaren of rekening houden met hun onberekenbaarheid en onvermogen gevaren te zien en de eventuele aantrekkingskracht die een laadschop op een kind kan uitoefenen? Wie is een betere kinderpsycholoog: hof of Hoge Raad?

Ze had zich bij Eurosportief 2000 opgegeven voor een beginnerscursus skeeleren. Josefien kreeg knie-, pols- en elleboogbeschermers uitgereikt door de instructeur. Degenen die daaraan behoefte hadden, konden ook een valhelm krijgen. Zij ging hier niet op in. Tijdens de derde les sloeg het noodlot toe: Josefien kwam ten val, waarbij ze eerst op haar

¹ HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 (CJHB).

zitvlak terechtkwam en vervolgens achteroversloeg. Ze raakte even buiten bewustzijn, kwam snel weer bij, werd op de been geholpen en op een bankje neergezet, maar zakte enkele minuten later in elkaar. In het ziekenhuis overleed ze ten gevolge van hoofd- en hersenletsel. De nabestaanden spraken vervolgens de instructeur en de organisatie aan tot vergoeding van schade onder meer bestaande in gederfd levensonderhoud en begrafeniskosten (art. 6:108 BW). Zij maakten de organisatie en de instructeur het verwijt dat deze Josefien geen valhelm hadden laten dragen. Het verweer was dat de deelnemers was verteld dat degenen die daaraan behoefte hadden, een valhelm konden krijgen, maar dat *zij* daarop niet was ingegaan. Eigen verantwoordelijkheid dus. Het hof oordeelde anders: nu het hier om beginners ging die het risico van hoofdletsel moeilijk konden inschatten, de valhelm niet werd getoond en de instructeur er zelf ook geen droeg, kon niet worden volstaan met de vrijblijvende mededeling dat wie behoefte had aan een valhelm deze kon krijgen.² In wezen komt het oordeel, dat uiteindelijk ook in cassatie in stand bleef,³ erop neer dat de organisatie het dragen van een valhelm verplicht had moeten stellen. Bij Eurosportief is dat inmiddels het geval en het zou mij niet verbazen wanneer datzelfde geldt voor andere vergelijkbare organisaties.

In het derde geval gaat het opnieuw om een jonge vrouw die slachtoffer is geworden van een zeer ernstig ongeval: op een moment dat zij in haar tuin in een hangmat lag, brak een gemetselde pilaar waaraan de hangmat was bevestigd vlak boven de grond af en trof haar op haar lichaam. Mieke Verheijen liep hierbij een hoge complete dwarslaesie op. Na het ongeval heeft zij langdurig in het ziekenhuis gelegen en heeft zij aansluitend gedurende tien maanden een revalidatietraject doorlopen. Het slachtoffer is voor de rest van haar leven rolstoelgebonden en volledig afhankelijk van de hulp van derden. Op advies van haar belangenbehartiger heeft Mieke haar pijlen gericht op haar echtgenoot, niet omdat zij hem werkelijk een verwijt maakt, maar omdat hij nu eenmaal medebezitter is van een opstal die niet de veiligheid bood die mocht worden verwacht (art. 6:174 BW). In een uitvoerig toegelicht arrest neemt de Hoge Raad inderdaad aan dat deze risicoaansprakelijkheid in haar bereik niet is beperkt tot derden, slachtoffers buiten de kring van bezitters:⁴ ook medebezitters kunnen elkaar dus op deze grondslag aanspreken. In de overwegingen speelt een rol dat bezitters zich relatief eenvoudig kunnen verzekeren tegen aansprakelijkheid:

‘4.3.5 ...De bezitters van een opstal plegen zich te verzekeren tegen de risico's van de in art. 6:174 bedoelde aansprakelijkheid. Deze relatief eenvoudige verzekeringsmogelijkheid was ook voor de wetgever een niet onbelangrijk argument ten gunste van de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174. Door B. en Achmea

2 Hof Arnhem 28 oktober 2003, *NJF* 2004, 12.

3 HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 (CJHB).

4 HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465 (T. Hartlief).

is niet concreet gemotiveerd aangevoerd dat in het geval een aanspraak van medebezitters op grond van art. 6:174 wordt aangenomen, daardoor wezenlijk afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid tegen een relatief geringe premie de wettelijke aansprakelijkheid ter zake van schade door gebrekkige opstellen te verzekeren. Evenmin is voldoende aannemelijk geworden dat de vrees voor een onbeheersbare toename van claims als de onderhavige bewaarheid zal worden. ...'

Gedaagden, slachtoffers' echtgenoot en hun aansprakelijkheidsverzekeraar, hebben niet aannemelijk kunnen maken dat de koers van de Hoge Raad tot ongewenste gevolgen in termen van problemen van verzekeraarbaarheid of een stortvloed aan claims zou leiden.

Drie slachtoffers die ieder voor zich een hoofdrol spelen in een onder civilisten bekend arrest van de Hoge Raad en daarmee rechtsgeschiedenis hebben geschreven.

3.2 IS OOK DE CIVILOLOOG ENTHOUSIAST?

Drie hoogtepunten van civiel recht dus. Of ook de civiloloog deze drie arresten zo zal aanduiden, is de vraag. Hij kijkt er immers met andere ogen naar, heeft een andere bril op of, beter gezegd, hij heeft een bredere blik.⁵ Hij bestudeert weliswaar ook het civiele recht maar niet vanuit zuiver juridisch perspectief. Hij doet aan op empirie gebaseerde wetenschap om aldus dicht(er) bij de (maatschappelijke) werkelijkheid te komen. Zou hij genoeg nemen met wat in de genoemde procedures gebeurt? Het antwoord ligt voor de hand: aangenomen mag worden dat hij juist meer zou willen weten.

Zo is de kans groot dat hij meer zou willen weten over het gedrag van jonge kinderen en zou veroordelen dat twee rechterlijke instanties daar zulke uiteenlopende oordelen over geven,⁶ waarbij zij deze enkel lijken te baseren op wat voor hen vanzelfsprekend is. In de Skeeler-zaak zou de civiloloog meer zicht willen hebben op het antwoord op de vraag of een valhelm daadwerkelijk effect zou sorteren: zou een valhelm werkelijk nuttig zijn?⁷ In de Hangmat-zaak, ten slotte, zou hij waarschijnlijk geen genoeg nemen met de uitkomst dat door gedaagden onvoldoende is gesteld over de consequenties van de beslissing van de Hoge Raad. Zouden er werkelijk niet meer gegevens beschikbaar zijn over de verzekeraarbaarheid en over het aantal te verwachten claims dan hetgeen gedaagden daarover naar voren brengen? Kunnen we op hun processtrategie zinvol recht baseren?

⁵ Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 34 e.v.

⁶ Zie bijvoorbeeld Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 23.

⁷ Zie bijvoorbeeld W.H. van Boom en R.W.M. Giard, 'De empirische dimensies van zorgplicht. Kanttekeningen bij het Skeeler-arrest', *NTBR* 2006, p. 360 e.v.

De civiloloog stelt dus hogere eisen dan de civilist. Tegelijkertijd is hij iemand die zijn beperkingen kent: hij zoekt zijn heil bij en de samenwerking met andere wetenschappers. Hij staat open voor multidisciplinair of zoals dat tegenwoordig wel wordt genoemd, multidimensionaal onderzoek. Het streven is dan dat meerdere, liefst zoveel mogelijk, bronnen van argumenten worden gebruikt, dat meerdere, liefst zoveel mogelijk, perspectieven worden belicht.⁸ De civiloloog is op zoek naar empirie om op te bouwen: hij beoogt een op 'evidence' gebaseerd privaatrecht. Uiteindelijk heeft hij een duidelijke agenda: niet alleen wil hij zicht geven op hoe het civiel recht werkt, maar vervolgens ook op hoe het beter kan. Hij schuwt verandering van recht en beleid dan ook niet.

Dit profiel van de civiloloog suggereert dat de 'gewone' jurist, althans de 'gewone' civilist, niet geïnteresseerd zou zijn in empirie, niet zou willen weten hoe het werkt, óf het werkt, hoe het beter kan. Zou hij dan niet geïnteresseerd zijn in de werkelijkheid? Zo gepresenteerd zou dit natuurlijk een retorische vraag moeten zijn.

Intussen is het gemakkelijk te zeggen dat men inderdaad meer wil weten alvorens men tot (beleids)beslissingen komt, maar is dat moeilijker gedaan. Wat stellen wij ons daarbij precies voor?

Neem de Laadschop-zaak. Zou de rechter die in dat geval moet beslissen over de aansprakelijkheid van de bestuurder van de laadschop moeten weten hoe het werkt bij een kind? Het antwoord zal voor velen bevestigend luiden in de gedachte dat het bepalend is voor de vraag waarmee de bestuurder rekening had moeten houden en daarmee voor de vraag of en zo ja welke maatregelen hij had moeten treffen. Het betreft dan in ieder geval een ter zake doend punt. Vervolgens rijst bijvoorbeeld de vraag hoe de rechter zicht krijgt op wat het gedrag van kinderen bepaalt: wordt het oordeel van deskundigen verwacht, moeten partijen relevante informatie hieromtrent aanleveren om vervolgens daarover met elkaar in debat te gaan? En waar nemen we uiteindelijk in de context van een procedure genoeg mee? Zijn dat de jongste inzichten op het terrein van de kindpsychologie of mag het ook een onsje minder zijn?

Vergelijkbare vragen laten zich stellen in de Hangmat-zaak. Zou de rechter werkelijk zicht moeten hebben op de vraag wat de effecten van zijn beslissing voor de verzekeraarheid van de aansprakelijkheid van bezitters van opstallen zullen zijn? Is dat inderdaad relevant voor de vraag naar de reikwijdte van de bescherming van artikel 6:174 BW? En zo ja, verwachten we dan van de partijen in kwestie dat zij informatie hieromtrent aanleveren en vervolgens daarover met elkaar in debat gaan of denken we aan andere informatiebronnen? En waar zou een rechter dan vervolgens genoeg mee (moeten) nemen: enkel met harde cijfers of reeds met inschattingen en prognoses?

In de Skeeler-zaak ten slotte zou de vraag zijn welke effecten, beoogde en wellicht ook ongewenste, het dragen van een helm heeft: hoe vaak komt hoofdletsel na een valpartij

⁸ Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 35.

voor, zou een valhelm dit hebben voorkomen, heeft het dragen van een valhelm gedrags-effecten (gaat men bijvoorbeeld juist weer roekelozer rijden)?⁹ En ook hier is de vraag of al deze punten 'to the point' zijn, op welke wijze en door wie gegevens hieromtrent worden ingebracht en vervolgens ook weer de vraag waarmee in rechte kan worden volstaan. Waarmee zou een rechter genoegzaam mogen nemen?

De civiloloog althans de civilist die civilologisch verantwoord bezig wil zijn, zal met vragen van dit type worden geconfronteerd. Laten we vanuit dat perspectief nog eens terugkeren naar de werkelijkheid: aan het roer staan geen civilologen, maar rechters en uiteindelijk de Hoge Raad. Wat gebeurt er nu feitelijk? De Laadschop-zaak kan als illustratie dienen.

3.3 NOGMAALS DE LAADSCHOP-ZAAK

Uit de overwegingen van de Hoge Raad in deze zaak blijkt weliswaar dat hij van belang acht welk gedrag kinderen zullen vertonen, maar nadere beschouwing leert dat de diverse rechters die betrokken zijn bij deze procedure niet veel meer doen dan daarover enkele apodictisch geformuleerde oordelen geven. Ook de conclusie van advocaat-generaal Ten Kate levert op dit punt weinig op. Ter verdediging van de Hoge Raad kan wel worden gesteld dat zijn beslissing goed aansluit bij eerdere rechtspraak, zoals het arrest inzake Joke Stapper.¹⁰ Bestudering van dat arrest levert vervolgens echter op dat wat de Hoge Raad betreft van algemene bekendheid is¹¹ dat spelende kinderen van de leeftijd van Joke, destijds 4 jaar oud, minder oplettend en nauwgezet zijn en minder acht slaan op hun omgeving dan kinderen van oudere leeftijd. Het verband met de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad wordt in de annotatie van Brunner bij het Laadschop-arrest in ieder geval duidelijk gelegd. Hij wijst daarbij ook op het arrest inzake Eabele Dillema¹² waarin de Hoge Raad ervan uitgaat dat onvoorzichtig verkeersgedrag eigen is aan de leeftijd van het (zeer jonge) kind. Dan volgt Brunners waardering:

‘In het hiervoor afgedrukte arrest (inzake Martin Smit, TH) wijst de HR meer in het algemeen op de onberekenbaarheid van jonge kinderen. Uit een oogpunt van verkeersveiligheid is dat, ongeacht of dergelijke oordelen door kinderpsychologen worden onderschreven, een goed uitgangspunt.’

9 Zie bijvoorbeeld Van Boom en Giard 2006, p. 364.

10 HR 9 december 1966, *NJ* 1967, 69 (GJS).

11 Zie over dit fenomeen van de kennispresumpties Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 24 alsmede W.H. van Boom, M.L. Tuil en I. van der Zalm, ‘Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid?’, *NTBR* 2010, p. 36 e.v.

12 In HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 685 (GJS).

Uit de mond van een civiloloog zou waarschijnlijk iets anders komen: aangenomen mag worden dat die zou menen dat de koers van de rechter juist bij de oordelen van kinderpsychologen zou moeten aansluiten. In een latere annotatie, nu bij een arrest van de Hoge Raad waarin artikel 31 Wegenverkeerswet (de voorloper van het huidige art. 185 WVV) wordt toegepast op een ongeval waarbij een jongetje van acht jaar oud gewond is geraakt,¹³ wijst Brunner erop dat de beslissing van de Hoge Raad dat jonge kinderen, vooral als hun aandacht op iets anders dan het verkeer is gericht, vaak onvoldoende oog hebben voor de gevaren van het gemotoriseerd verkeer niet alleen steun vindt in de ervaringen van de meeste ouders, maar ook in wetenschappelijk onderzoek in verschillende landen.¹⁴ Hier toont de annotator een zekere civilologische belangstelling, al zou een civiloloog het waarschijnlijk weer enigszins anders hebben verwoord. Hij zou hebben benadrukt dat de koers van de Hoge Raad steun vindt in wetenschappelijk onderzoek waarvan de resultaten, maar dat is voor hem dan ook een kwestie van logica, sporen met de ervaringen van ouders. Een interessant resultaat van het door Brunner aangehaalde onderzoek is dat kinderen die al wat ouder zijn, zeg maar in de leeftijd van tien tot veertien jaar, weliswaar vaker uitkijken voordat zij de weg oversteken dan jongere kinderen, maar vervolgens naderende auto's vaak niet opmerken of de verkeerssituatie verkeerd beoordelen. Brunner verbindt daaraan ook consequenties voor het recht:

‘De les is, dat defensief rijden door automobilisten geboden is, ook als zij kinderen op of bij de rijweg zien die de lagere school-leeftijd hebben. De juridische vertaling daarvan is, dat overmacht bij aanrijdingen met kinderen die konden worden opgemerkt, zelden aannemelijk is. Dat is een noodzakelijk gevolg van de algemene zorgvuldigheidsnorm als het gaat om gevaren waaraan kinderen zijn blootgesteld.’

Uiteindelijk leert nadere bestudering van de Laadschop-zaak wat mij betreft dat het inderdaad gemakkelijker is gezegd dan gedaan. Voor rechters zal al snel gelden dat zij het moeten doen met het door partijen beschikbaar gemaakte materiaal. Anders zullen zij hun heil moeten zoeken in apodictische oordelen, waarbij zij gebruik maken van de ruimte om zaken ‘algemeen bekend’ te verklaren.

13 HR 23 mei 1986, NJ 1987, 482.

14 In dat verband verwijst hij (overigens via de pleitnota van de cassatieadvocaat van eiser) naar onder meer H.H. van der Molen en R.S.A.M. Tutert, *De omstandigheden waaronder verkeersongevallen met kinderen plaatsvinden*, uitgave Verkeerskundig Studiecentrum, RU Groningen, 1980 en A. Chapman, F. Wade en H. Foot, *Pedestrian Accidents*, Chichester 1982.

3.4 RICHT DE CIVILOLOOG ZICH ENKEL OP DE RECHTER?

De focus tot nu toe op rechtspraak en daarmee uiteindelijk op de Hoge Raad is wellicht opvallend maar niet toevallig. Voor een civilist, althans iemand die zich bezig houdt met het vermogensrecht, is het volstrekt normaal de nodige aandacht te besteden aan rechtspraak. Zonder kennis van de rechtspraak ontbeert men al snel het zicht op de juiste stand van het recht. Vanuit civilologisch perspectief is de nadruk op de rechtspraak en op rechters minder vanzelfsprekend. De civiloloog zal zelf in eerste instantie waarschijnlijk niet aan de rechter denken wanneer hij zou moeten expliciteren wie(ns werk) hij in het vizier heeft.

Wellicht dat hij zelf eerder aan de relevantie van zijn vak voor rechtswetenschappers zou denken. Neem een jong onderzoeker, belast met dissertatieonderzoek naar het fenomeen van de *punitive damages*: zou hij of zij geïnteresseerd moeten zijn in de resultaten van psychologisch onderzoek naar de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht? Of, nog wat concreter, in onderzoek naar de gedragseffecten van verhoging van schadevergoedingen? Het antwoord van de civiloloog laat zich raden. En inmiddels is de sfeer in onderzoeksland ook veranderd: het is de vraag of deze promovendus het zich anno 2011 wel kan veroorloven om zich in zijn onderzoek tot een 'zuiver' juridisch perspectief te beperken en de psychologie dus links te laten liggen.

Op een vergelijkbare manier kan de relevantie van de civilologie voor de politiek aan de orde worden gesteld. Zou de Tweede Kamer bijvoorbeeld, staande voor de vraag of naasten recht moeten hebben op vergoeding van affectieschade, geïnteresseerd zijn in onderzoek naar de behoeften van naasten? Ontkennende beantwoording zou de wenkbrauwen doen fronsen: is een politieke beslissing op dit punt denkbaar zonder onderzoek naar de behoeften van naasten in te stellen?

Voor de civiloloog is het uiteindelijk heel simpel: het is een kwestie van beleid en ambitie. Wanneer je via rechtspraak, onderzoek of politiek beleid wil voeren, moet je het wel goed doen. Dat betekent inderdaad denken in een eenvoudig schema.¹⁵ Uiteraard moet je eerst formuleren wat je wilt bereiken: wat zijn je doelstellingen (recht doen aan de behoeften van getroffenen bijvoorbeeld)? Vervolgens moet je gaan bepalen hoe je dat denkt te gaan realiseren, wat zijn de middelen, welke instrumenten ga je benutten (recht op schadevergoeding, verklaring voor recht, recht op excuses)? En, ten slotte, zal op enig moment de balans moeten worden opgemaakt: ben je in je missie geslaagd? Deze evaluatie geeft vervolgens de gelegenheid voor bijstelling en desnoods grondige herziening van het beleid.

¹⁵ Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 40 e.v.

3.5 DE OPTIEHANDEL ALS OEFENTERREIN

Formuleren van doelstellingen, kiezen van het instrumentarium en evalueren. Het klinkt inderdaad eenvoudig. Maar nu een toepassing op een typisch speelveld van civilisten: de cassatierechtspraak.

Een zekere Kouwenberg heeft als cliënt van de Rabobank in opties gehandeld. Volgens de regels die gelden voor de optiehandel had hij een zogenoemde margeverplichting: de verplichting om voldoende zekerheid te hebben in verband met de nakoming van de uit de aangegane transacties voortvloeiende verplichtingen. Toen hij op enig moment niet aan deze margeverplichting voldeed en het ongedekte tekort enkele tonnen in guldens bedroeg, is de bank tot liquidatie van uiteindelijk de gehele effectenportefeuille van Kouwenberg overgegaan. Vervolgens spreekt Kouwenberg de bank aan die het – kort gezegd – volgens hem niet zover had mogen laten komen: uiteindelijk verwijt hij de bank dat zij op een moment dat hij al niet meer aan zijn margeverplichting voldeed nog transacties heeft uitgevoerd. Op dat moment had zij dat echter moeten weigeren. Op zich is dit een geval uit vele: veel vaker hebben mislukte avonturen in de optiehandel aanleiding gegeven tot claims van beleggers tegen banken. En Kouwenberg is ook niet de eerste die zich erover beklagt dat de bank de belegger niet strikt aan zijn margeverplichting heeft gehouden. Het heeft de Hoge Raad aanleiding gegeven een bijzondere zorgplicht voor de bank aan te nemen.¹⁶ In de zaak van Kouwenberg zet de Hoge Raad dat nog eens uiteen:¹⁷

‘3.6.3. Zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn ... arrest van 26 juni 1998, waarin het ging om het geval van een particuliere cliënt van een Rabobank die in augustus/september 1987 putopties schreef zonder de vereiste marge te hebben verschaft, is een bank die van haar particuliere cliënten opdrachten tot het uitvoeren van optietransacties ontvangt als professionele en op dit terrein bij uitstek deskundig te achten dienstverlener tot een bijzondere zorgplicht gehouden, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn.’

Het doel is duidelijk: de belegger beschermen niet alleen tegen de zeer grote risico's die aan optietransacties verbonden kunnen zijn, maar ook tegen zichzelf. Deze zorgplicht heeft namelijk, zoals de Hoge Raad dat zegt, tot strekking de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Bescherming van beleggers is dus het doel. Het middel is een aan het ongeschreven recht ontleende, namelijk uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende, zorgplicht van de bank. Over de effectiviteit

¹⁶ Zie HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 (C.J. van Zeben).

¹⁷ HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (C.E. du Perron).

ervan kunnen vele kritische vragen worden gesteld en kan van alles worden gezegd. We beperken ons nu tot één punt: zeker is dat voor de effectiviteit van belang is wat de inhoud van de zorgplicht van de bank is. Wat brengt zij mee? Dat de bank de belegger moet informeren over de consequenties van de door hem voorgenomen transacties uiteraard. Waarschuwen zonder twijfel ook, indringend waarschuwen waar nodig. Maar moet de bank de belegger uiteindelijk ook tegenhouden, althans weigeren de door hem gewenste transacties uit te voeren, omdat hij niet aan zijn dekkingsverplichting voldoet?

In de zaak van Kouwenberg is die vraag aan de orde. De bank had hem erop gewezen dat hij niet aan zijn margeverplichting voldeed, had hem ook gewaarschuwd dat zijn vermogen gevaar liep, maar toen Kouwenberg een dringend beroep deed op de bank om nieuwe opdrachten uit te voeren in de hoop dat voor hem het tij zou keren, ging de bank daar uiteindelijk in mee. Daarna, toen het lot Kouwenberg toch niet goedgezind bleek, werd de bank door hem aansprakelijk gesteld. De rechtbank wees zijn vordering af, omdat het niet rigoureuus toepassen van de margeverplichting in overleg en met wederzijdse instemming was gebeurd en Kouwenberg zich voldoende bewust was van de risico's die de optiehandel meebracht om ook de consequenties van het niet rigoureuus hanteren van de margeverplichting te overzien. Het hof bekrachtigde deze beslissing: op de bank zou niet onder alle omstandigheden een verplichting jegens de cliënt rusten de hand te houden aan de margeverplichting en dan met name niet wanneer de cliënt uitdrukkelijk te kennen geeft die margeverplichting niet in acht te willen nemen in de hoop dat de beurs wel weer zal aantrekken en het verlies beperkt zal blijven. De Hoge Raad oordeelt echter strenger voor de bank:

‘3.6.4 ... In de eerste plaats dwingt de strekking van de op de bank als professionele en op het risicovolle terrein van optietransacties deskundige dienstverlener rustende bijzondere zorgplicht - bescherming van de particuliere cliënt tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht - ertoe aan te nemen dat, anders dan het Hof heeft geoordeeld, een bank in beginsel in strijd met die zorgplicht handelt indien zij haar cliënt volgt in diens uitdrukkelijke wens dat, niettegenstaande [dat?, TH] hij niet voldoet aan de gebruikelijke margeverplichting, uitvoering wordt gegeven aan (een) door hem verstrekte opdracht(en) tot het verkopen (schrijven) van putopties in de hoop dat de beurs wel weer zal aantrekken en zijn verlies beperkt zal blijven.’

Het hof zit daarmee op het verkeerde spoor:

‘Uitgaande van die onjuiste opvatting heeft het Hof geoordeeld dat de bank niet aansprakelijk is voor schade die een cliënt lijdt doordat de gebruikelijke margeverplichting niet steeds is aangehouden indien de bank de cliënt voort-

durend heeft gewezen op de risico's en hem zelfs heeft gewaarschuwd dat zijn gehele vermogen gevaar liep, maar de cliënt (Kouwenberg) moeilijk te overtuigen en vrij eigengereid is. Ook dit oordeel kan derhalve geen stand houden. Indien een bank nalaat opdrachten tot het verkopen (schrijven) van putopties, afkomstig van cliënten die niet aan de gebruikelijke margeverplichting voldoen, te weigeren, dan zijn, ook als het gaat om opdrachten van eigengereide en moeilijk te overtuigen cliënten, waarschuwingen als hiervoor bedoeld niet toereikend om iedere aansprakelijkheid van de bank voor schade die de cliënt lijdt ten gevolge van het niet steeds aanhouden van de gebruikelijke margeverplichting af te wenden.'

Uiteindelijk gaat de zorgplicht dus verder dan enkel informeren, waarschuwen of zelfs herhaald en indringend waarschuwen. Tegenhouden is het devies.

Deze koers van de Hoge Raad die een vergaande bescherming van de belegger tegen zichzelf inhoudt, is niet enkel op enthousiasme gestuit. De bank hoort beter te weten dan de cliënt wat goed voor hem is. In dit verband vallen termen als bevoogding¹⁸ en, een voor rechtseconomen gangbare term, *paternalisme*. De strekking van de kritiek is duidelijk: beleggers die zich begeven in transacties waaraan per definitie risico's verbonden zijn en ook nog zijn gewaarschuwd voor de consequenties van de door hen voorgenomen beslissingen, zouden op de blaren moeten zitten, niet hun verlies op anderen moeten kunnen afwentelen.¹⁹ Eigen verantwoordelijkheid zou hier zwaarder moeten wegen dan zorgplicht. Zit de Hoge Raad dus op het verkeerde spoor? Of valt er nog iets in zijn voordeel te zeggen?

Anders dan in de rechtspraak wordt gesuggereerd, is het bij de optiehandel niet zozeer een kwestie van deskundigheid, maar veel meer van verschillende kansinschatting en risicoperceptie: de bank zou het niet doen, de cliënt wel. Beiden kunnen een eventueel verlies voorkomen: de cliënt door geen opdracht te verstrekken, de bank door deze niet uit te voeren. In het aansprakelijkheidsrecht weegt dit laatste kennelijk zwaarder. Degenen die de nadruk leggen op de eigen verantwoordelijkheid van beleggers menen dat meer dan waarschuwen in principe niet van de bank kan worden verlangd. De koers van de Hoge Raad sluit echter aan bij inzichten uit de psychologie en de *behaviorial economics*. Twee problemen dienen zich namelijk aan: in de eerste plaats hebben we te maken met het fenomeen dat de kansen op succes (winst) systematisch worden overschat, terwijl de kansen op een niet (verlies) systematisch worden onderschat. Bovendien hebben (ook) beleggers

18 Zie C.E. du Perron, 'Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht', in M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 185, die de zorgplicht weliswaar paternalistische trekken toeschrijft, doch daar niet negatief tegenover staat (p. 196-197). In vergelijkbare zin W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger', *NTBR* 2003, p. 555 e.v.. Zie verder T. Hartlief, 'De gevaren van de optiehandel: hoe ver strekt de zorg van de bank?', *Ars Aequi* 2003, p. 929 e.v., en S.B. van Baalen, 'Rien ne va plus', *Vermogensrechtelijke annotaties* 2004, p. 46 e.v.

19 Zo bijvoorbeeld mijn commentaar in *Ars Aequi* 2003, p. 929 e.v.

te maken met het gegeven dat de drempel om verlies te nemen hoog is: velen blijken daartoe eigenlijk niet in staat. Tegen deze achtergrond is de koers van de Hoge Raad wellicht een verstandige: nu immers blijkt dat waarschuwingen bij particuliere beleggers niet effectief zijn, komt een verdergaande invulling van de zorgplicht in beeld. Anders gezegd: wanneer waarschuwen niet helpt bij mensen die wel bescherming verdienen, moeten ze inderdaad maar worden tegengehouden. Het recht verlangt zorg, maar dan uiteraard wel *effectieve zorg*.²⁰ Over genoemde psychologische fenomenen is in de arresten niets terug te vinden, wel bij NJ-annotator Du Perron die in dit verband verwijst naar G. Belsky en T. Gilovich, *Why Smart People Make Big Money Mistakes and How to Correct Them*, New York 1999, een bron die ook bij anderen opduikt.²¹

Doel stellen, middel kiezen en evalueren is in de context van de cassatierechtspraak makkelijker gezegd dan gedaan. De concrete zaak die als illustratie diende, leert bovendien dat de ‘civilologische fundering’ van een bepaalde koers te wensen kan overlaten. Het is meer achteraf dat juristen een dergelijke fundering proberen te geven. En dan is uiteindelijk tekenend dat de jurist die geïnteresseerd is in meer dan enkel de inhoud van het recht, die belangstelling heeft voor hoe iets werkt, zeg maar een amateur-civiloloog, volstaat met verwijzing naar een enkele bron binnen de psychologie die hem goed van pas komt.²² Het valt op, zo’n geïsoleerde verwijzing, en heeft iets van *cherry picking* en napraten.

3.6 EEN KIND IN EEN SNOEPWINKEL

Dat is een serieus probleem bij het beoefenen van de civilologie door juristen. Wanneer deze zich immers openstellen voor wat er elders te koop is, is dat nauwelijks te overzien. Voor degene die dat wil zien, zijn er cijfers en andere gegevens, over ongevallen en letsels bijvoorbeeld, zijn er de vruchten van wetenschappelijk onderzoek op terreinen als psychologie, economie, sociologie, biologie, neurowetenschappen en ga zo maar door. Daarin komen onvoorstelbaar veel onderwerpen aan bod die voor de jurist ook interessant zijn.

20 Het belang van *effectieve zorg* wordt nog eens duidelijk in HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 (CJHB) (*Jetblast*).

21 Zie bijvoorbeeld Van Boom 2003, p. 560.

22 Uiteraard kan men tegenwerpen dat het niet werkelijk nodig is om alle mogelijke bronnen te noemen wanneer het gaat om fenomenen die *well-documented* zijn en ook buiten twijfel staan. Een vraag van een andere orde is die naar de betekenis van een algemeen fenomeen in het zich aandienende concrete geval. Zo is de *gamblers fallacy* weliswaar goed gedocumenteerd, maar daarmee is niet gezegd dat die altijd bestaat of steeds overwegende invloed heeft. Het is niet uitgesloten dat een psycholoog die in de specifieke materie is gespecialiseerd, voorzichtig zou zijn wanneer hem de vraag zou worden voorgelegd of de regel van de Hoge Raad een goede is en aansluit bij de fouten die particuliere beleggers maken. Niet ondenkbaar is dat hij zal stellen dat de beleidsimplicaties van het betreffende onderzoek niet eenduidig zijn. Uitspraken op grond van empirisch onderzoek onder groepen hebben in ieder geval geen absolute voorspellende waarde voor wat individuen doen. Hier maakt dat dan wellicht weer niet uit. De bank heeft geen diepgaand psychologisch beeld van iedere cliënt en zou daarom steeds rekening moeten houden met algemeen geaccepteerde bevindingen uit empirisch onderzoek.

Zo kan hij meer te weten komen over kennen en kunnen van (kleine) kinderen, kan hij zicht krijgen op *biases and heuristics*, op de effecten van waarschuwingen,²³ op de emotionele behoeften die slachtoffers hebben (gaat het ze om méér dan geld?), maar ook op de vraag wat procederen met eisers doet.²⁴ Teveel om op te noemen. De geïnteresseerde jurist die enigszins zijn best doet, zal zich een kind in een snoepwinkel wanen.

De kunst is verstandig om te gaan met wat er is: zo is ‘interessant’ niet hetzelfde als ‘relevant’. De eerste vraag is natuurlijk of de in beeld gekomen informatie ook werkelijk *to the point* is. Wanneer die vraag bevestigend is beantwoord, rijzen voor de hand liggende vervolgvragen:

- wiens verantwoordelijkheid is het dat deze informatie deugdelijk wordt ingebracht?
- kan men de ingebrachte informatie op waarde schatten?
- kunnen de betrokken actoren binnen het kader waarin zij opereren wel wat met deze informatie?

Dit klinkt nogal abstract. Daarom een concreet thema om een en ander handen en voeten te geven.

3.7 VERZEKERBAARHEID VAN AANSPRAKELIJKHEID

De zojuist opgerichte Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht en Schadevergoedingsrecht (VASR) heeft begin juni 2011 haar eerste inhoudelijke bijeenkomst gewijd aan het thema ‘Wisselwerking tussen aansprakelijkheid en verzekering?’.²⁵ Tijdens deze bijeenkomst stond onder meer centraal een bewering die door beoefenaren van het aansprakelijkheidsrecht veelvuldig wordt gedaan: ‘het aansprakelijkheidsrecht kan niet zonder aansprakelijkheidsverzekering’.²⁶ De ontwikkeling op het terrein van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht komt vooral van de Hoge Raad.²⁷ Zijn rechtspraak is bepalend voor het aansprakelijkheidsrecht anno 2011. Hij heeft daarbij profijt van de wijd verspreide aanspra-

23 Zie in dit verband bijvoorbeeld I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, waarin een multidimensionale aanpak centraal staat (p. 18 e.v.) en in het bijzonder naar de psychologie wordt gekeken (p. 49 e.v.).

24 Zie in dit verband bijvoorbeeld A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, ‘Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief’, *TVP* 2007, p.103 e.v.

25 Zie T. Hartlief, ‘Wisselwerking tussen aansprakelijkheid en verzekering? Stellingen gepresenteerd tijdens 1e bijeenkomst van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR) voorzien van korte toelichting’, *AVeS* 2011, p. 167 e.v.

26 Ik doe daar zelf ook aan mee. Zie bijvoorbeeld *Anno 2010*, Amsterdam: Delex 2010, p. 10 e.v.

27 De wetgever heeft het na invoering van het BW in 1992 en van de art. 6:175 e.v. (aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen c.a.) op dit terrein min of meer laten afweten. De lotgevallen van het wetsvoorstel verkeersongevallen, kort na aanhangig maken in 1997 gesneuveld in de Tweede Kamer, en van het wetsvoorstel affectieschade, in 2010 in de Eerste Kamer gestrand, zijn illustratief. Slechts aan het front van verjaring is een enkel resultaat geboekt (art. 3:310 lid 5 BW).

kelijkheidsverzekeringsdekking. Deze dekking draagt bij aan daadwerkelijke vergoeding van gelaedeerden en zorgt er tevens voor dat claims ook echt worden ingediend, zodat ook de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht tot zijn recht komt. Het is dus niet zonder aanleiding dat wel wordt gesteld dat het hedendaagse aansprakelijkheidsrecht er zonder deze dekking geheel anders zou hebben uitgezien. Maar wanneer dat inderdaad klopt, ligt de conclusie voor de hand dat bij de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht acht moet worden geslagen op (problemen van) verzekeraarbaarheid. Waar het om wetgeving gaat, ziet men dat makkelijker voor zich dan bij de rechtspraak. Zo is het in 1992 ingevoerde aansprakelijkheidsrecht en ook de in 1995 ingevoerde regeling van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen in nauw overleg met de verzekeringsbranche tot stand gekomen.²⁸ Een vergelijkbaar overleg tussen Hoge Raad en verzekeraars bestaat niet en valt zich ook moeilijk voor te stellen. Wanneer aansprakelijkheidsverzekeraars echter het fundament bieden voor het actuele aansprakelijkheidsrecht, zou het voor de hand liggen dat aan (problemen van) verzekeraarbaarheid serieuze aandacht wordt gegeven, niet alleen in het wetgevingsproces, maar, gegeven dat de ontwikkeling eerst en vooral in de rechtspraak plaatsvindt, ook daar. Ook dat is echter makkelijker opgeschreven dan uitgevoerd.

Hoewel betrokken A-G's soms uitvoerig ingaan op (on)verzekeraarbaarheid, besteedt de Hoge Raad daar nauwelijks expliciete aandacht aan. Zo is uitzonderlijk dat de gedaagde verzekeraar in het Hangmat-arrest²⁹ wordt tegengeworpen dat hij in ieder geval niet aan-nemelijk heeft gemaakt dat aansprakelijkheid van medebezitters van gebrekkige opstallen jegens elkaar wezenlijk afbreuk zou doen aan de verzekeraarbaarheid. Dat suggereert weliswaar dat de Hoge Raad verzekeraarbaarheid van belang acht, maar omdat hij dit aspect op andere plaatsen niet uitdrukkelijk aan de orde stelt, blijft het gissen *hoe* belangrijk het voor hem is. Deze onduidelijkheid staat deugdelijke informatievoorziening en een scherp debat in de weg. De Hoge Raad zou in plaats van verhullend te argumenteren,³⁰ beter moeten aangeven hoe serieus hij (problemen van) verzekeraarbaarheid neemt.

Niet uitgesloten is dat de Hoge Raad erop speculeert dat aansprakelijkheidsverzekeraars hem blijven volgen en zijn keuzes dus van dekking blijven voorzien. Illustratief is opnieuw het Hangmat-arrest, waarin de Hoge Raad ruimte laat voor verzekeraars om dekking aan de door de Hoge Raad aangenomen aansprakelijkheid te onthouden. Op dit moment wordt door verzekeraars, die in een eerdere fase wel wat hebben gesputterd, niet werkelijk overwogen daartoe over te gaan. Verzekeraars plegen de Hoge Raad inderdaad zelden af te vallen.³¹

28 Zie in dit verband ook N. Frenk, 'Utopische wetgeving en verzekeraarbaarheid', *AV&S* 2006, p. 108 e.v.

29 HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465 (T. Hartlief).

30 Zie over verhullend argumenteren Asser-Vranken, *Algemeen deel****, Deventer: Kluwer 2005, hoofdstuk III.

31 De aanscherping van de opzetuitsluiting na rechtspraak van de Hoge Raad die verzekeraars niet aanstond (HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 220 (MMM) (Aegon/Van der Linden), is daarvan een schaars voorbeeld.

Voor deze pragmatische opstelling van de Hoge Raad valt begrip op te brengen, zeker wanneer in aanmerking wordt genomen dat het kader waarin hij opereert ook weinig geschikt is om met verzekeringsproblemen rekening te houden. Hij zit in wezen gevangen in het cassatiestelsel. Hij is niet geroepen om abstracte rechtsvragen van het Verbond van Verzekeraars te beantwoorden, maar moet in een dossier tussen twee partijen concrete (rechts)vragen en beslispunten – tijdig – behandelen.³² De Hoge Raad heeft niet alle tijd van de wereld, kan niet als ware hij de Tweede Kamer vragen om een (wetenschappelijk) onderzoek, maar is aangewezen op wat partijen en de betrokken advocaten-generaal hem aanreiken. Het gaat dus niet om puur beleidsmatige keuzes; de Hoge Raad heeft niet de verzekeringsbranche als (tegen)partij of gesprekspartner. Dat betekent feitelijk dat het aan de concrete in de procedure betrokken verzekeraar is om te waken over de belangen van verzekeraars (of de verzekeringsbranche). Daarbij is men ook afhankelijk van de vraag wie de advocaat-generaal in kwestie is: de ene besteedt aan verzekeringsaspecten meer aandacht dan de andere. Mag het toeval zo belangrijk zijn? Kunnen we in de context van een procedure in cassatie tussen twee concrete partijen werkelijk zicht krijgen op verzekeraarbaarheid? Mogen we het waken over de verzekeraarbaarheid, eigenlijk een maatschappelijk belang, overlaten aan die ene betrokken verzekeraar? Is zijn processtrategie bepalend voor het lot van verzekeraars?

3.8 HET BESTAAN VAN DE BEGINNEND CIVILOLOOG

Het is duidelijk dat het leven van de beginnend civiloloog³³ niet alleen over rozen gaat. In het voorgaande zijn immers al de nodige vragen geformuleerd waarmee hij zich geconfronteerd ziet. Daar zijn gemakkelijk andere vragen (en nieuwe twijfels) aan toe te voegen. Zo zal hij zich afvragen of hij zich, om werkelijk zicht te krijgen op en verstandig om te gaan met onderzoeksgegevens uit andere takken van sport, zou moeten omscholen.³⁴ Van een ander kaliber, maar nog steeds serieus te nemen, is de vraag of hij, op zoek naar empirie die hij in het juridische meent te kunnen gebruiken, werkelijk relevant materiaal zal aantreffen. Soms is er zeer veel beschikbaar en zal hij zich geconfronteerd zien met een mer à boire, op andere momenten zal hij eerder het idee hebben op zoek te zijn naar een speld in een hooiberg. In dat verband moeten juristen, civilisten, zich natuurlijk realiseren dat het niet zo is dat de capaciteit aan niet-juridisch onderzoek onuitputtelijk is. Die andere

32 Dit gaat met de komst van de prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad en de mogelijkheid om bij derden informatie op te vragen wellicht wel wat veranderen. Zie in dit verband I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie en taak van de Hoge Raad', in A. Hol e.a. (red.) *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 51 e.v.

33 Strikt genomen zijn dit vragen waarmee de civiloloog in het algemeen wordt geconfronteerd.

34 Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 35 menen van niet.

disciplines hebben ook te maken met schaarse middelen, ook hun tijd en geld zijn beperkt. Zij hebben bovendien hun eigen onderzoeksagenda die niet door de vragen en wensen van (beoefenaren van het) privaatrecht wordt beheerst. Of er voor civilisten relevant materiaal is, is daarom niet gegarandeerd. Iets anders is uiteraard dat civilisten in samenwerking met beoefenaren van andere disciplines specifiek nieuw onderzoek kunnen gaan opstarten.³⁵ Daarbuiten staat de beginnend civiloloog ook voor vragen die betrekking hebben op de kwaliteit van het materiaal: kan hij dat op waarde schatten, weet hij of het binnen de 'eigen' discipline aan de maat is? En in het verlengde ervan: het kan zijn dat er inmiddels nieuwe of verbeterde inzichten zijn. Heeft hij daar wel zicht op? Voortschrijdend inzicht is ook lastig voor een rechter (Hoge Raad bijvoorbeeld) of wetgever die op basis van bepaalde eerdere gegevens en inzichten zijn keuzes heeft gemaakt. Krijgen zij, wetgever of Hoge Raad, dan de gelegenheid hun koers bij te stellen? In dit verband geldt zowel voor wetgeving als rechtspraak dat dit niet zo eenvoudig is. Zo geldt voor wetgeving uiteraard dat de vraag is wie of wat op dat moment de politieke agenda beheerst: het verbaast niet dat het sleutelen aan het vermogensrecht bijvoorbeeld niet de hoogste prioriteit krijgt in tijden van economische crisis.³⁶ Voor de Hoge Raad geldt in nog sterkere mate dat hij niet in de hand heeft welke zaken hij op dat moment op zijn bord heeft.³⁷ Het zijn uiteindelijk partijen die bepalen welke dossiers en welke vragen zij op welk moment voorleggen aan de Hoge Raad.³⁸

3.9 HET DOSSIER AFFECTIESCHADE

De perikelen rond de vergoeding van affectieschade vormen een mooi voorbeeld.³⁹ Bekend is dat de NBW-wetgever er bewust voor heeft gekozen naast en nabestaanden een recht op smartengeld te onthouden. Gevreesd werd onder meer voor commercialisering van verdriet en voor onsmakelijke procespraktijken. Geen vergoeding van affectieschade dus. Toen in de doctrine deze argumenten meer en meer kritisch werden benaderd en in de Baby Joost-zaak de ouders van Joost uiteindelijk met een nul op het rekest naar huis werden gestuurd,⁴⁰ begon ook de politiek zich te roeren. Nadat de Hoge Raad in 2002 besliste dat

³⁵ Zie in dat verband de bijdrage van A.J. Akkermans aan deze bundel.

³⁶ Uiteraard kan empirisch onderzoek ook binnen de politieke context, die er natuurlijk altijd is, een rol spelen, bijvoorbeeld in het kader van een *ex ante* evaluatie.

³⁷ De inzet is momenteel (het rapport van de Commissie Hammerstein en daarop geënte voorstellen) wel om de Hoge Raad wat meer de leiding te geven.

³⁸ Zie in dit verband T. Hartlief, 'De grillige ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht met het oog op verzekerbareid', *AV&S* 2006, p. 96 e.v.

³⁹ Voor meer precieze verwijzingen raadplege men S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, hoofdstuk 6 en dezelfde, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, hoofdstuk 4.

⁴⁰ HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 (ARB).

het niet aan hem was om smartengeld voor naasten in te voeren,⁴¹ kwam de regering in 2003 na een oproep in de Tweede Kamer met een wetsvoorstel dat een beperkt recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden wilde introduceren. De bedoeling was niet het verlies goed te maken: erkenning en genoegdoening waren de trefwoorden. Het debat richtte zich vooral op de vraag of werkelijk kon worden volstaan met één enkel vast bedrag van 10.000 euro, zoals aanvankelijk werd aangegeven: werden daarmee ongelijke gevallen niet ten onrechte over één kam geschoren? Nadat de Tweede Kamer akkoord was gegaan, stuitte minister van justitie Donner in 2006 in de Eerste Kamer op verzet: zijn herhaalde schermen met het argument dat het wetsvoorstel recht deed aan de wensen van getroffen en, gaf de senaat aanleiding om een onderzoek naar de behoeften van getroffen en te verlangen. De Eerste Kamer wilde weten waar het naasten en nabestaanden werkelijk om gaat. Een van de kernvragen was of zij de voorkeur geven aan een vast bedrag ongeacht wat er gebeurd is, ongeacht wie er is gekwetst of overleden. Discussie over de vergoeding zou de verwerking, aldus minister Donner, echter nadelig beïnvloeden. De weerstand in de Kamer was de aanleiding voor een onderzoek naar de behoeften van slachtoffers in het algemeen en van naasten en nabestaanden. Uiteindelijk heeft dit geresulteerd in een tweetal onderzoeksrapporten.

Deel 1⁴² leverde in 2007 op dat het slachtoffers in het algemeen behalve om compensatie ook gaat om gerechtigheid, erkenning, waarheid, voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt. Verder is het afwikkelingsproces van belang: het kan bijdragen aan bevrediging van hun behoeften, maar ook belastend zijn. De regering concludeerde dat de inrichting van het aansprakelijkheidsrecht intact kan blijven gelet op het bestaande 'potentieel' op het vlak van de emotionele behoeften: procedure op tegenspraak, autonomie van partijen, mogelijkheid het eigen verhaal te kunnen doen, formele karakter van een procedure. Omdat de nadruk in de praktijk echter wel degelijk vrijwel volledig op financiële afwikkeling ligt, zou winst te behalen zijn op het vlak van verbetering van het afwikkelingsproces.

In het voorjaar van 2009 werd deel 2 over de behoefte aan affectieschade aan de Eerste Kamer aangeboden.⁴³ Zowel nabestaanden bij overlijden als naasten in geval van ernstig blijvend letsel blijken inderdaad behoefte te hebben aan vergoeding van affectieschade. Zij is echter een 'middel tot een doel': vergoeding draagt bij aan bevrediging van behoeften die hoger worden aangeslagen: erkenning door het recht van de emotionele gevolgen voor de naasten, erkennen van de fout door de dader en het vragen van een opoffering van de verantwoordelijke partij. Er is duidelijk *geen* voorkeur voor een vast bedrag: slechts 16% van de respondenten koos daarvoor. Aanleiding voor inhoudelijke wijziging zag de regering

41 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (JBMV) (Kindertaxi).

42 Zie R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel I, Den Haag: WODC 2007.

43 A.J. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Deel II, Affectieschade, Den Haag: WODC 2008.

echter niet. Ondanks de uitgesproken voorkeur voor iets anders hield zij dus vast aan één vast bedrag. Het kabinet klampte zich daarbij vast aan het feit dat een aantal respondenten heeft aangegeven dat discussie over de hoogte van het bedrag de verwerking zou hebben belemmerd en geïnterviewde Vlaamse ervaringsdeskundigen het als onaangenaam hebben ervaren om over de hoogte van de vergoeding te moeten discussiëren. De voorkeur van Nederlandse respondenten, juist geen vast bedrag, zou daarom, aldus het kabinet, wellicht ingegeven zijn door hun verwachting dat een vast bedrag vanwege het abstracte karakter minder erkenning biedt, maar wordt niet gecorrigeerd door ervaring met een debat over de hoogte van het bedrag. Onder druk van de senaat heeft minister Hirsch Ballin in de zomer van 2009 uiteindelijk toch bakzeil gehaald en een concept-AMvB aangekondigd waarin een zekere differentiatie zou plaatsvinden. Ook dat mocht uiteindelijk niet baten. Tegen de verwachtingen in namelijk strandde het wetsvoorstel in maart 2010 alsnog in de Eerste Kamer.⁴⁴

Daarmee is een tamelijk bizar resultaat geboekt. Vanuit civilologisch perspectief is het natuurlijk prachtig om te zien dat het schermen met het argument dat een regeling zou aansluiten bij de belangen van getroffen en tot onderzoek naar die behoeften heeft geleid. Daaruit bleek in ieder geval dat naast behoefte hebben aan smartengeld, zij het niet in de vorm van een vast bedrag. Dat bleek vervolgens politiek geen haalbare kaart, zodat een regeling waaraan behoefte bestaat er uiteindelijk niet is gekomen. Dat doet de civiloloog uiteraard de wenkbrauwen fronsen. Dit is nog eens recht der werkelijkheid...

3.10 WE LEVEN NIET IN EEN IDEALE WERELD

Het voorbeeld maakt het voldoende duidelijk: we leven niet in een ideale wereld. Enige realiteitszin kan geen kwaad. De civiloloog moet oog hebben voor de mogelijkheden die binnen de bestaande kaders aan de orde zijn en tevens voor de beperkingen die zij meebrengen. Dat geldt niet alleen de politiek, waar het de wetgeving betreft, maar ook het cassatiestelsel waar het de rechtspraak van de Hoge Raad betreft. Het zal kunnen inhouden dat soms genoeg moet worden genomen met minder dan ideaal of optimaal zou zijn: dat kan betekenen dat soms niet meer beschikbaar is dan toevallig ingebrachte informatie, zodat dat de basis is voor verdere actie. Dat betekent ook dat de kwaliteit van dat materiaal dan bepalend is ook al riekt het naar *cherry picking*. Troost moet dan worden gezocht in het gegeven dat het debat uiteraard kan worden voortgezet: in doctrine, politiek en rechtspraak kan kritiek naar voren worden gebracht, kunnen andere gegevens, nieuwe inzichten

⁴⁴ Zie onder meer de kritische bijdrage van R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen door Eerste Kamer', *TVP* 2010, p. 37 e.v.

naar voren worden geschoven om uiteindelijk beter recht, recht dat de werkelijkheid dichter benadert, te realiseren.⁴⁵

Of de civilist nu civiloloog wordt, is nog de vraag. Men zou denken dat de laatste in deze tijd de wind mee heeft: het nog altijd woedende debat over de wetenschappelijkheid van juridisch onderzoek komt hem beter uit dan de klassieke civilist. Daar komt bij dat civilologisch verantwoord onderzoek een grotere aantrekkingskracht op beleidsmakers én geldgevers zal hebben dan klassiek juridisch onderzoek. Liever dan vanwege deze opportunistische redenen, zou de civilist natuurlijk ook vanwege de inhoud gedreven moeten zijn: het zicht op beter (werkend) recht zou voldoende prikkel moeten zijn.

Aan de andere kant is er ook reden voor een zekere reserve, voor enige terughoudendheid. De civilologie is niet zaligmakend al was het maar omdat niet alles en iedereen beleidsgericht is en wil zijn. Al eerder is aangegeven dat enige realiteitszin op zijn plaats is: men dient rekening te houden met het compromiskarakter van wetgeving, met de beperkingen van een rechterlijke procedure, met de (beperkte) beschikbaarheid, relevantie en houdbaarheid van onderzoek.

In ieder geval levert de aandacht voor de civilologie de universiteit als 'thuisbasis' van het civielrechtelijk onderzoek een aantal belangrijke vragen en uitdagingen op:

- gaat het hier om een nieuwe discipline, waaraan enkelen hun krachten gaan wijden of gaan we het allemaal doen? Kúnnen we dit ook allemaal?
- gaan we het over de gehele linie doen of fragmentarisch (bijvoorbeeld alleen op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht)?
- willen wij vanaf nu alleen nog maar beleidsgericht bezig zijn? Is er nog ruimte voor 'klassiek' juridisch onderzoek? Of is dat van een te laag ambitieniveau en houdt dat dus verspilling van tijd en kwaliteit in?
- wat zijn de consequenties voor het onderwijs? Naarmate de civilologie belangrijker wordt in het onderzoek, ligt het steeds minder voor de hand het onderwijs ongemoeid te laten. Kunnen we dan volstaan met een 'relativerend vakje' in de masterfase of moet juist van meet af aan aandacht worden besteed aan de werking van het privaatrecht? Kunnen we het ons veroorloven onze studenten pas vlak voor het verlaten van de poort zicht te geven op het recht der werkelijkheid?

Uiteindelijk is de hamvraag of de civilologie een nieuwe tak van sport is die het bestaande 'slechts' zal aanvullen, verrijken en verbeteren of dat zij de 'mainstream' van het privaatrecht gaat uitmaken. Krijgen we nu nieuwe specialisten die werken op hun eigen gang, de afdeling Civilologie, wellicht lid zijn van een capaciteitsgroep 'Privaatrecht en civilologie'⁴⁶ of is de

⁴⁵ Dat is de inzet van Van Boom en Giard 2006: de Hoge Raad te bewegen het een volgende keer beter te doen en andere spelers (commentatoren bijvoorbeeld) te prikkelen op een vergelijkbare manier naar dergelijke rechtspraak te kijken.

⁴⁶ Naar het voorbeeld van de al bestaande Capgroepen Strafrecht en criminologie.

T. HARTLIEF

laatste zo dominant dat er straks enkel nog plaats is voor een op *evidence* gebaseerd privaatrecht dat voorwerp van bestudering is voor onderzoekers werkzaam bij een *Department of Civilology*?

4 EVIDENCE EN PRIVAATRECHTELIJKE WETGEVING

G.J. Veerman*

SAMENVATTING

Het privaatrecht wordt gekenmerkt door de nadruk op de casus, op het conflict zoals dat in rechte wordt uitgevochten. De jurisprudentie wordt als de motor van de privaatrechtelijke rechtsontwikkeling beschouwd. De inzet van deze bijdrage is dat sociaalwetenschappelijk onderzoek een rol moet spelen bij de ontwikkeling van het privaatrecht. Het privaatrecht ordent de samenleving en daarbij zijn (rechts)politieke keuzes aan de orde. Dat geldt in elk geval voor de privaatrechtelijke wetgeving. Maar niet alleen de wetgever ordent, ook de rechter doet dat. Rechterlijke uitspraken hebben de facto een externe (buiten de procespartijen) en algemene werking. Voor ordening en de rechtspolitieke keuzes die moeten worden gemaakt, is nodig inzicht te hebben in de (mogelijke) maatschappelijke effecten van regels (inbegrepen de verdeling van lusten en lasten), of die regels nu van de wetgever afkomstig zijn of, indirect, van de rechter. Echter, de rechter doet geen onderzoek naar de maatschappelijke achtergrond van het conflict of naar de maatschappelijke effecten van zijn uitspraak. De wetgever is degene die dergelijk onderzoek wel kan (en moet) laten doen. Voor de ontwikkeling van privaatrechtelijke wetgeving is het daarom nodig dat de wetgever ook onderzoek doet naar de maatschappelijke gevolgen van rechterlijke uitspraken op maatschappelijk relevante terreinen om te zien of het rechterlijk recht wel wenselijk is. Ten slotte wordt het vermoeden uitgesproken dat het privaatrecht recht als regelend recht zich goed leent voor wetgevende experimenten, geschikt is als proeftuin.

4.1 INLEIDING

In deze tijd moet alles ‘evidence based’ zijn, de kennelijk Nederlandse term voor ‘empirisch onderbouwd’. Ook voor de wetgeving wordt die eis wel gesteld. Frans Leeuw van het WODC pleit ervoor, maar ook andere wetenschappers zoals Rob van Gestel (Tilburg). Ik

* Mr. dr. Gert-Jan Veerman is hoogleraar Wetgeving en wetgevingskwaliteit aan de Maastricht University en hoofd van het Clearing House voor wetsevaluatie (ministerie van Justitie). E-mailadres: gveerman@xs4all.nl. Mr. Menno Bouwes, mr. Jaap Spoor en collegae van RWI (WODC) dank ik voor hun opmerkingen bij een concept van deze bijdrage.

beschouw mij eveneens als een voorstander, zij het dat ik enige kanttekeningen plaats bij de mogelijkheden ervan. In deze bijdrage gaat het over de vraag of ook de privaatrechtelijke wetgeving¹ empirisch onderbouwd is, dan wel kan en moet zijn. Dat laatste is op voorhand niet vanzelfsprekend, bijvoorbeeld omdat het privaatrecht deels regelend recht is (dat wil zeggen: aanvullend, niet dwingend) of open normen kent (zoals de redelijkheid en billijkheid).

Voor een goed begrip moet ik onderscheid maken tussen empirisch onderzoek en sociaalwetenschappelijk onderzoek. Onder empirisch onderzoek versta ik alle onderzoek naar de (rechts)praktijk. Dit komt in de rechtswetenschap veelvuldig voor in de vorm van jurisprudentieonderzoek. Het is, denk ik, zelfs het enige empirische onderzoek dat op dit terrein wordt gedaan. Het sociaalwetenschappelijk onderzoek zie ik als een specificatie van empirisch onderzoek op twee punten: wat betreft het object gaat het in het bijzonder om de (maatschappelijke, economische enz.) werking (effecten) van regels en wat betreft de methode om de bijbehorende sociaalwetenschappelijke methode. Mijn indruk is dat bij privaatrechtelijke wetgeving (en breder: het materiële privaatrecht) nauwelijks van sociaalwetenschappelijk onderzoek sprake is. De inzet van deze bijdrage is dat dergelijk onderzoek nodig is.² Het betoog bestaat uit vier stappen: drie uitspraken en een conclusie.

4.2 SOCIAALWETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK NAAR PRIVAATRECHTELIJKE WETGEVING

Mijn eerste uitspraak is: sociaalwetenschappelijk onderzoek naar privaatrechtelijke wetgeving kwam en komt weinig voor. Nu is het niet zo makkelijk een dergelijke uitspraak te bewijzen (wat is ‘weinig’, het gaat om een negatieve uitspraak, hoe breed neemt men ‘privaatrecht’), maar ik zal enige evidentie daarvoor aanreiken.

Als ik de kern van het Nederlands privaatrecht situeer in de regels van het Burgerlijk Wetboek (BW), dan valt allereerst vast te stellen dat de keuze in 1838 voor een nationale codificatie van het privaatrecht een politieke keuze was. Dat BW had tot doel de nationale eenheid ook op het terrein van het privaatrecht te verwerkelijken en af te rekenen met de rechtsverscheidenheid en daarmee samenhangende rechtsonzekerheid. Het was een keuze voor de nieuwe eenheidsstaat, waarin één privaatrecht hoorde te gelden. Dat was in lijn met de hier tijdens de Franse bezetting ingevoerde *Code Civil*. Napoleon had die *Code* voor Frankrijk laten opstellen om de rechtsonzekerheid daar, in de zin dat er veel lokaal recht was en de rechterlijke willekeur groot, te reduceren. Voor de ondernemende derde stand, *la nation*, was rechtseenheid een belangrijke voorwaarde voor haar ontplooiing.

1 Ik beperk mij tot het materiële privaatrecht, het terrein waarop de rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling worden geregeld, zoals de eigendom en het contract.

2 Ik maak voor dit betoog geen onderscheid tussen *ex ante* en *ex post* onderzoek.

Ons BW is uiteindelijk een redelijke kopie van de *Code Civil* geworden, en had dus eveneens zo'n beleidsmatige grondslag. Dat BW is gemaakt door juristen, wetenschappelijk en praktisch georiënteerde. Er zijn veel bronnen bestudeerd, vooral buitenlandse codices en rechtsgeleerde literatuur.³ De belangrijkste ideologische vragen waren (a) of zou worden teruggesproken op vroeger recht (en welk), en (b) of alles geregeld moest worden of dat kon worden volstaan met algemene regels, met aanwijzingen voor burgers en vooral juristen.

De voorbereiding van het Nieuw BW is gestart in 1947 en werd opgedragen aan E.M. Meijers. De reden een nieuw BW te maken was niet het gevolg van maatschappelijke problemen, zelfs niet van problemen in de wereld van de rechtstoepassers. Er was eigenlijk maar een iemand die jarenlang een probleem van het bestaande BW had gemaakt, E.M. Meijers zelf.⁴ Er is bij de voorbereiding van het Nieuw BW niet of nauwelijks sociaalwetenschappelijk onderzoek gedaan, wel juridisch. Meijers en Drion hebben hele verzamelingen aangelegd van buitenlandse wetbepalingen, zonder de maatschappelijke context daar overigens bij te betrekken.⁵ Ook is veelvuldig overlegd met academische en praktijkjuristen, zijn in de vakpers heftige debatten gevoerd (in 1983 is een 'Brede Wetenschappelijke Discussie' gehouden met de diverse beroepsgroepen) en is overleg gevoerd met 'het bedrijfsleven'.⁶ De belangrijkste empirische vraag lijkt toch te zijn geweest: kan de rechter en kan de advocatuur overweg met de regels.⁷

Heeft bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek en het daarin vervatte materiële privaatrecht sociaalwetenschappelijk onderzoek geen rol gespeeld en zeker geen zware, dat zou wat betreft de recentere privaatrechtelijke wetgeving anders kunnen zijn. Men kan

3 M. van den Toorn, 'Een moeizaam begin – Veertig jaar codificatie-arbeid 1798-1838', *Justitiële Verkenningen* 1988, 6, p. 43- 67.

4 Zie mijn 'Van oude dingen die voorbij gaan – Het BW 150 jaar', *Justitiële Verkenningen* 1988, 6, p. 68 e.v.

5 Zie V.J.A. Sütö, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004. Overigens had Meijers wel het belang van de context onderkend, gelet op zijn uitspraak dat bij de vorming van modelrecht kennis nodig is van de behoeften van het volk en van 'de inrichting en eigenaardigheden der maatschappij waarvoor de regels gelden.' E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag z.u. 1903, p. 93.

6 Consultatie van het bedrijfsleven en andere betrokkenen bij de voorbereiding van wetgeving is nuttig en prijzenswaardig, maar niet hetzelfde als sociaalwetenschappelijk onderzoek. Om enkele kanttekeningen bij consultatie te plaatsen: er bestaan vaste relaties tussen wetgevers en betrokkenen, er bestaat wederzijds belang bij het in stand houden van de relaties zodat een ruil ontstaat, alleen met enkele 'topdogs' wordt overlegd, externe effecten worden beperkt tot het zicht der geconsulteerden, er ligt geen methodologie aan ten grondslag.

7 H. Drion noemt als belangrijke functie van codificatie dat zij nummers geeft aan rechtsproblemen, zoals toentertijd aansprakelijkheidsproblemen onder nr. 1401 vielen (art. 1401 BW dus), een soort wettelijke standaardisatie. Een andere functie van in het bijzonder de codificatie van het NBW was zijns inziens dat het de enige manier was om het vermogensrecht bij de tijd te brengen. Het vermogensrecht is immers, schrijft hij, slechts voor juristen interessant, maar nauwelijks voor de samenleving in zijn geheel en zeker niet voor politici. Die beginnen niet aan wetwijzigingen op dat terrein (H. Drion, 'Functies van wetgeving in het privaatrecht in een veranderende samenleving', in *Verzamelde geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 387).

nog aannemen dat ‘vroeger’ sociaalwetenschappelijk onderzoek niet gebruikelijk was bij beleid en wetgeving, anders dan nu. Voor het laatste decennium ben ik te rade gegaan bij de onderzoeksproductie van het WODC. Justitie, tegenwoordig Veiligheid en Justitie, is het moederdepartement van de privaatrechtelijke wetgeving dus als er ergens sociaalwetenschappelijk onderzoek zou worden geëntameerd is het daar, zou je denken.⁸ En het heeft een groot en betrouwbaar onderzoekscentrum op loopafstand.

Ik heb twee bronnen gebruikt. De eerste is de reeks ‘Onderzoek en Beleid’; deze kun je het vlaggenschip van het WODC-onderzoek noemen. Van de 120 titels die vanaf 2000 zijn verschenen (nummers 176-289, er zijn enkele ‘a’-nummers) betreffen er 96 criminaliteit en rechtshandhaving in brede zin, 15 het civiele recht, 4 de wetgeving in het algemeen, en 5 noem ik maar ‘overig’. Die vijftien civiele gaan met name over de rechtspleging, de geschillenbeslechting en de dienstverlening in het kader van de rechtspleging. Je vindt in deze periode niets over het materiële privaatrecht, met uitzondering van het onderzoek naar de gekozen achternaam en, in zekere mate, twee onderzoeken over de schuldsanering.

De tweede bron is de rubriek ‘publicaties’, te vinden op de site van het WODC. Deze databank bevat (op 25 maart 2011) 743 titels, lopend vanaf 1998. Daarin zijn de door het WODC gefinancierde onderzoeken opgenomen, alsmede enkele essays en dergelijke.⁹ Daar ziet men globaal hetzelfde beeld als bij de reeks. De verdeling is als volgt:

Criminaliteit/ handhaving	Materieel privaatrecht	Rechtspleging en juridische beroepen	Overig (o.a. asiel, wet- gevingsvragen)	Totaal
528	47	63	105	743

Van de 47 privaatrechtelijke onderwerpen betreffen er 15 huwelijk en echtscheiding, 11 ‘kinderen’ (adoptie, mentorschap etc.), zodat er 21 ‘harde’ privaatrechtelijke onderwerpen overblijven. Daarvan gaan er negen over ondernemingen (en faillissement), hebben er zeven het auteursrecht als onderwerp, twee de consumentenbescherming, twee aansprakelijkheid en een onteigening. Ik moet nog een beperking aanbrengen. Diverse onderzoeken betreffen de vraag hoe ‘het’ in andere landen is geregeld. Dat zijn in mijn ogen juridische

8 Ik heb van een willekeurig gekozen universiteit, de RU Groningen, het onderzoeksprogramma van de vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht gezien. Dat is gericht op ‘consistentie en bruikbaarheid’ van het recht, hetgeen wil zeggen dat de conclusies van het onderzoek bruikbaar moeten zijn voor ‘degenen die het recht maken of toepassen’. Voor 2009 staan 117 publicaties vermeld, waarvan naar de omvang en titel te oordelen geen enkele verslag doet van sociaalwetenschappelijk onderzoek. Ik vond een aanvullende empirische ondersteuning van mijn vermoeden in G. van Dijk, S. van Gulijk en M. Prinsen, ‘Wat doen juridische onderzoekers? Een empirische blik’, *Recht der Werkelijkheid* 2010, vol. 31, 1, p. 44-64.

9 Er bestaat een zeer geringe overlap tussen beide databanken. Omdat hier een globaal beeld wordt gegeven, is dat geen bezwaar.

en niet sociaalwetenschappelijke onderzoeken. De enkele opinie-onderzoeken beschouw ik maar wel als sociaalwetenschappelijk onderzoek.¹⁰

Bij de voorbereiding van privaatrechtelijke wetgeving wordt kennelijk niet vaak sociaalwetenschappelijk onderzoek gedaan. Wel wordt, weet ik uit ervaring, de rechtspraak tijdig geconsulteerd, daarbij inbegrepen de jurisprudentie. Dat is juridisch-empirisch onderzoek en niet sociaalwetenschappelijk onderzoek. De vraag is of dat juridisch-empirisch onderzoek voldoende is voor privaatrechtelijke wetgeving. Naar mijn mening is dat niet het geval. Ik licht dat toe.

4.3 WAAROM EMPIRISCH-JURIDISCH ONDERZOEK ONVOLDOENDE IS VOOR PRIVAATRECHTELIJKE WETGEVING.

Mijn tweede uitspraak is dat het voor privaatrechtelijke wetgeving onvoldoende is die louter te baseren op juridisch onderzoek. Ik heb daarvoor een aantal redenen. Deze redenen hebben alle te maken met het specifieke karakter van de rechtswetenschap en van het privaatrecht in het bijzonder. Daar begin ik dus mee.

De kern van het privaatrechtelijke denken bestaat, aldus Vranken, uit het casusgerichte denken. De doorsnee jurist typeert hij als iemand die betoogt vanuit het concrete geval. De hele rechtenstudie is daarop gericht.¹¹ De focus op de casus brengt het idee mee dat het recht er is om concrete conflicten tussen partijen op te kunnen lossen. Recht is, aldus de eerder genoemde E.M. Meijers, het geheel van regels die bij de rechtspraak dienen te worden toegepast.¹² Juristen en in het bijzonder rechters zijn gericht op het voorliggende geval, op de effecten van de uitspraak voor de procederende partijen en mogelijk voor vergelijkbare partijen.¹³ Zij kijken daarbij vooral achteruit: hoe was de situatie toen het conflict begon, hoe de wetgeving, welke de afspraken en andere rechtsfeiten. Als zij vooruit denken, denken zij er aan wat er allemaal voor rampen kunnen gebeuren, denken zij er het ergste van.¹⁴ Dat brengt, denk ik, mee dat zij niet zozeer denken vanuit de regel en

10 Ik kan echter niet nalaten het volgende tafereel te schetsen. Twee dames van Wetgeving kwamen bij mij, als raadgever wetgevingsonderzoek, bij het WODC langs met de vraag of ik wilde laten onderzoeken of er behoefte bestond aan éénouderadoptie. Ik heb die vraag niet gehonoreerd: die behoefte is er vast. Interessanter vond ik de vraag wat die éénouderadoptie betekent voor de diverse betrokkenen, in het bijzonder de kinderen. Daaraan hadden de dames weer geen behoefte.

Opinieonderzoek vind ik maar beperkt van belang voor wetgeving, omdat opinies over abstracte wettelijke mogelijkheden nog weinig zeggen over (a) de wenselijkheid in het algemeen belang en (b) over het gedrag als een opinie als wet is geformaliseerd.

11 J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel****. Een vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 4 e.v.

12 Ibid., p. 56.

13 Natuurlijk niet alle. Ik kan zelfs (of: juist) als niet-ingewijde zo namen noemen van civilisten die breder denken.

14 Vranken 2005. Zie ook W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in contract and tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

zeker niet vanuit een 80/20-regel waarbij men het oog heeft of zou moeten hebben op het gros van de gevallen en niet op de uitzonderingen.

Een tweede kenmerk van het privaatrechtelijke denken is dat het dogmatisch is. Het gaat om rechtsbegrippen, hun onderlinge verhouding en systematiek, het gaat om de betekenis die bepalingen en rechtsbegrippen in de *rechtspraktijk* krijgen. Die betekenis wordt door de juridische professionals bepaald. Zij zijn het die maatschappelijke situaties weten onder te brengen onder de veelal globale teksten van de wet. Zij vertonen staaltjes van redeneerkunst, waarmee zij de eventuele clash tussen *the law in the books* en de context weten te overbruggen. Het gaat om de redenering, vooral de redenering die leidt tot de gewenste uitkomst.¹⁵ Vranken constateert daarbij dat rechters hun argumenten niet staven met feitelijke gegevens; zij nemen aan dat feiten zijn zoals zij denken dat deze zijn.¹⁶

Het privaatrecht heeft zo wel een soort lenigheid, kan worden aangepast aan veranderende maatschappelijke omstandigheden. Toen het BW 100 jaar bestond, in 1938, heeft Levenbach geprobeerd een relatie te leggen tussen dat BW en maatschappelijke verhoudingen. Zijn conclusie was dat ondanks sociale veranderingen de tekst van het BW grotendeels gelijk was gebleven en kon worden toegepast.¹⁷ Dertig jaar later signaleert Koopmans in zijn Leidse oratie dat de centrale begrippen in het privaatrecht aardig op hun plaats zijn gebleven, zij het ingebed in een breder verband, als in een pointillistisch schilderij.¹⁸ Zij zijn gebleven maar door de inbedding krijgt men er toch een wat ander zicht op. Het is dezelfde lenigheid. Het is daarom niet verwonderlijk dat, naar het woord van Vranken, de ontwikkeling van het privaatrecht is gebaseerd op de jurisprudentie.¹⁹

Nu deze dogmatische kern is aangegeven, kan ik over naar de redenen waarom het juridisch-empirisch onderzoek onvoldoende is als empirische basis van privaatrechtelijke wetgeving. De redenen zijn verwant.

4.3.1 *Alleen voor insiders*

De rechtssocioloog Macaulay is zijn loopbaan als civilist begonnen. Toen hij zijn schoonvader, een fabrikant, vertelde wat hij de studenten leerde over het privaatrecht en conflicten zoals over contracten, zei zijn schoonvader dat het in zijn wereld geheel anders toeling.

15 J.P. Fockema Andreae deed empirisch onderzoek naar de jurisprudentie en constateerde dat de rechter zeer verschillende argumentaties (strekking, letter, historie, redelijkheid, verkeerseisen, etc.) hanteert, daarin tegenstrijdig is, en dat het praktisch resultaat van de interpretatie veel invloed op de beslissing heeft (*De woorden der wet*. Den Haag: VNG 1953, p. 52 e.v.).

16 Vranken 2005.

17 M.G. Levenbach, 'Het B.W. en de maatschappelijke verhoudingen van 1838-heden', in P. Scholten en E.M. Meijers, *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p.129-168.

18 T. Koopmans, 'Contractueel stippelwerk', (oratie Leiden) 1965, opgenomen in: *Juridisch stippelwerk*, Deventer 1991.

19 Vranken 2005, p. 10.

Het was reden voor Macaulay meer te willen weten over de verschillende werelden van rechtsregels en bedrijfsleven. In zijn onderzoek daarnaar vond hij onder meer dat veel zakelijke relaties worden aangegaan op ‘tamelijk non-contractuele basis’, dat annuleren niet wordt beschouwd als wanprestatie maar als het op zich geoorloofd intrekken van een order, en dat conflicten nauwelijks voor de rechter worden gebracht.²⁰ Het contract speelt een rol maar is ingebed in een heel systeem van ruilrelaties.

Op zich is het de vraag of dat verschil tussen de papieren en feitelijke wereld problematisch is, voor rechter en wetgever. Waarom zou je willen weten hoe het werkelijk toegaat en daarop regels schrijven als het toch al aardig loopt? Men kan zeggen dat dat vanuit een systematisch oogpunt nodig is of dat de rechtszekerheid in het geding is. Dat is overigens maar in beperkte mate het geval. De betrokkenen weten heel goed wat de werkelijke regels zijn; de juridische regels vormen als het ware een vangnet, een achtervang voor als het helemaal mis gaat. Het is regelend recht.

De reden om toch empirisch onderzoek te doen is dat zo’n situatie betekent dat de stand van zaken slechts bekend is aan de insiders en dat daarmee een verdedigingswal is opgeworpen tegen nieuwkomers, dat niet sprake is van een *level playing field*. En dat is maatschappelijk gezien waarschijnlijk ongewenst. En het kan zo zijn dat vanuit een oogpunt van maatschappelijke rechtvaardigheid de bestaande situatie niet wenselijk is.

4.3.2 De te grote eenzaamheid van de rechter

Zoals gezegd, is het juridisch denken in het algemeen en het privaatrechtelijk denken in het bijzonder vanouds casusgericht, conflictgericht dus. Daarmee zijn we al snel bij de rechter beland. In een geschil moet een rechter een beslissing nemen. Hij moet een knoop doorhakken in een conflict tussen twee partijen en zijn uitspraak juridisch funderen. Hij hoeft niet de waarheid te vinden. Hij hoeft zich evenmin af te vragen of er een maatschappelijk probleem achter het conflict is en wat dat probleem dan is. Het gaat om wat partijen hem voorleggen, daarin moet hij beslissen. Hij denkt daarbij in zekere zin dan achteruit. Vanuit een wetgevingsoogpunt is dat problematisch.

- Het probleem is allereerst dat de uitspraak van de achteruit kijkende rechter vooruit werkt en algemene gevolgen kan hebben. Dat geldt zeker voor uitspraken van de hoogste rechter. Feitelijk heeft een rechterlijke uitspraak een meer algemene betekenis, omdat andere partijen in andere conflicten ernaar zullen verwijzen en rechterlijke collegae zullen streven naar een zekere voorspelbaarheid en daarom uitspraken van andere rechters bij hun oordeel betrekken. Zo ontstaan als het ware nieuwe rechtsregels,

²⁰ S. Macaulay, ‘De betekenis van het contractenrecht in de zakenwereld’, in J. Griffiths (red.), *Een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1992-2, p. 117-139.

- het is de bekende rechtsvormende functie van de rechter. De uitspraak heeft daarmee een maatschappelijke betekenis gekregen.²¹
- Daar zit dan het volgende probleem, in twee gedaanten. De rechter is er niet voor geëquipeerd die maatschappelijke gevolgen van zijn uitspraken te overzien, zoals Drion al zei.²² De juridische opleiding wordt niet gekenmerkt door economische, rechtseconomische en rechtssociologische vakken. En zelfs dan: sociaalwetenschappelijk onderzoek is een vak apart. De rechter weet wél veel van regels en zoekt naar die welke het best passen op dit geval en die hem het redelijkst voorkomen. Hij moet krachtens artikel 3:12 BW bij de toepassing van redelijkheid en billijkheid weliswaar ook rekening houden met de maatschappelijke belangen die bij het geval zijn betrokken, maar hij blijft een leek op dat terrein. Wat zijn uitspraak betekent in maatschappelijk opzicht, zal voor hem, zo durf ik te vermoeden, verborgen blijven. Als de rechter meent dat de werkgever aansprakelijk is voor gedragingen van zijn werknemers in diensttijd en zich daarvoor maar dient te verzekeren, zal de rechter naar de redelijkheid in dat bijzondere geval hebben gekeken. Hij zal niet hebben afgewogen wat de financiële gevolgen voor wie zijn in de samenleving als geheel, welke de welvaartskosten zijn van zo'n beslissing, welke risico's op wie worden afgewenteld, wat de gevolgen zijn vanwege het mechanisme van *moral hazard*. Hij heeft geen kosten- batenanalyse of effectanalyse gemaakt. Hij heeft er mogelijk aan gedacht, maar het niet onderzocht. Hij kan dat gewoonweg ook niet, hij heeft de tijd en de middelen niet.

Vranken noemt nog andere voorbeelden waarbij de rechter geen onderzoek doet, zoals, wederom in verband met aansprakelijkheid, onderzoek naar de vraag of kinderen geïmponeerd zijn door laadschoppen of daardoor juist worden aangetrokken dan wel er geen oog voor hebben.²³ Dat is de andere gedaante. De rechter maakt in zijn beslissing in het concrete geval diverse normatieve afwegingen. Het is zijn individuele afweging van belangen, het is wat hem redelijk voorkomt, het is zijn gezond verstand.²⁴ Dat gaat niet altijd goed. Van

21 Een ander probleem, naast de in de tekst genoemde, is dat van de kenbaarheid. De kenbaarheid van de regeling is een grondwettelijk vereiste, al is de kennis wellicht niet groot. De kenbaarheid, het kunnen kennen, van de jurisprudentie is niet gegarandeerd en ligt lastiger.

22 Drion 1982, p. 382.

23 Zie daarover ook de bijdrage van Hartlief aan deze bundel.

24 Over wat rechters beweegt bij hun beslissingen of althans rechter Posner zelf, zie R. Posner, *How Judges Think*, Cambridge: Harvard University Press 2008.

Boom heeft in zijn Tilburgse oratie prachtig laten zien dat rechters weinig begrijpen van kansberekening.²⁵ Dat komt in strafzaken ook voor,²⁶ maar dat is hier niet aan de orde.

Door de externe effecten van de rechterlijke uitspraak komt, zeker als die rechtsposities markeert, het rechterlijk oordeel op een terrein dat voorbehouden is aan de maatschappelijke en politieke oordeelsvorming: de verdeling van lusten en lasten, rechten en plichten. Rechtsdogmatisch gesproken is het manco dat in ons systeem de rechter geen verantwoording aflegt en ook niet hoeft af te leggen van zijn keuzes. Hij licht zijn oordeel wel toe, maar hij wordt er niet op afgerekend.

4.3.3 *De geringe representativiteit van de casus*

We weten dat slechts een beperkt gedeelte van de conflicten (4,9%)²⁷ voor de rechter wordt gebracht, dat er voor vele partijen diverse praktische hindernissen te nemen zijn in de gang naar de rechter of dat de inschakeling van de rechter een stap is in een – mogelijk zelfs ander – conflict. De maatschappelijke werking van het recht kun je niet afleiden uit de jurisprudentie. De rechter zelf kan evenmin algemene conclusies verbinden aan wat hem wordt voorgelegd. De rechter krijgt gevallen voorgelegd, conflicten, incidenten.

Een goed voorbeeld biedt Ton Hartlief met zijn beschrijving van de Hangmat-zaak.²⁸ De Hoge Raad spreekt daarin uit dat een ernstig getroffen vrouw haar echtgenoot – zij zijn verzekerd – kan aanspreken vanwege een gebrekkige opstal en zo 50% van de dekking krijgt uitgekeerd. De Hoge Raad gebruikt de verzekering om dit slachtoffer bescherming te bieden alsmede vergelijkbare slachtoffers. Maar, aldus Hartlief, dit versterkt de willekeurige behandeling van personen met zeer ernstig letsel. Men moet als slachtoffer het geluk hebben iemand aan te kunnen spreken die verzekerd is, anders is men aangewezen op sociale voorzieningen; en het verschil is groot. Het is zijns inziens de vraag of het aan de Hoge Raad is zo'n sociale politiek te voeren en vervolgens of de Hoge Raad dat kan, erop gelet dat hem incidentele gevallen worden voorgelegd.²⁹ Zo is het maar net.

25 W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003. J.H. Spoor neemt datzelfde waar, getuige zijn annotatie bij de uitspraak van het Hof Den Bosch 8 juni 2004, AMI 2004 -14, p.183-185. En dat terwijl Meijers zelf nog zo had gewaarschuwd: 'interpretatie is steeds een waarschijnlijkheidsberekening' (Meijers 1903, p. 121).

26 Zie Ton Derksen over Lucia de B. (*De ware toedracht*, Diemen: L.J. Veen 2010). Zie overigens ook het wat oudere 'Dubieuze Zaken', waarin Crombag, Van Koppen en Wagenaar laten zien welke vooringenomenheden strafrechters kunnen hebben, bijvoorbeeld dat kinderen en bejaarden niet liegen en dat men in het donker op 100 meter een gezicht kan onderscheiden.

27 Van alle conflicten, ook bestuursrechtelijke. De meeste problemen zijn echter van civielrechtelijke aard: 82,4%, zie B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haarhuis 2010 (WODC-rapport 283).

28 HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 465 m.nt. T. Hartlief.

29 Ton Hartlief, 'In afwachting van de Franse slag', *NJB* 2011, 8, 1, p. 17-18. Zie ook diens bijdrage aan deze bundel.

4.4 IS SOCIAALWETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK OP HET TERREIN VAN PRIVAATRECHTELIJKE WETGEVING NODIG?

Nu theoretisch is onderbouwd dat jurisprudentie-onderzoek onvoldoende is,³⁰ moet de derde uitspraak nog aannemelijk worden gemaakt, namelijk dat sociaalwetenschappelijk onderzoek echt nodig is. Men zou immers kunnen denken dat dergelijk onderzoek voor wetgeving überhaupt niet nodig is, dat wetgeving met normen komt en dat mensen zich daaraan gewoon moeten houden. Dat is mogelijk een kwestie van handhaving of van – aanvullend – beleid, maar niet van het recht zelf. Of men kan denken dat het privaatrecht een infrastructuur biedt, dan wel aanvullend is, en dat mensen zelf moeten weten of zij daarvan gebruik maken.

4.4.1 *Privaatrecht als ordeningsrecht*

Sociaalwetenschappelijk onderzoek naar recht en wet is mijns inziens nodig, omdat die structurerend zijn voor het maatschappelijk leven, ordenend. Immers, als de wetgever instituties inricht, goederen (her)verdeelt, lusten en lasten toedeelt, is het immer de vraag welke infrastructuur of welke verdeling ‘eerlijk’ is.³¹ Het recht heeft geen antwoord op de vraag wat eerlijk is, hoogstens een procedureel antwoord (zoals: alle belangen in ogenschouw nemen, alle partijen horen en die adagia leveren weer de nodige vragen van ‘eerlijkheid’ op: welke zijn ‘alle belangen’ en wie zijn ‘alle partijen’; er bestaat voor zover ik weet, geen rechtsregel die op dergelijke vragen een richtinggevend antwoord heeft). Bovendien is het de functie van regels dat menselijk gedrag enigszins voorspelbaar is,³² en dat brengt mee dat regels enige continuïteit moeten hebben. Dat impliceert dat de wetgever bij voorkeur niet steeds regels verandert, bijvoorbeeld omdat zij niet blijken te functioneren.

Het privaatrecht is ordeningsrecht bij uitstek. Ik vermoed dat dat voor sommige civilisten een schokkende gedachte is: ordeningsrecht is van de laatste decennia en hoort tot het bestuursrecht. Neen, zou ik willen zeggen: het privaatrecht en het strafrecht zijn weliswaar ouder dan het bestuursrecht, maar beide zijn gewoon ordeningsrecht.³³ Het privaatrecht

30 ‘Onvoldoende’. Ik wil zeker niet betogen dat dat onderzoek geen zin heeft.

31 Het antwoord is politiek en voor de politieke oordeelsvorming is kennis van maatschappelijke posities en verhoudingen nodig, kennis die ten dele via onderzoek wordt verkregen.

32 In het libretto van de opera Jevgeni Onegin van Tsjaikovski komt, overigens met het oog op een duel, vertaald de fraaie zin voor: als er vermoord wordt, moet het wel netjes volgens de regels gaan (uitvoering: Muziektheater Amsterdam 25 juni 2011).

33 Vgl. ook M.Th. Bouwes, ‘Privaatrecht en publiek belang’, in *Buitengewoon in dienst – een decennium wetgeving* (Roes-bundel), Den Haag: Sdu 2007, p. 53-58. A.J. Verheij gaf in zijn interventie op het civilologie-symposium aan dat privaatrecht wel ordeningsrecht is, maar geen beleidsrecht zoals beide andere rechtsgebieden. Echter, ook het privaatrecht is onderworpen aan het beleid van de overheid. Sommige rechtsfiguren zijn al oud, maar zijn ook onderhevig aan intrinsieke wijziging (Koopmans’ pointillistische metafoor); het is beleid niet te veranderen als er geen problemen zijn; ook als de overheid onderlinge verhoudingen regelt, is dat een

recht was al ordeningsrecht, namelijk van de private verhoudingen. Het verbindt rechtsgevolgen aan bepaalde handelingen of feiten, het bevat spelregels. Vaak kwamen die voort uit maatschappelijke verhoudingen, maar niet alleen. De overheid regelde het nodige. Daarnaast wilde de overheid beleidsmatig en uit machtsoverwegingen maar al te graag greep krijgen op het hele privaatrecht. Die greep is er zeker sinds 1800 ook gekomen. Het privaatrecht is vervolgens met de tijd meegegaan, is daarin ordeningsrecht gebleven. Het nam in omvang en specificiteit toe. Valkhoff heeft voor die ontwikkeling de term ‘vermaatschappelijking van het recht’ bedacht.³⁴ Hij laat zien dat het absoluut gedachte eigendomsrecht van den beginne (een reactie op het ancien régime waarin ‘herhaaldelijk inbreuken op de privaateigendom voorkwamen’)³⁵ op allerlei manieren is beperkt: onteigening (de Onteigeningswet van 1851 was bedoeld om kosten en vertraging bij de aanleg van spoorwegen te verminderen), gedogen in het algemeen belang (bijvoorbeeld van telefoonpalen), vernietiging in verband met de volksgezondheid en zo meer. Naar zijn oordeel wentelen het burgerlijk recht en het handelsrecht frappant gelijkelijk voort met de economische verhoudingen.³⁶ Hij ziet een veranderd ritme, vooral na de Eerste Wereldoorlog, en hij ziet dat terug in de wijzigingen in het privaatrecht.³⁷

In dit verband speelt nog een rol dat ook voor de privaatrechtelijke wetgeving geldt dat wat de wetgever beslist dat recht is tussen private partijen, externe effecten heeft. Dit op het niveau dat die regels gelden voor alle zodanige relaties en daarmee een maatschappelijke ordening is geworden, maar tevens daarbuiten. Zo heeft de jurisdisering van de relatie tussen arts en patiënt in de vorm van een versterking van de rechtspositie van de patiënt, de nodige externe (ook economische) gevolgen gehad, zoals M. Trappenburg helder aangeeft.³⁸ Verder heeft aanvullend recht in de vorm van standaardopties (het

kwestie van beleid, zeker omdat die regels voor alle zulke verhoudingen gelden en van daaruit externe werking hebben; regeland recht heeft een grote kans als standaard te gaan gelden en algemeen gevolgd te worden en wordt zo als beleid gebruikt; de overheid draagt via open normen of zelfregulering maatschappelijke velden of individuen op hun verhoudingen te organiseren. Dat lijkt mij allemaal een zaak van ‘beleid’, keuze van instrumenten voor achterliggende doelen. Meer algemeen geldt mijns inziens dat wetgeving het juridisch voertuig van beleid is (zie mijn *De wet als zinsbegoochelingstoestel* (oratie Maastricht) 2004, en *Over wetgeving*, Den Haag: Sdu 2009-2).

34 J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1949-2. De eerste druk is uit 1938.

35 Ibid., p. 17.

36 Ibid., p. 11.

37 Of het werkelijk een ‘vermaatschappelijking’ is, is voor mij overigens nog de vraag. Recht is altijd maatschappelijk; de wetgevers kunnen van mening verschillen over wat moet worden geregeld en hoe. In de Codex van Hammurabi (1800 vóór Christus) staan bijvoorbeeld diverse specifieke bepalingen over adoptiesituaties, acht van de 282 bepalingen in totaal. Kennelijk konden daar in die samenleving conflicten over ontstaan en moest dat geregeld worden.

38 M. Trappenburg, ‘Ik en mijn medepatiënt – jurisdisering in de gezondheidszorg’, *Recht der Werkelijkheid* 2010, vol. 31, 3, p. 40-51. Zij onderscheidt daarvan type 1 jurisdisering: zonder externe gevolgen. Ik denk dat het scheppen van een rechtsverhouding tussen twee partijen altijd maatschappelijke gevolgen heeft, omdat de verhouding tussen al die twee partijen geldt en anderen daarmee rekening gaan houden. Dus ook: type 2: jurisdisering met externe gevolgen.

standaardcontract van het huwelijk, bijvoorbeeld) externe effecten en geeft dat ordening omdat veel mensen geneigd zijn de standaardoptie te kiezen; alternatieven vergen meer inspanning.³⁹

Is privaatrecht al orderingsrecht van zichzelf, er is aan het privaatrecht het nodige bestuursrechtelijke orderingsrecht toegevoegd. Ik reken daartoe de al oude kinderbeschermingsbepalingen in het BW, de vele arbeidsrechtelijke voorzieningen en meer recent de consumentenbescherming. Tegenwoordig is de handhaving van privaatrecht ook al steeds meer een kwestie van publiekrecht geworden: de AFM, de Consumentenautoriteit, de NMa. Een reden is dat door de Europeesrechtelijke inslag het privaatrecht nog meer orderingsrecht is geworden en onderdeel van het Europees beleid.

Overigens is er ten dele een tegenbeweging, zij het dat die ook ordenend is. Om ideologische en praktische redenen (eigen verantwoordelijkheid, geld, stuurbaarheid) staan al jaren marktwerking en deregulering hoog op de wetgevingsagenda, wil de wetgever aansluiten bij het eigen ordenend vermogen van de samenleving.⁴⁰ Een voorbeeld biedt de gezondheidszorg, waar publieke belangen geborgd worden met privaatrechtelijke instrumenten, zoals wat betreft het toezicht dat wordt uitgeoefend door cliëntenorganisaties.⁴¹

Omdat het privaatrecht ordent, ook als er sprake is van opgelegde zelfregulering (het is een paradox), is cruciaal dat het aansluit bij de problemen, processen en mechanismen die bij mensen en in de samenleving spelen. Dat vergt, inderdaad, sociaalwetenschappelijk onderzoek.

4.4.2 *Processen in de werking: semi-autonome velden*

Voor wetgeving in het algemeen en dus ook voor de privaatrechtelijke geldt dat de werking van – wettelijke – regels niet zomaar voorspelbaar is. Dat houdt onder meer verband met het volgende. Een bekende en realistische aanname is dat wetgeving terecht komt in *semi-autonomous social fields*.⁴² In die velden bestaan relaties, machtsverhoudingen, gewoonten, wettelijke en andere regels. Een nieuwe wet moet zich als het ware invechten op dat terrein. Soms maakt de wetgever daar gebruik van door zo'n veld, bijvoorbeeld de bancaire wereld, eigen regels te laten opstellen.

³⁹ Zie R. Thaler en C. Sunstein, *Nudge*, Amsterdam/Antwerpen: Business Contact 2008.

⁴⁰ Zie Vranken 2005, p. 87 e.v., die – als ik hem goed begrijp – drie lagen van regelgeving onderscheidt: wetgeving; jurisprudentiële regelgeving/gebruikelijke invulling van redelijkheid, goed koopmanschap e.d.; en private regelgeving (zelfregulering), zoals bijvoorbeeld neergelegd in standaardcontracten of protocollen. De Hoge Raad is naar zijn waarneming de laatste jaren geneigd die laatste ook als bindende regelgeving te zien.

⁴¹ Bouwes 2007, p. 36.

⁴² Zie J. Griffiths (red.), *De sociale werking van recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996-3.

In die sociale velden spelen de nodige mechanismen en processen een rol en zullen effecten te zien zijn die niet altijd te voorzien waren.⁴³ Ik geef enkele voorbeelden.

- De verplichting flessen met schoonmaakmiddelen te voorzien van een schroefdop had als doel ongelukken met kinderen te voorkomen; zij zouden zo'n flesje niet kunnen openmaken en de gevaarlijke inhoud drinken. Het resultaat was dat er meer ongelukken plaats vonden: ouders gedroegen zich rationeel en schroefden de doppen niet meer dicht, omdat het zo lastig was en tijd kostte ze dan weer open te draaien.⁴⁴
- De Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) was bedoeld als bescherming van debiteuren om niet hun leven lang door hun schulden achtervolgd te worden, faillissementen van natuurlijke personen terug te dringen en crediteuren te dwingen tot een minnelijke regeling. Een rechterlijke schuldsaneringsregeling moest een stok achter de deur zijn jegens schuldeisers om mee te werken aan een minnelijke schikking. Bij een eerste evaluatie bleek dat zo te werken, maar bij een volgende evaluatie kwam naar voren dat de wet werd gebruikt als een gemakkelijke incasso, met een door de rechter aangewezen bewindvoerder die toeziet op de nakoming. De schuldeisers hadden weinig vertrouwen in de minnelijke regeling, beschouwden de bemiddelaar als een beschermer van de belangen van de debiteur.⁴⁵
- Het BW bevat regels om tot een verantwoord en rationeel bestuur van ondernemingen te komen, waarbij aansprakelijkheid een sluitstuk vormt. Kroeze⁴⁶ heeft, gebruik makend van sociaalpsychologische literatuur, erop gewezen dat bestuurders en commissarissen die in een orgaan zitten, geleid worden door 'group think'. Dat men in een groep opereert, leidt ertoe dat individuele leden onderhevig zijn aan normatieve beïnvloeding in de zin dat ze zich moeten conformeren aan wat er binnen de groep wordt gedacht; er wordt overeenstemming gezocht. Dergelijke onderwerping aan de *group think* is overigens erg rationeel, draagt bij aan de bevordering van het eigen belang. Ook de zogenoemde fundamentele attributiefout speelt op groepsniveau. Deze houdt in dat de successen worden geclaimd als het gevolg van eigen handelen, en dat verliezen het gevolg zijn van anderen of van de omstandigheden. Dat gaat nog onbewust. Waarschijnlijk is dat het scheppen van zo'n rooskleurige voorstelling van zaken dat de leden van de raad van bestuur een bonus krijgen voor prachtige prestaties, iets bewuster gaat. Samen liegen versterkt weer het groepsproces. Er dragen andere factoren bij aan de

43 Voor diverse mechanismen die spelen, zie G.J. Veerman en R.J. Mulder, *Wetgeving met beleid – bouwstenen voor een bruikbare wetgevingstheorie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

44 R.J. van den Bergh, *Averchts recht*, (oratie Rotterdam), Groningen/Antwerpen: Intersentia Rechtswetenschappen 2000.

45 N. Jungmann, E. Niemeijer en M.J. ter Voert, *Van schuld naar schone lei*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002; Ö. Akarca, 'De Wsnp: weg ermee?', in W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh en S.B. Pape, *Privaatrecht ondersteund*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 213-239.

46 M.J. Kroeze, 'Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen', in Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 423-458.

group think: de selectie van degenen voor bestuur en raad van commissarissen is heel eenzijdig: relatief lange blanke mannen van boven de vijftig met een WO-diploma en met een nette sociaal-economische achtergrond en bij voorkeur al ervaring als bestuurder. Onder zulke omstandigheden komen kritische bevraging, aanvaarding van ongewenste informatie en aansprakelijkstelling van een medebestuurder niet snel voor.

- De regeling van het huurrecht inzake bedrijfsruimten gaat om bescherming van een zwakke huurder, en om de zekerheid dat je kunt ondernemen. We kennen semi-dwingend huurrecht; van sommige bepalingen mogen contractanten niet afwijken ten nadele van de huurder dan na toestemming van de kantonrechter (vernietigbaar door huurder). Als eenmaal een huurcontract is afgesloten, geldt dat voor vijf jaar. Bij wisselende marktverhoudingen werkt dat niet zomaar goed. Huurbeëindiging in verband met renovatie is bijna onmogelijk, waardoor een verhuurder moeilijk een huurder kan vervangen voor een ander die een marktconforme prijs wil betalen. Dat werkt ook door op macroniveau, zoals in de ontwikkeling van oude stadskernen.

Grappig uit het verleden. De Huurwet van 1971 kende alleen huurbescherming en geen huurprijsbescherming, omdat men meende dat de schaarste voorbij was. Het gevolg was een explosie van huurprijzen met name in gebieden die daarvoor niet geliberaliseerd waren. De huurprijs zou bij de marktontwikkeling achtergebleven zijn en verhuurders verwezen naar de huurprijzen van andere bedrijfsruimten en bij voorkeur naar die op de dan net nieuwe en peperdure Lijnbaan te Rotterdam. Een eenvoudige schoenwinkel in Doetinchem moest dezelfde huurprijs opbrengen. Dit zogenoemde Lijnbaaneffect betekende noodgedwongen huurbeëindiging door de huurder die de nieuwe huur niet kon opbrengen. Het leidde tot nieuwe wetgeving in 1975.

- Huurbescherming van particulieren vindt plaats via beperkte opzegbaarheid en door kanalisering van de huurprijsstijging. Een dergelijk instrument heeft averechtse effecten: het niet kunnen doorberekenen van hogere kosten leidt tot een verminderd aanbod van woonruimte; de zittende huurders profiteren daarvan (en de helft profiteert ten onrechte, omdat het inkomen inmiddels boven de norm is gekomen); verhuurders gaan bovendien op zoek naar laag-risico-huurders; een groep hoog-risico-huurders valt af; er ontstaat, omdat mensen toch moeten wonen, een zwarte markt. Ook kan de kwaliteit van de woningen dalen, omdat de verhuurder niet wil investeren. Welvaarts-economisch is uitgerekend dat de verliezen van de verhuurders niet opwegen tegen de winst van de huurders.⁴⁷

⁴⁷ Van den Bergh 2000; zie ook B. Filippo, 'Wanneer moet paternalisme worden verkozen boven autonomie in het contractenrecht? Beschouwingen over een goede balans, mede aan de hand van het huurbeschermingsrecht', in W.H. van Boom, M.L. Tuil en W. Dijkshoorn, *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 5-26.

Bij de gelding of werking van wetgeving kan dus het nodige gebeuren waardoor de aansluiting tussen de papieren regels van de wet en de dagelijkse werkelijkheid niet maximaal of optimaal is. Om dat te achterhalen is sociaalwetenschappelijk onderzoek nodig, evaluatie *ex post*; aan de hand daarvan kan de wetgever bezien in hoeverre de wet werkt in de zin dat de beoogde effecten worden bereikt.

De aansluiting zal overigens ook daarna naar alle waarschijnlijkheid niet 100% zijn. Dat houdt ermee verband dat de bevindingen van evaluatieonderzoek niet zomaar worden overgenomen (bijvoorbeeld vanwege het mechanisme van de padafhankelijkheid bij het beleid: eens gekozen blijft gekozen), dat een wet uit woorden bestaat die een algemene normatieve strekking hebben⁴⁸ en dat er daarom immer interpretatie van woorden zal zijn, dat er transformatieproblemen zijn tussen de abstracte, relatief digitale wet en de analoge werkelijkheid, en in dit verband: dat de wet uitgaat van een *ceteris paribus*-conditie, terwijl in de tijd de omstandigheden veranderen; de toekomst is onzeker. Daarnaast speelt dan nog dat in methodologisch opzicht evaluatieonderzoeken, zelfs evaluaties *ex post*, beperkingen kennen en het – oorzakelijk – verband tussen wet en werkelijkheid niet scherp kunnen bepalen.

4.4.3 *Het proces van wetgeving is een proces van vertalingen*

In het voorgaande werd gewag gemaakt van enkele perverse effecten van wetgeving. Dat is reden onderzoek daarnaar te doen. Maar ook buiten mogelijke perverse effecten bestaat de kans dat de wettelijke aanpak van een probleem niet aansluit op het maatschappelijk probleem. Het proces van voorbereiding van wetgeving is immers een proces van vertalingen.

- Wetgeving komt tot stand in een politieke arena waarin verschillende partijen, politieke opvattingen en belangen spelen. Er worden compromissen gesloten, waarbij niet alleen standpunten inzake de betreffende wet worden uitgeruild, maar in de ruil mogelijk ook andere wetten of politieke wensen worden betrokken.
- De probleemformulering is niet een neutrale aangelegenheid. Er kunnen verschillende opvattingen bestaan over wat het probleem is; voor onderscheiden actoren kunnen er onderscheiden problemen bestaan of juist niet. Prostitutie is een voorbeeld (het probleem kan zijn: ethisch wat betreft de prostitué(e) dan wel de ‘loper’, gedwongen arbeid, mensenhandel, arbeidsomstandigheden), de aanpak van bijtende pitbullterriërs een ander (het hondenras is het probleem of breder: vergelijkbare rassen, de eigenaar is het probleem, hondengevechten zijn het probleem, omgevingsfactoren zoals niet afgesloten tuinen bepalen het probleem).

⁴⁸ Regels zijn naar hun aard abstract en algemeen. Gedetailleerde en op alle te bedenken situaties toegesneden regels zijn niet mogelijk. Waar het is geprobeerd, lukte en werkte het niet. Zie ook Vranken 2005, p. 79-83.

- Er vindt een bureaucratische vertaling plaats, de globale beleidsinzet moet 'handen en voeten krijgen'. Beleid is beperkt door allerlei restricties, naast politieke ook financiële, technische, juridische. Ze zijn wel aangeduid als Snellens vier rationaliteiten van beleid en wetgeving. Er bestaat daarbij mede vanwege mechanismen als padafhankelijkheid, status quo bias en reductie van cognitieve dissonantie (ongewenste informatie wordt geëcarteerd), een neiging te kiezen voor gebaande wegen. Ook bestaat een neiging te kiezen voor instrumenten die vatbaar zijn voor overheidsinzet en controle, zoals standaarden, maatmannen, forfaits.⁴⁹

In dit verband spelen beleidsgemeenschappen een rol, relaties tussen politici, bestuurders, ambtenaren, en vertegenwoordigers van het maatschappelijk middenveld; daarin bestaan gedeelde opvattingen over problemen en oplossingen van problemen. Bij de voorbereiding zijn dus evenzeer verschillende belangen en rationaliteiten aan de orde, die tot een compromis moeten worden gebracht.

- Er vindt een juridische vertaling plaats. Het ingezette beleid krijgt vorm in rechten, plichten, bevoegdheden, procedurele voorzieningen, toezichtconstructies, sancties. De wet en het daarin vervatte beleid moeten zich verhouden tot hoger recht en tot ander recht.

Daarmee vindt een formalisering plaats, die perverse effecten kan hebben. In het bijzonder denk ik aan het mechanisme van *crowding out*. Dat houdt in dat vervanging van een intrinsieke motivatie (je doet iets als vanzelf of omdat je dat correct vindt) door een extrinsieke motivatie (het moet van de wetgever) leidt tot gedragsverandering: je doet het niet meer.⁵⁰

Het antwoord op de vraag 'is sociaalwetenschappelijk onderzoek op het terrein van de materieel privaatrechtelijke wetgeving nodig?' luidt dus: ja. Regels hebben maatschappelijke gevolgen, mensen gaan met regels aan de slag of juist niet, en de wetgever moet als hoeder van het algemeen belang weten welke effecten zouden kunnen optreden dan wel zijn opgetreden en of die maatschappelijke effecten wel wenselijk zijn.

⁴⁹ J.C. Scott, *Seeing like a State*, New Haven/London: Yale University Press 1998.

⁵⁰ Een vergelijkbaar mechanisme ziet men in het volgende: de wettelijke invoering van cliëntenraden in ziekenhuizen leidde in een aantal gevallen tot een vermindering van de invloed van patiënten, namelijk waar ziekenhuizen tevoren uit eigen beweging juist veel invloed aan cliëntenraden hadden gegeven (J. De Savornin Lohman c.a., *Evaluatie Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen*, Den Haag: ZonMW 2000). Of denk aan de informatieparadox: naarmate mensen meer informatie krijgen, kunnen zij slechter beslissen (A. Dijksterhuis, *Het slimme onbewuste*, Amsterdam: Bert Bakker 2007-4); voor wetgeving die informatieverschaffing verplicht stelt, is dat waarschijnlijk een onbedoeld en een onaangenaam effect.

4.5 BESLUIT

In een democratische rechtsstaat is het de wetgever die de maatschappelijke belangen afweegt en die het beleid voor de komende jaren vaststelt. De wetgever bepaalt welke belangen meetellen en hoe zwaar die gewogen worden, wie voor welke lasten opdraait, welke kosten geëxternaliseerd kunnen worden (afgewenteld op de gemeenschap) en welke kosten geïnternaliseerd. Met de wet worden lusten en lasten (her)verdeeld over de burgers, goederen en diensten van algemeen belang bevonden of juist niet, wordt burgers een indicatie geboden voor het omgaan met *prisoners' dilemma's*, dilemma's tussen eigen belang en algemeen belang, tussen belang op de korte termijn en de lange termijn. De wetgever moet als hij iets regelt, zijn burgers ernstig nemen en dus een beeld hebben van wat zijn regels zullen bewerkstelligen of hebben bewerkstelligd. De wetgever is, zoals gezegd, uiteindelijk verantwoordelijk voor het algemeen belang, voor een eerlijke verdeling van lusten en lasten. Met sociaalwetenschappelijk onderzoek kan meer en meer geobjectiverend inzicht worden verkregen in externe effecten van privaatrechtelijke regels.

Dit geldt naar mijn inzicht voor de wetgever. Ik wil een stap verder doen. Hierboven is aangegeven dat de rechter, in zekere zin ondanks zichzelf, in feite wetgevend werk doet.⁵¹ Diens uitspraken zijn weliswaar gericht op een casus maar kunnen gemakkelijk een algemene werking hebben, zij bevatten oordelen met een politieke en rechtspolitieke lading. Als het juist is dat het privaatrecht zich ontwikkelt in de jurisprudentie, en we signaleren tegelijkertijd dat het rechterlijk oordeel slechts in specifieke omstandigheden wordt gevraagd, en bovendien nogal particulier en subjectief is, maar wel algemene en externe effecten kan hebben, dan leidt dat tot de conclusie dat de wetgever 'zijn verantwoordelijkheid' moet nemen. Vanwege het politieke karakter en vanwege die maatschappelijke effecten van rechterlijke uitspraken zal de wetgever op maatschappelijk relevante terreinen de jurisprudentie bij de kop moeten nemen en op maatschappelijke effecten laten onderzoeken.

Ik wil hiermee niet betogen dat de wetgever de enige rechtsvormende instantie is (mag zijn),⁵² dat de rechter niet rechtsvormend mag zijn of dat er geen recht van onderop kan groeien. Ik wil niet betogen dat de rechter artikel 3:12 BW niet kan toepassen, de redelijkheid

51 Er wordt wel gesteld dat de rechter soms een 'wetgevend oordeel' móet geven, omdat de wetgever 'het laat liggen'. Een voorbeeld zou zijn de kwestie van vergoeding van affectieschade waar de meerderheid van de bevolking voor is, en waartoe het 'rechtsgevoel' ook zou leiden. Het wetsvoorstel werd door de Eerste Kamer verworpen vanwege financiële en godsdienstige redenen; het rechtsgevoel van de Kamer is: niet doen. Moet nu de rechterlijke macht aan dat andere 'rechtsgevoel' tegemoet komen? D. van den Bosch heeft het bepleit in *RegelMaat* (2011/2). Ik zou echter denken: '*Roma locuta, causa finita*'.

52 H. Drion schrijft (Negen stellingen over rechtsvinding, p. 377) dat in een moderne samenleving de rechtsvorming door de rechtspraak als zodanig oneindig veel minder belangrijk is dan de rechtsvorming door de wetgever.

en billijkheid niet mede in maatschappelijk verband moet beschouwen. Ik wil slechts betogen dat de wetgever op maatschappelijk relevante gebieden waar de rechtspraak voor de rechtsontwikkeling zorg droeg of draagt, sociaalwetenschappelijk onderzoek moet laten doen naar de jurisprudentie. Op zich is het lastig op voorhand te zeggen op welke terreinen dat onderzoek nodig is. Er zijn wel enkele suggesties gedaan en te doen.

We weten niet, schrijft Vranken, of zekerheidsrechten naar behoren werken, of het overeenkomstenrecht geharmoniseerd moet worden met het oog op een goed functionerende gemeenschappelijke markt, of zakenlui behoefte hebben aan duidelijke en harde regels, of de samenleving iets redelijk en billijk zal vinden of dat een maatschappelijke overtuiging werkelijk bestaat. Dat zijn alle maatschappelijk en beleidsmatig zeer relevante vragen; een antwoord daarop zou niet overbodig zijn. Ik kan daar bijvoorbeeld aan toevoegen dat de effecten van open normen, van bevordering van marktwerking, van de toepassing van informatieplichten, van het gebruik van private toezichtconstructies evenzeer onderzoek vergen. Effecten ervan zijn soms bekend als uitschieters (de taxibranche), we weten dat de handhaving van zelfregulering een bottleneck is, we weten dat voor sommige justitiabelen open normen heel vervelend zijn (onduidelijk, kostbaar), maar we weten er *au fond* nog weinig van.

Ik wil hier, ten besluit, het volgende aan toevoegen. Wetgeven is sturen in de mist en sociaalwetenschappelijk onderzoek kent zijn beperkingen. Vanwege het regelend karakter zou mogelijk in het privaatrecht, meer dan op andere rechtsgebieden, met regels geëxperimenteerd kunnen worden, bijvoorbeeld door rechtsfiguren of regels eerst voor beperkte groepen van toepassing te verklaren, in de vorm van experimentele en controlegroepen of voor een specifieke maatschappelijke groep om te zien of en hoe regels daar uitwerken. Het privaatrecht als proeftuin.

5 **EMPIRISCH ONDERZOEK IN DE FAMILIERECHT WETENSCHAP**

W. Schrama*

SAMENVATTING

Het familierecht is bij uitstek een rechtsgebied binnen het privaatrecht dat zich leent voor een interdisciplinaire bestudering. De onderwerpen waarop dit rechtsgebied zich richt, zijn namelijk tevens onderzoeksterreinen in sociaalwetenschappelijke disciplines; ieder met zijn eigen invalshoek. Met het oog op de vraag in hoeverre familierecht, -beleid en uitvoeringspraktijk goed functioneren, is het combineren van kennis uit die uiteenlopende invalshoeken bijzonder zinvol. Het levert complementaire kennis en inzicht op over hoe families en familierecht (niet) werken en waarom dat zo is. Een bijkomend voordeel van een interdisciplinaire onderzoeksbenadering is dat deze kennis, meer dan de juridische data die nu voor veel rechtswetenschappelijk onderzoek gebruikt worden, op bewijs gericht is en daardoor een grotere betrouwbaarheid kan hebben. Voor wat betreft het rechtswetenschappelijk onderzoek naar familierecht is er veel winst te behalen, gelet op het feit dat er nog maar weinig gebruik wordt gemaakt van empirische methoden en inzichten uit andere disciplines. In deze bijdrage wordt vanuit het perspectief van de civilologie ook ingegaan op een aantal routes voor de toekomst.

5.1 INLEIDING

Het doel van deze bijdrage is nagaan welke onderzoeksvragen rechtswetenschappelijk onderzoek kan beantwoorden en welke mogelijkheden empirisch en interdisciplinair onderzoek daarbij biedt. Centraal staat de vraag naar de stand van zaken in de rechtswetenschap op het terrein van het familierecht. In welke mate wordt reeds gebruik gemaakt van empirische informatie uit andere disciplines en wat is de winst die hiermee behaald kan worden? Aan de orde komen ook aspecten die mogelijk een rol spelen ter verklaring van de huidige stand van zaken. Vervolgens wordt aan de hand van een uitstapje naar

* Dr. mr. Wendy Schrama is senior onderzoeker bij het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Veiligheid en Justitie. Daarnaast is zij als honorair universitair hoofddocent familierecht verbonden aan het *Utrecht Centre for European Research into Family Law* (UCERF) van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht. E-mailadres: W.M.Schrama@minvenj.nl.

buitenlandse sociaalwetenschappelijke literatuur over kinderalimentatie belicht wat het nut kan zijn van het gebruik van andere disciplines, welke onderzoeksvragen interessant zijn en hoe dat soort onderzoek vorm kan krijgen. Het gebruik van empirische en interdisciplinaire methoden is niet eenvoudig; daar wordt kort bij stilgestaan. Tot slot wordt een perspectief voor de langere termijn geschetst voor de ontwikkeling van een nieuw civilologe terrein specifiek voor families en familierecht.

Eerst wordt ingegaan op enkele terminologische aspecten. De termen ‘multidisciplinair’ en ‘interdisciplinair’ onderzoek worden in deze bijdrage niet gebruikt als equivalenten van empirisch onderzoek.¹ Rechtswetenschappelijk onderzoek kan monodisciplinair zijn (onderzoeksbenadering), maar tegelijk gebruik maken van empirische onderzoeksmethoden (methode). Bij empirisch onderzoek wordt een bepaald verschijnsel in kaart gebracht op basis van informatie over de werkelijkheid; dat kan met kwantitatieve en kwalitatieve data, met waarnemingen of experimenten.² Een empirische onderzoeksmethode die in familierechtelijk onderzoek veel gebruikt wordt, is jurisprudentieonderzoek.³ De vraag bijvoorbeeld hoe de rechter omgaat met verzoeken om na een echtscheiding met de kinderen te mogen verhuizen, kan door empirisch onderzoek worden beantwoord.⁴

Met interdisciplinair onderzoek wordt in deze bijdrage bedoeld onderzoek waarbij data uit andere disciplines (sociaalwetenschappelijk, economisch, anderszins) worden gebruikt in rechtswetenschappelijk onderzoek. Deze data zijn vaak empirisch onderbouwd, maar dat hoeft niet het geval te zijn. Gesteld dat in het bovengenoemde onderzoek naar verhuizingen van kinderen na echtscheiding naast een juridische analyse ook gegevens

1 Weliswaar zijn dit twee verschillende concepten, die in de literatuur worden onderscheiden, maar er is geen algemeen aanvaarde definitie in de rechtswetenschap zelf. Zie bijv. R. van Gestel, ‘Wetgeving en wetenschap’, *Ars Aequi* 2009, p. 30-36 en J.B.M. Vranken, ‘Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap’, *WPNR* 2010, p. 318-328, op p. 324, die de term multidisciplinair gebruiken, en B. van Roermund, ‘Rechtswetenschap – disciplinair en interdisciplinair’, *ReR* 2005, 1, p. 81-107 die de term interdisciplinair gebruikt, terwijl in beide gevallen bedoeld wordt op onderzoek dat data van meer dan één discipline gebruikt. Zie ook: S. Taekema en B. van der Klink, ‘Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research’, in B. van der Klink en S. Taekema, *Law and Method*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 7.

2 L. Epstein en G. King, ‘The Rules of Interference’, *The University of Chicago Law Review* 2002, vol. 69, p. 1-133.

3 Een methode die door juristen slechts impliciet verantwoord wordt. Wat veelal wordt verstaan onder jurisprudentieonderzoek is het analyseren van een bepaalde rechterlijke uitspraak. De bron die daarbij gebruikt wordt, is in die gevallen in de regel uitsluitend de uitspraak zelf en niet het onderliggende dossier. Onderzoek waarbij het hele dossier wordt onderzocht (ik noem het hier bij gebrek aan een algemeen gangbare term uit de rechtswetenschappelijke discipline dossieronderzoek) is onder juristen geen gebruikelijke onderzoeksmethode.

4 Overigens is deze visie op empirisch onderzoek niet onomstreden, omdat wordt betoogd dat het zou moeten gaan om waarnemingen over ‘the real world’ en het is afhankelijk van welke visie men op dit begrip van wereld heeft, of dit eronder zou vallen: D. Snyder, ‘Go Out and Look: The Challenge and Promise of Empirical Scholarship in Contract Law’, *Tul. L. Rev.* 2006.

zijn gebruikt uit onderzoek naar het welbevinden van kinderen, gemeten op verschillende momenten, dan is het interdisciplinair, empirisch onderzoek.⁵

Deze twee aspecten, enerzijds het gebruik van een empirische methode en anderzijds een interdisciplinaire benadering, zijn weliswaar duidelijk te onderscheiden, maar hangen toch nauw met elkaar samen, zoals hierna nog zal blijken.

Ten slotte volgt vooraf nog de opmerking dat deze bijdrage vanuit een rechtswetenschappelijk vertrekpunt start en niet vanuit een (rechts)sociologisch perspectief. Dat betekent dat de onderzoeksvragen worden gegenereerd vanuit het juridisch domein en niet vanuit de sociaalwetenschappelijke discipline. Dat levert andere onderzoeksvragen op, die primair vanuit de juridische discipline beantwoord worden, mede op basis van resultaten uit andere disciplines. Wat de stand van zaken is op het terrein van niet-juridische disciplines waar het om families en recht gaat, komt slechts zijdelings aan de orde.

5.2 WAT ZIJN BELANGRIJKE ONDERZOEKSVRAGEN IN HET FAMILIERECHT?

5.2.1 *Functies van familierecht*

Familierecht vervult een aantal functies, die deels specifiek aan het familierecht verbonden zijn en deels generiek voor alle rechtsgebieden gelden. Onder familierecht wordt hier verstaan het bredere terrein dat qua onderwerp ook het jeugdrecht omvat en qua instrumenten zowel wet- en regelgeving, rechtspraak als uitvoeringspraktijk. Er is in de familierechtsliteratuur opmerkelijk weinig informatie te vinden over de overkoepelende doelen van familierechtregulering en beleid.⁶ Voor specifieke onderwerpen is meer aandacht voor de doelstellingen. De indeling die hierna gemaakt wordt is derhalve gebaseerd op rechtssociologische literatuur.⁷ Tenminste vijf basisfuncties kunnen worden onderscheiden.⁸ In de eerste plaats is een essentiële functie van het familierecht het ordenen en reguleren van private relaties tussen mensen. Daarmee worden geschillen voorkomen. Als er toch geschillen ontstaan, dan zijn er in de tweede plaats regels over hoe daarmee moet worden omgegaan (geschilbeslechtingsfunctie). De derde functie van het familierecht is het bieden van bescherming aan zwakke partijen. Kinderen krijgen veel bescherming, maar ook partners worden tegen zichzelf en de ander beschermd, net als meerderjarigen die niet optimaal voor zichzelf kunnen zorgen. Specifiek voor het familierecht is dat het zeer per-

5 Bijv. T. Glennon, 'Divided Parents, Shared Children', in K. Boele-Woelki, *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Leuven: Intersentia EFL reeks nr. 23 2009, p. 83-106, met verwijzingen naar uiteenlopende onderzoeken op dit terrein.

6 Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, 2010, nr. 1-10, met name nr. 10.

7 R.J.S. Schwitters, *Recht en samenleving in verandering: inleiding in de rechtssociologie*, Deventer: Kluwer 2008, p. 27 e.v.

8 W.M. Schrama, 'Een redelijk en billijk relatierecht', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2010, 4, p. 1703-1740.

soonlijke relaties zijn, zowel op horizontaal (bijvoorbeeld partners) als verticaal niveau (met name ouder-kind). Dat heeft implicaties voor de rol van de staat, die aan de ene kant een gepaste afstand dient te bewaren en aan de andere kant actief dient in te grijpen indien dat noodzakelijk is ter bescherming. De manier waarop de staat dat regelt, kan niet willekeurig worden ingevuld: de staat heeft namelijk de fundamentele mensenrechten en grondrechten te eerbiedigen (normatieve functie). Dat is in het bijzonder voor het familierecht van belang, omdat het internationale verdragenrecht speciale bescherming biedt aan familierelaties en kinderen.⁹ Dat bepaalt de afstand die de staat in acht moet nemen: soms groot, soms juist klein. Het realiseren van fundamentele waarden kan als een vijfde functie van het familierecht worden aangemerkt (instrumentele functie). Familierecht is, afgezet tegen andere rechtsgebieden binnen het privaatrecht, voor een veel groter gedeelte dwingend recht.

5.2.2 *Rol van rechtswetenschappelijk onderzoek*

Gegeven deze functies is de stap naar wat de rol kan zijn van rechtswetenschappelijk onderzoek op dit terrein voor de hand liggend: onderzoeken of het recht en beleid de doelen die hiermee worden nagestreefd, realiseert. Biedt het recht daadwerkelijk de bescherming die met een specifieke rechtsregel beoogd is? Bestaat er voldoende duidelijkheid over de rechtsregels op een bepaald terrein? Komt de normatieve functie uit de verf?

Dergelijke vragen kunnen op twee manieren worden benaderd.¹⁰ Enerzijds vanuit het rechtssysteem; de onderlinge verhoudingen tussen rechtsregels, rechtsbeginselen en begrippen moet duidelijk zijn en met elkaar overeenstemmen. Dit is het interne meetsysteem van het recht, dat de interne consistentie bepaalt. Als sprake is van inconsistentie of onduidelijkheid, dan kan worden aangenomen dat de rechtsregel zijn functies niet goed vervult.¹¹ Dat kan het geval zijn als er veel procedures moeten worden gevoerd om helder te krijgen wat de rechtsregel inhoudt en hoe hij zich verhoudt tot andere normen. Ook als de interne meetafstanden niet kloppen, bijvoorbeeld omdat er sprake is van strijdigheid van rechtsregels onderling, zal dat rechtsgebied in de regel niet optimaal functioneren, in ieder geval niet naar interne juridische normen gemeten. Centraal staat hierbij in het algemeen de vraag naar 'behoren' en niet naar 'zijn'. De onderzoeksvraag waartoe internationale en nationale fundamentele beginselen verplichten kan hier onder geschaard worden. Dit onderzoek waarbij het functioneren van het recht naar interne, juridische standaarden

9 Bijv. art. 8 EVRM. Asser-De Boer 2010, nr. 11-20.

10 Zie ook W.M. Schrama, 'How to carry out interdisciplinary legal research: Some experiences with an interdisciplinary research method', *Utrecht Law Review* 2011, 1, p. 147-162 (www.utrechtlawreview.org).

11 Tenzij de rechtsregel in kwestie sowieso een dode letter is.

wordt gemeten,¹² wordt hierna monodisciplinair rechtswetenschappelijk onderzoek genoemd.¹³

Dat onderzoek laat zich afzetten tegen interdisciplinair rechtswetenschappelijk onderzoek. Daarbij staat het functioneren van het recht centraal op basis van empirische, niet-juridische gegevens over hoe het specifieke rechtsgebied in het echt werkt. Het gaat daarbij voor een belangrijk deel om de koppeling tussen het gedrag van mensen en de manieren waarop daarmee in het recht wordt omgegaan. Dat veronderstelt dat het om goed functionerend recht te maken nodig is te weten: 1) wat het gedrag van mensen is; 2) welke processen daarbij een rol spelen; 3) welke factoren daarop van invloed zijn; 4) welke rol bepaalde instrumenten en interventies daarin kunnen spelen en wat de *law in action* doet. Dat zijn vraagstukken waar vanuit het recht geen antwoord op gevonden kan worden; het gaat om 'is' in plaats van 'ought'. Daarvoor is empirisch interdisciplinair onderzoek nodig. Die kennis kan vervolgens weer worden gebruikt om te beoordelen of het rechtsgebied in kwestie goed de functies vervult, waarvoor het in het leven is geroepen. Dit type onderzoek wordt hierna interdisciplinair rechtswetenschappelijk onderzoek genoemd.

5.3 STAND VAN ZAKEN IN NEDERLANDS FAMILIERECHTELIJK ONDERZOEK

5.3.1 *Stand van zaken*

Hiervoor is, geredeneerd vanuit de doelstellingen van het familierecht, beargumenteerd welke onderzoeksvragen aan de hand van welke benadering gesteld kunnen worden in juridisch onderzoek naar families. Een interessante vraag vanuit de civilologiegedachte is wat de stand van zaken is in het familierechtelijke onderzoek. Daarbij kan op de twee aspecten worden gelet die hiervoor al zijn onderscheiden: enerzijds in hoeverre in juridisch onderzoek gebruik gemaakt wordt van een empirische methode en anderzijds de vraag in hoeverre van externe empirische data gebruik gemaakt wordt om onderzoeksvragen te beantwoorden. Hierna wordt alleen de tweede vraag beantwoord. De vraag in hoeverre binnen monodisciplinair juridisch onderzoek gebruik van empirische methoden wordt gemaakt, is lastiger te operationaliseren.¹⁴ In zekere zin wordt namelijk in de meeste artikelen wel op een of andere wijze gebruik gemaakt van empirische data, zoals een jurispru-

¹² Vgl. J. Goldsmith en A. Vermeule, 'Empirical Methodology and Legal Scholarship', 69 *U. Chi. L. Rev.* 2002, 153.

¹³ Gangbaar zijn ook de termen traditioneel of dogmatisch juridisch onderzoek, alsmede intern juridisch onderzoek. Vgl. Vranken 2010. Zie ook Schrama 2011, p. 147-162; Taekema en van der Klink 2011, p. 7.

¹⁴ Vermelding verdient in ieder geval het bijzonder waardevolle onderzoek naar de praktijk van huwelijkse voorwaarden. Meest recent: M.J.M. van Mourik en W. Burgerhart, 'De ontwikkeling in de praktijk der huwelijks- en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003', *WPNR* 2005/6648, p. 1027-1039.

dentieonderzoek. Het feit dat dit in praktisch alle onderzoeken wel in enige mate gebeurt, zegt evenwel niet veel over de interessantere vraag of dat ook op een methodologisch verantwoorde wijze wordt gedaan. Dat is een vraag die zich vanwege de omvang hier niet leent voor beantwoording.¹⁵

Dat houdt in dat hierna alleen in kaart is gebracht in hoeverre empirische data uit andere disciplines zijn gebruikt in juridische publicaties op het terrein van het familierecht. Het jaar 2010 is als meetperiode genomen. Het ware beter om meerdere jaren te onderzoeken, maar gelet op de beschikbare tijd is de selectie potentieel relevante publicaties daartoe beperkt. Met het oog op de recent toegenomen belangstelling voor multidisciplinair en empirisch onderzoek biedt deze periode ook de meeste kans op dit soort onderzoek. Dat betekent dat er vermoedelijk eerder een overschatting van het aandeel niet puur-juridische onderzoeken plaatsvindt bij deze steekproef dan een onderschatting.

Het is lastig om precies te bepalen waar het ene rechtsgebied begint en het andere ophoudt; wanneer is een publicatie familierechtelijk van aard? Hierna wordt dit als volgt geoperationaliseerd voor wat betreft het juridische karakter: het moet gaan om een publicatie verschenen in een juridisch tijdschrift/boek, waarbij gebruik gemaakt is van juridische onderzoeksmethoden, zoals een analyse van verzamelde regelgeving, juridische literatuur of rechtspraak. De onderzoeksvraag vertrekt vanuit het juridisch domein en niet vanuit een sociaalwetenschappelijk perspectief. Het begrip 'familierechtelijk' ziet op publicaties die een van de 'klassieke' Boek 1 BW-onderwerpen betreffen, maar ook op bijvoorbeeld het jeugdrecht en de Wet Tijdelijk Huisverbod. Snijvlak-onderwerpen zijn niet meegenomen; zo zijn het internationale privaatrecht inzake het familierecht en belastingrechtelijke onderwerpen met een link met het familierecht en erfrechtelijke thematiek niet geselecteerd.¹⁶ Denkbaar is, omdat juridisch en empirisch geen tegenstellingen zijn, dat een onderzoek juridisch-empirisch van aard is; in dat geval maakt het ook deel uit van de steekproef.

Op de volgende wijze is nagegaan of gebruik wordt gemaakt van empirisch, interdisciplinair onderzoek in familierechtelijke publicaties. Geselecteerd zijn het *Tijdschrift voor*

15 Als voorbeeld: Als blijkt uit onderzoek naar rechtszaken over verhuizing na scheiding dat in circa 50% van de zaken verhuizing van de verhuizende moeder is toegestaan met de kinderen, dan is de vraag welke conclusie daaraan verbonden mag worden. Immers, slechts een klein gedeelte van alle jurisprudentie wordt gepubliceerd (L. Mommsers, G.-J. Zwenne en B. Schermer, Het best bewaarde geheim van de raadkamer, Over de toegankelijkheid van de rechtspraak, *NJB* 2010, 2072-2078, 1,5% van de in 2009 gewezen uitspraken is opgenomen op <www.rechtspraak.nl>) en we hebben geen gegevens over de zaken die wel en niet worden gepubliceerd. Zou men een dergelijke analyse willen doen, dan dienen de verschillende factoren die van invloed zijn op de beslissing per uitspraak gecategoriseerd te worden, dient de Raad voor de rechtspraak om medewerking gevraagd te worden om een betrouwbare steekproef te trekken en dossiers te bestuderen.

16 Overigens zou dit waarschijnlijk geen hogere score opleveren.

Familie- en Jeugdrecht, het *Echtscheidingsbulletin*, *WPNR*, *NJB*, *Recht der Werkelijkheid*¹⁷ en onderzoeksrapporten van het WODC. Er is geen onderzoek gedaan naar publicaties van Nederlandse onderzoekers in buitenlandse tijdschriften en andere Nederlandstalige tijdschriften. Per aflevering is bekeken welke publicaties zijn verschenen. In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen verschillende types interdisciplinair onderzoek, uiteenlopend van interdisciplinair inspiratie opdoen tot een daadwerkelijk geïntegreerd onderzoek.¹⁸ Voor dit onderzoek zijn al deze types meegeteld als interdisciplinair. Publicaties waarbij slechts een enkele maal verwezen is naar sociologische gegevens zijn evenwel niet meegeteld.¹⁹ De resultaten zijn in tabel 1 weergegeven.

Tabel 1 Aantal familierechtelijke publicaties met interdisciplinaire, empirische component

2010	Familierechtelijke publica- ties	Met empirische data
<i>FJR</i>	19 artikelen 8 notities	3 ²⁰ 0
<i>EB</i>	32	0
<i>WPNR</i>	12	0
<i>NJB</i>	2	0
<i>Recht der Werkelijkheid</i>	1	1 ²¹
WODC	3	3 ²²
Totaal	77	7

17 *Recht der Werkelijkheid* vertrekt als hoofdregel weliswaar vanuit de niet-juridische hoek, maar kan wel bijdragen bevatten waarin het juridisch perspectief bepalend is.

18 Taekema en van der Klink 2011, p. 10-14.

19 Zie bijv. T.F.H. Reijnen, 'Huwelijksvoorwaarden, echtscheiding en de notaris, of: alles wat geen natuurwet is, is dogma', *WPNR* 2010, 6867.

20 M. Bruning en I.W.M. Olthof, 'Verbeteringen op komst voor het ontvoerde kind?', *FJR* 2010, 11; W.M. Schrama en A.R. Poortman, 'Familiësolidariteit vanuit een juridisch en sociologisch perspectief', *FJR* 2010, 6; P. Vlaardingerbroek en M. de Hoon, 'De leiding van de rechter bij echtscheiding', *FJR* 2010, 5.

21 R. de Boer en A. van Montfoort, 'Recht op jeugdzorg: betekenis en praktijk', *RdW* 2010, p. 69 e.v., dat enige empirische data meldt.

22 Pro Facta, *Rechtsbescherming van Uithuisgeplaatsten, Een verkennend onderzoek*, Eindrapport Groningen, juli 2010; Den Haag: WODC 2010; T.M. Timmermans, W. Kroes en G. Homburg, *Partiële kwaliteitsbepaling RIHG*, WODC, Regioplan Beleidsonderzoek, Amsterdam, Regioplan Beleidsonderzoek, 2010; W. Buysse, N. Hilhorst, A.-M. Broeders en L. Loef, *Gezinsbegeleiding in vrijwillig en gedwongen kader*, WODC, DSP-groep, Amsterdam, DSP-groep, WODC, 2010. Buiten beschouwing is hierbij gebleven de Rechtsbijstand Monitor waarin ook interessante data staan over aantallen rechtszaken binnen het familierecht en de daaraan verbonden kosten voor rechtsbijstand: zie M.T. Croes, M. ter Voert, T. Geurts en F. Zwenk, *Monitor Rechtsbijstand en geschiloplossing*, Cahier 2010-7, WODC Den Haag.

Het lijkt erop dat familierechtelijke dissertaties slechts weinig empirische data bevatten; de focus ligt meer op rechtsvergelijking of het internationale kader.²³ Er zijn bijvoorbeeld geen *family law and economics*-proefschriften verschenen, voor zover hier kon worden nagegaan.²⁴

De conclusie is dat de huidige stand van zaken in de Nederlandse familierechtelijke tijdschriften betrekkelijk weinig rechtswetenschappelijk onderzoek plaatsvindt waarin een combinatie met inzichten uit een andere discipline worden gebruikt ten behoeve van rechtswetenschappelijk onderzoek. Het onderzoek verricht voor het WODC speelt een relatief grote rol; zou dat buiten beschouwing worden gelaten, bijvoorbeeld met het idee vast te stellen wat zich *bottom up* in het veld zelf ontwikkelt, dan is slechts zo'n 5% van de publicaties in enige mate interdisciplinair. Er ligt in dit opzicht aldus een groot terrein braak.

5.3.2 Mogelijke verklaringen

Waarom gebeurt interdisciplinair onderzoek zo weinig,²⁵ terwijl het zulke essentiële antwoorden oplevert voor het functioneren van het familierecht? Daar is geen simpel antwoord op te geven;²⁶ daarvoor is vermoedelijk een combinatie van factoren aan te wijzen. In het onderzoek dat de *Nuffield Foundation* in Engeland heeft laten uitvoeren door Genn, Partington en Wheeler is na een uitgebreide studie een aantal oorzaken in kaart gebracht voor het gebrek aan empirisch juridisch onderzoek.²⁷ Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om een vergelijkbare exercitie te ondernemen, maar de verklaringen in het *Nuffield*-onderzoek zijn ook voor Nederland interessant. Een belangrijke oorzaak die in de context van civilologisch onderzoek wordt genoemd in het rapport is een capaciteitstekort

23 Niet limitatief: K.J. Saarloos, *European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage*, Maastricht: Océ Business Services 2010; N.A. Baarsma, *The Europeanisation of international family law, From Dutch to European law: an analysis on the basis of the choice of law on divorce and on the termination registered partnership*, Groningen: Europa Law Publishing, 2010.

24 Overigens zijn er wel enkele proefschriften uit voorgaande jaren met een grote empirische (maar niet zozeer interdisciplinaire) onderzoekscomponent: B.M. Dijksterhuis, *Rechtens normeren de alimentatiehoogte*, Leiden: Leiden University Press 2008; C. van Rooijen, *Scheiden zonder vrijheid*, Amsterdam: VU 2007.

25 W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij, 'Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording', in Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 30 die een aantal mogelijke factoren aanvoeren ter verklaring van de stand van zaken in het privaatrecht, dat vermoedelijk nog wat minder empirisch en interdisciplinair is dan het familierecht.

26 Omgekeerd kan ook de vraag worden gesteld waarom het wel gebeurt, terwijl de hele infrastructuur in wetenschappelijk juridisch terrein er niet op gericht is. Dat is naar mijn idee deels omdat het om opdracht-onderzoek gaat (zie hiervoor), deels innovatief onderzoek betreft en deels omdat het besef langzaam doordringt dat dit soort onderzoek wenselijk is.

27 Genn, Partington en Wheeler 2006, zie <www.ucl.ac.uk/laws/socio-legal/empirical/docs/inquiry_report.pdf>

aan juridische professionals: juridische onderzoekers hebben niet de opleiding en achtergrond om niet-juridische methoden en vaardigheden toe te passen.²⁸ Dat is in Nederland niet veel anders. Juristen worden geschoold in juridische methoden en inhoudelijk in vakgebieden, maar voor empirie is in de opleiding weinig plaats.²⁹ Daarmee in verband staat dat de opleiding sterk op de praktijk gericht is, hetgeen meer aandacht voor empirisch juridisch onderzoek niet bepaald bevordert.

De auteurs van het rapport wijzen ook op een algehele onderinvestering in empirisch onderzoek, specifiek op het terrein van het civiele recht, waarbij als een van de punten van aandacht wordt opgemerkt dat civilologie een bijzonder breed terrein beslaat.³⁰ Dat terrein is onvergelijkbaar met criminologie en heeft wellicht, zo voeg ik er aan toe, op het eerste gezicht minder politieke urgentie. Het voorkomen en beperken van criminaliteit is politiek gezien van groot belang, maar terwijl dat belang bij veel civielrechtelijke onderwerpen ook groot is, is het minder zichtbaar en minder makkelijk politiek 'verkoopbaar'.

In het rapport worden ook de tradities en de cultuur van rechtswetenschappelijk onderzoek benoemd, die relatief ver van sociale wetenschappen af staan. Daarnaast is de infrastructuur voor empirisch onderzoek in onvoldoende mate aanwezig. Ook die aspecten zijn niet alleen op de Engelse situatie van toepassing, maar spelen ook in Nederland een rol.

In aansluiting daarop geldt dat de rechtswetenschap in zekere opzichten atypisch is als wetenschapsgebied. Een belangrijk verschil met niet-juridische disciplines is dat bij rechtswetenschappelijk onderzoek de interne maatstaven en meetinstrumenten steeds en in hoog tempo aan verandering onderhevig zijn.³¹ Het bijhouden van de interne normen is op zichzelf al een hele klus, omdat er juist in het familierecht³² constant nieuwe wetgeving, internationale regels, rechtspraak bij komen, die bovendien, anders dan in het predigitale tijdperk, op een steeds grotere schaal algemeen toegankelijk zijn. Zou de rechtswetenschapper een onderzoek willen doen naar rechtspraak over echtscheiding, dan levert een zoekopdracht op rechtspraak.nl voor het jaar 2010 al 1.254 zaken op. Dat is slechts een klein deel van het totale aantal van jaarlijks circa 27.000 rechtszaken³³ over echtscheiding en daaraan gerelateerde onderwerpen, maar toch al grootschalig.³⁴ Daar komt nog bij dat de bronnenverscheidenheid toeneemt; tijdschriften, commentaren, boekseries en kennisbanken

28 Vgl. Genn, Partington en Wheeler 2006.

29 Vgl. Epstein en King 2002, p. 9. Zie ook Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 30.

30 Genn, Partington en Wheeler 2006, p. 34.

31 Niet de rechtsbeginselen *an sich*, maar wel de invulling die daaraan wordt gegeven in concrete, veranderende wetgeving en nieuwe rechtspraak.

32 W.M. Schrama, 'Een vierde trede in het familierecht? Een blik in het verleden en op de toekomst van het Nederlandse familierecht', in K. Boele-Woelki (red.), *Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, UCERF reeks 3, Nijmegen: Ars Aequi 2009, p. 69-91.

33 M. ter Voert en T. Geurts, 'Hoeveel kost gesubsidieerde rechtsbijstand voor scheidingen?', *FJR* 2011, 7/8.

34 Dit vraagt om een andere uitvoering van het jurisprudentieonderzoek dan nu gebeurt, waarbij een steekproef getrokken wordt in plaats van het willekeurig kiezen van bepaalde uitspraken.

over familierechtelijke onderwerpen schieten als paddenstoelen uit de grond. Kennelijk is het commercieel rendabel, maar vanuit rechtswetenschappelijk perspectief wordt het er daardoor niet eenvoudiger op.³⁵ Deze ontwikkelingen dragen eraan bij dat de wetenschap zich vooral richt op het bijhouden van de berg informatie en het in kaart brengen van de interne consistentie, waardoor de externe consistentie niet ook nog eens aan de orde komt. Dit effect wordt versterkt door de sterke gerichtheid van de opleiding en de wetenschap op de rechtspraktijk.³⁶ Studenten worden opgeleid om uit de voeten te kunnen met het intern juridisch perspectief, want daar moet later mee worden gewerkt. De wetenschap voorziet de praktijk van de laatste stand van zaken en lost juridische inconsistenties op, evenzeer vanuit intern perspectief.³⁷ De sterke focus op het interne perspectief leidt ertoe dat er weinig ruimte en noodzaak is om de blik verder naar buiten te richten.

De snelheid waarmee de interne normen veranderen en de oriëntatie op de rechtspraktijk leiden er ook toe dat het van groot belang is om wetenschappelijke resultaten snel te kunnen publiceren. Dat verhoudt zich slecht tot gangbare procedures in andere disciplines met in vergelijking zeer lange termijnen voordat een artikel daadwerkelijk gepubliceerd is; na die termijn is de juridische werkelijkheid vaak alweer achterhaald. Om diverse redenen ligt er dus een zekere tijdsdruk om snel te informeren en te publiceren over het interne perspectief, terwijl interdisciplinair en empirisch onderzoek doen een grote tijdsinvestering vraagt, die niet direct vruchten afwerpt. Dit vergemakkelijkt het niet om deze weg in te slaan. Dit alles heeft verschillende implicaties, die hierna besproken worden in paragraaf 5.

5.4 NUT VAN INTERDISCIPLINAIR ONDERZOEK

5.4.1 *Input voor evidence based recht*

Waarom zouden we interdisciplinair onderzoek doen? Een belangrijk voordeel van deze benadering is dat het bereik van dit type onderzoek veel groter is dan dat van monodisciplinair onderzoek. Bovendien bieden de onderzoeksresultaten antwoord op maatschappelijk relevante vragen, die tot een betere afstemming van het recht op de maatschappij kunnen leiden.³⁸ Dat is vanuit maatschappelijk oogpunt wenselijk, zeker nu het familierecht voor een groot deel dwingend recht bevat, waarvan niet bij contract kan worden afgeweken.

³⁵ Vgl. C.J.M.M. Stolker, 'Ja, geléerd zijn jullie wel', *NJB* 2003, p. 766-778. Het moet niet alleen bijgehouden, maar ook geschreven worden.

³⁶ S. Taekema, 'Relative Autonomy, A Characterisation of the Discipline of Law', in B. van der Klink en S. Taekema, *Law and Method*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 33 e.v., die dit zelfs het meest in het oog lopende kenmerk van de rechtswetenschap noemt.

³⁷ Ibid. p. 39 e.v.

³⁸ Vgl. Van Gestel 2009, p. 30-37, p. 35; Schrama 2011.

Als onderzoek erop gericht is te analyseren of een nieuw instrument of interventie de doelen waarvoor deze in het leven wordt geroepen, realiseert, dan zijn empirische data uit andere disciplines onmisbaar. Gedragsveronderstellingen die aan deze instrumenten ten grondslag liggen, kunnen worden getoetst op hun houdbaarheid. Is datgene wat het recht veronderstelt ook dat wat in de werkelijkheid plaatsvindt? Werkt het recht? Dat is tot op zekere hoogte meetbaar, maar niet met een intern juridische benadering. Een punt van aandacht daarbij is, dat niet zonder meer duidelijk is welke doelstellingen en welke gedragsassumpties aan een bepaalde regel ten grondslag liggen.³⁹ In dat geval zal dat eerst geëxpliciteerd moeten worden. Vervolgens kan alleen met empirisch onderzoek worden nagegaan of het doel van het betreffende instrument en de daaraan ten grondslag liggende ideeën over het gedrag ook overeenstemmen met de werkelijkheid. In die zin ligt dit type juridisch onderzoek dicht tegen het veld van evaluatiestudies aan.⁴⁰

Het onderzoeksveld en de onderwerpen waar empirisch onderzoek naar families zeer waardevolle input voor de wetgever, beleidsmakers en de rechtspraak kan geven, beslaat het hele familierecht. Over praktisch ieder onderwerp uit Boek 1 BW en de aanverwante familie- en jeugdrechtwetgeving is empirisch onderzoek hard nodig. Als een willekeurig voorbeeld kan kinderalimentatie worden genomen. Al jaren wordt in Nederland als maatschappelijk probleem aangemerkt dat de kinderalimentatie na een scheiding vaak tot rechtszaken leidt en dat de nakoming niet bepaald optimaal is; al jaren woedt hierover een verhit debat onder juristen hoe hierin verbetering kan worden gebracht.⁴¹ Toch is er in Nederland maar zeer beperkt empirisch onderzoek beschikbaar over kinderalimentatie. Voor hoeveel kinderen wordt kinderalimentatie betaald? Hoe vaak wordt er niet of te weinig betaald, hoeveel moeite wordt er gedaan om kinderalimentatie te innen, hoe fluctueert de bijdrage in de jaren na scheiding tot aan de meerderjarigheid? Waarom betalen alimentatieplichtige vaders niet? Zijn er verschillen in het verloop en betaling van kinderalimentatie indien ouders het bedrag in eerste instantie in onderling overleg hebben vastgesteld versus de gevallen waarin het bedrag na een onderling conflict door de rechter is vastgelegd? Welke invloed heeft de komst van een nieuwe partner voor beide ouders voor de kinderalimentatie? Zijn er op lange termijn verschillen aan te wijzen tussen kinderen die wel en geen kinderalimentatie hebben ontvangen, bijvoorbeeld qua gezondheid, opleiding en crimineel gedrag?

39 Zie F.L. Leeuw, 'Can legal research benefit from evaluation studies', *Utrecht Law Review* 2011, vol. 7, 1, p. 52-65, hier p. 57 (online te vinden via <www.utrechtlawreview.org>) over de rol die *ex ante* evaluaties kunnen spelen bij het opsporen van de doelen van wetgeving en de daaraan impliciet ten grondslag liggende gedragsassumpties.

40 Ibid voor een beschrijving van het veld van evaluatieonderzoek, de te onderscheiden typen evaluaties, de ontwikkeling en de betekenis ervan voor rechtswetenschappelijk onderzoek.

41 M. Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

5.4.2 Een voorbeeld: kinderalimentatie

In met name de Verenigde Staten en Groot-Brittannië bestaat een relatief grote hoeveelheid literatuur waarin empirisch onderzoek naar het (familie)recht wordt gedaan.⁴² In de Engelstalige literatuur is het begrip *Empirical Legal Studies* een ingeburgerd begrip en wordt dit type onderzoek al enkele decennia gedaan.⁴³

Een van de onderwerpen waarnaar juridisch-empirisch onderzoek is gedaan betreft kinderalimentatie; onderzoek in gang gezet vanaf de jaren zeventig en ingegeven door het feit dat de betaling van kinderalimentatie problematisch was en in direct verband staat met armoede bij eenoudergezinnen.⁴⁴ Het wel of niet krijgen van kinderalimentatie kan, mede vanwege het niet zo omvangrijke stelsel van sociale zekerheid, een grote impact hebben op het leven van ouders en kinderen; naar schatting 21 miljoen kinderen groeien op in een eenoudergezin.⁴⁵ Mede daardoor is het een onderwerp dat een grote maatschappelijke urgentie heeft. In verschillende staten in de Verenigde Staten zijn in de loop der tijd inningssystemen ontwikkeld om het aandeel kinderen waarvoor kinderalimentatie wordt betaald, te vergroten. Hierna worden uit het rijke onderzoeksveld uit de Verenigde Staten en Australië slechts enkele willekeurig gekozen voorbeelden genoemd om een indruk te geven van de onderzoeksonderwerpen en resultaten.

Meyer en Bartfeld onderzochten in hoeverre vaders in Wisconsin na een scheiding hun kinderalimentatieplicht nakomen. Uit het onderzoek komt naar voren dat de mogelijkheden van vaders om te betalen van grote invloed zijn, maar ook dat een strenger inningssysteem de nakoming daadwerkelijk bevorderde. Verder blijkt dat de niet-betalende

42 Voor een beschrijving van empirisch onderzoek op het terrein van het familierecht: M. Maclean, 'Families', in P. Cane en H.M. Kritzer (red.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 285- 307, die echtscheiding, kinderalimentatie en kinderbescherming aanwijst als onderzoeksvelden waarop tot nu toe veel onderzoek is gedaan en ongehuwd samenleven, co-ouderschap, paren van gelijk geslacht en geschilbeslechting aanwijst als onderwerpen waarop veel meer empirisch onderzoek moet gebeuren. A. Sarat en W.L.F. Felstiner, *Divorce Lawyers and Their Clients: Power and Meaning in the Legal Process*, Oxford: Oxford University Press 1998; R.H. Ballard, A. Holtzworth-Munroe, A.G. Applegate en B. D'Onofrio, 'Factors affecting the outcome of divorce and paternity mediations', *Family Court Review* 2011, vol. 49, 1, p. 16-33; R. Birnbaum en N. Bala, 'Toward the differentiation of high-conflict families: an analysis of social science research and Canadian case law', *Family Court Review* 2010, vol. 48, 3, p. 403-416. Zie ook S.H. Ramsey en R.F. Kelly, 'Social Science Knowledge in Family law cases: Judicial Gate-keeping in the Daubert Era', 59 *U. Miami L. Rev.* 1 2004-2005, p. 1-82; S.H. Ramsey en R.F. Kelly, 'Using Social Science Knowledge in family law analysis and formation: problems and prospects', 3 *S. Cal. Interdisc. L.J.* 1993-1994, p. 631-685 waarin wordt ingegaan op het gebruik van sociaalwetenschappelijke data in de familierecht-rechtspraak en dat ook meer in het algemeen handig is voor het waarderen door juristen van empirische studies.

43 Cane en Kritzer 2010; Epstein en King 2002, p. 1-2.

44 Bijvoorbeeld ook nog: C.C. Huang, R.B. Mincy en I. Garfinkel, 'Child Support Obligations and Low Income Fathers', *Journal of Marriage and Family* 2005, 67, p. 1213-1225.

45 S. Garasky, S.D. Stewart, C. Gundersen, B.J. Lohman, 'Towards a Fuller Understanding of Nonresident Father Involvement: An Examination of Child Support, In-Kind Support, and Visitation', *Popul Res Policy Rev* 2010, 29, p. 363-393.

vaders uit de onderzochte groep gemiddeld genomen niet zo armlastig waren, dat zij de alimentatie niet zouden kunnen betalen.⁴⁶

Voortbouwend hierop hebben Huang, Mincy en Garfinkel met een nationale dataset onderzocht wat het verband is tussen het relatieve aandeel van hun inkomen dat vaders aan kinderalimentatie moeten betalen en de nakoming.⁴⁷ De gegevens duiden erop dat vaders met weinig inkomen een hoog percentage daarvan aan alimentatie kwijt zijn en dat dit de nakoming significant verslechtert, althans in de onderzochte populatie.

In een studie van Nepomnyaschy en Garfinkel⁴⁸ staat de vraag centraal hoe de financiële steun van vaders aan moeders, als verzorgende ouders na een scheiding, is opgebouwd voor kinderen buiten het huwelijk geboren. Daarbij zijn formele betalingen, informele financiële bijdragen en bijdragen in natura onderscheiden. Nagegaan is ook hoe de ontwikkelingen qua alimentatie door de tijd heen, direct na een scheiding en de jaren daarna verlopen.

Garasky e.a. hebben op basis van een studie naar 800 kinderen geanalyseerd wat de relatie is tussen de betaling van kinderalimentatie, de bijdrage van vaders in natura en omgang en contact tussen vader en kind.⁴⁹ Uit de studie blijkt dat deze drie aspecten nauw met elkaar samenhangen, met het sterkste verband tussen bijdragen in natura en omgang.

Ten slotte is op basis van interviews met gescheiden vaders in onderzoek van Natalier en Hewitt in Australië in kaart gebracht welke redenen vaders aangaven om geen kinderalimentatie te betalen en welke gedragsmechanismen daarbij een rol spelen.⁵⁰

Dergelijk onderzoek is belangrijk, want het laat zien hoe kinderalimentatie in een bepaalde jurisdictie functioneert, probeert verklaringen te geven waarom dat zo is, en probeert na te gaan of er mogelijkheden zijn om de situatie te verbeteren. Weliswaar is dit onderzoek afkomstig uit andere landen met andere rechtssystemen en culturen, maar het geeft wel een beeld van de gedragsprocessen die een rol kunnen spelen en biedt inspiratie voor onderzoeksvragen die voor rechtswetenschappelijk onderzoek van belang zijn.

Hoe is de situatie qua onderzoek op het terrein van kinderalimentatie in Nederland? Er zijn, voor zover zonder diepgravende studie kon worden nagegaan, geen onderzoeken gepubliceerd specifiek over deze aspecten van de alimentatieplicht. De eerder genoemde vragen die voor de inrichting van het alimentatierecht en het beleid direct relevant zijn, zijn in Nederlands onderzoek tot nu toe onvoldoende aan bod gekomen. Er zijn, versnip-

46 D.R. Meyer en J. Bartfeld, 'Compliance with Child Support Orders in Divorce Cases', *Journal of Marriage and the Family* 1996, 58, p. 202-212.

47 Huang, Mincy en Garfinkel 2005.

48 L. Nepomnyaschy en I. Garfinkel, 'Child Support Enforcement and Fathers' Contributions to Their Nonmarital Children', *Social Service Review* 2010, vol. 84, 3, p. 341-380.

49 Garasky, Stewart, Gundersen en Lohman 2010.

50 K. Natalier en B. Hewitt, 'It's Not Just About the Money: Non-resident Fathers' Perspectives on Paying Child Support', *Sociology* 2010, 44, p. 489-505.

perd, wel wat empirische data beschikbaar over het aandeel kinderen voor wie kinderalimentatie wordt betaald en cijfers van het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen over aantallen inningsverzoeken.⁵¹ In de *Netherlands Kinship Panel Studies* is ook een aantal gegevens opgenomen over kinderalimentatie.⁵² Toch is de situatie onvergelijkbaar met de rijke literatuur in Engelstalige jurisdicties; het thema kinderalimentatie staat als zodanig niet op de kaart. Al met al is hier dus grote winst te boeken.

5.4.3 *Groot tekort aan empirische kennis in het familierecht*

Dit voorbeeld inzake kinderalimentatie kan worden uitgebreid met bijna alle onderwerpen die in Boek 1 BW en de specifieke wetgeving zijn opgenomen, van echtscheiding tot meerderjarigenbescherming, van jeugdbescherming tot ongehuwd samenleven. Op het terrein van echtscheiding⁵³ en jeugdrecht zijn selectief, in het Nederlands gepubliceerde onderzoeksresultaten enigszins doorgedrongen tot de rechtswetenschappers,⁵⁴ maar voor veel andere gebieden is de vraag welke kennis in andere disciplines voorhanden is, niet vaak gesteld, laat staan onderzocht.

Het voorgaande impliceert dat er mogelijk twee soorten moeilijkheden zijn. In de eerste plaats is dat het feit dat er binnen de rechtswetenschap onvoldoende overzicht is van de stand van zaken op het sociaalwetenschappelijk veld waar het gaat om families. Het is niet duidelijk welk onderzoek er is; dat geldt zowel voor het internationale verband, als voor onderzoek specifiek verricht binnen de Nederlandse context. De focus op het juridische domein en de rechtspraktijk kan ertoe leiden dat beschikbare sociaalwetenschappelijke gegevens die relevantie hebben voor de juridische onderzoeksvragen simpelweg over het hoofd worden gezien. Het tweede probleem, waarvan het moeilijk is de omvang in te schatten (juist omdat er geen goed overzicht is), is dat vanuit sociaalwetenschappelijk onderzoek niet dezelfde onderzoeksthema's en onderzoeksvragen relevant zijn als vanuit het juridisch domein. Dat houdt in dat de data waaraan vanuit juridisch opzicht behoefte is, er vermoedelijk vaak niet zijn.⁵⁵

51 Jonker 2011, p. 7-9.

52 Zie de website <www.nkps.nl>.

53 Vooral onderzoek van E. Spruijt naar de effecten van echtscheiding op kinderen heeft bekendheid onder juridische onderzoekers. Zie ook E. Spruijt, H. Kormos, C. Burggraaf, en A. Steenweg. *Het Verdeelde Kind. Literatuuronderzoek Omgang na Scheiding*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2002. Vgl. E. Spruijt, *State of the Art 2009, Kinderen en echtscheiding*, in opdracht van NWO (zie <www.nwo.nl>).

54 Vgl. Spruijt 2009, waarin de stand van zaken op een rij wordt gezet.

55 Zie voor het terrein van het ongehuwd samenleven: W.M. Schrama, 'Een multidisciplinaire benadering van het ongehuwd samenleven, Meerwaarde en minpunten van de combinatie van juridisch en sociaalwetenschappelijke onderzoek', *Ars Aequi* 2007, 11, p. 869-876.

5.5 TOEKOMST

5.5.1 *Bewustzijn*

Wat moet er gebeuren om civilologie op het terrein van het familierecht verder te laten ontkiemen? In de eerste plaats moet het bewustzijn ontstaan bij familierechtsonderzoekers dat een dergelijke onderzoeksbenadering mogelijk is en wat de meerwaarde ervan is. Pas als dat bewustzijn aanwezig is, komt aan de orde hoe de talrijke knelpunten weggewerkt kunnen worden. Civilologie heeft, om dit te bereiken, meer aandacht nodig, niet alleen in specifiek civilologische boeken en bijeenkomsten, maar ook in de gespecialiseerde familie-rechtstijdschriften en conferenties op het terrein van het familierecht. Daarnaast is van belang dat wetenschappers in spé in de opleiding meer aandacht besteden aan methodologie in het algemeen en empirisch onderzoek in het bijzonder. Wat een deel van de onderzoekers ook in beweging zal zetten in een markt van afnemende financiële onderzoeksmiddelen, is het geldelijk waarden van interdisciplinair onderzoek. In die zin kan een top-downbenadering een mooie aanvulling vormen op de bottom-upstroming van civilologie. Voor wat betreft het familierecht lijkt het erop dat derde geldstroom opdrachtonderzoek een belangrijke stimulans geeft om interdisciplinair/empirisch juridisch onderzoek te doen.⁵⁶ Ook NWO vraagt voor veel onderzoeksgelden een innovatief of interdisciplinair onderzoeksvoorstel; ook dit bevordert het denken buiten de intern juridische kaders.

5.5.2 *Suggesties uit het buitenland*

In het eerder genoemde rapport van de *Nuffield Foundation* is een groot aantal suggesties gedaan om meer empirisch juridisch onderzoek van de grond te krijgen. Het rapport lijkt impliciet vooral uit te gaan van het model waarbij rechtswetenschappers zelf het empirische veld betreden. De aanbevelingen zien dan ook niet zozeer op samenwerking met sociale wetenschappers, als wel op het in staat stellen van juridische onderzoekers om zelf empirisch onderzoek te gaan doen. De suggesties variëren van substantieel meer financiering reser-

⁵⁶ Dat is het geval bij K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, W.M. Schrama en M. Vonk, *Draagmoederschap en illegale opnemings*, WODC rapport 2011; M. Antokolskaia e.a., *Koude uitsluiting*, WODC 2010. Ook het grote onderzoeksprogramma naar de PIJ maatregel (weliswaar strafrechtelijk, maar met jeugdrecht) is interdisciplinair van opzet. Vgl. verder: E. Ratia, A. Walter, *Internationale verkenning gedwongen huwelijken, Een literatuur- en bronnenonderzoek naar wettelijke maatregelen, beleid en publieke debatten in België, Frankrijk, Duitsland, Verenigd Koninkrijk en Zwitserland*, WODC/ Nijmegen Radboud Universiteit 2009; A. Cornelissens, J. Kuppens en H. Ferwerda, *Huwelijksdwang: een verbintenis voor het leven?, Een verkenning van de aard en aanpak van gedwongen huwelijken in Nederland*, WODC/Arnhem: Advies- en onderzoeksgroep Beke 2009. Zie ook de bijdrage van Veerman in deze bundel, waaruit blijkt dat van de 47 privaatrechtelijke publicaties van onderzoek door of namens het WODC in de periode 2000-heden er circa 26 betrekking hebben op het familierecht, waarmee overigens niet vaststaat dat het interdisciplinaire onderzoeken zijn.

veren voor dit type onderzoek, zodat een kritische massa kan ontstaan, tot het ontwikkelen van een systeem van beurzen en fellowships om voor iedere fase in een loopbaan een interessant perspectief voor de empirische rechtswetenschapper te bieden. Ook wordt gepleit voor het creëren van een breed draagvlak, niet alleen in de *law schools*, maar ook bij sociale wetenschappers. Daarnaast wordt vanuit strategisch oogpunt de aanbeveling gedaan om juridisch-empirisch onderzoek vooral onderwerp- of themagericht op de kaart te zetten en niet door het creëren van een subdiscipline.⁵⁷

In een belangrijk, maar niet onomstreden artikel van Epstein en King wordt eveneens een aantal aanbevelingen gedaan, niet zozeer in de context van het tot bloei laten komen van empirisch juridisch onderzoek, als wel om de kwaliteit van het empirisch juridisch onderzoek te verbeteren.⁵⁸ De lessen die eruit te leren zijn, zijn deels open deuren, maar niet minder relevant voor het tot ontwikkeling komen van civilologie in Nederland.⁵⁹ Volgens Epstein en King is voor een goede onderzoeksoutput vereist dat er een goede infrastructuur is, onder meer door dat rechtenstudenten ook in empirisch onderzoek geschoold worden, dat de zittende staf in deze methoden en technieken getraind wordt, en dat wordt gewerkt aan een betere verantwoording van het gebruik van empirische data.

5.5.3 *Eigen ideeën*

Welke routes zijn er naar mijn idee voor het familierecht? In het algemeen zijn er twee manieren om interdisciplinair juridisch onderzoek te doen. De eerste is een unilaterale aanpak, waarbij de rechtswetenschapper zelf aan de slag gaat, ook op het hem niet van huis uit bekende terrein van de andere discipline. Hij kan bestaande inzichten uit een andere discipline in zijn juridisch onderzoek betrekken, of, verdergaand en gecompliceerder, zelf bepaalde data verzamelen. De tweede variant is een multilaterale aanpak waarbij wordt samengewerkt tussen sociale wetenschappers en familierechtsonderzoekers. Beide benaderingen kennen hun eigen voor- en nadelen.⁶⁰ Op de wat langere termijn zouden beide varianten naast elkaar kunnen bestaan, ingebed in een infrastructuur waarin civilologie een vaste plaats heeft. Gelet op het huidige capaciteitsprobleem lijkt het nu niet haalbaar om op grote schaal unilateraal empirisch rechtswetenschappelijk onderzoek te verrichten; slechts een enkele rechtswetenschapper is daartoe in staat. Aan het uitvoeren van empirisch

⁵⁷ Genn, Partington en Wheeler 2006, p. 39 e.v.

⁵⁸ Epstein en King 2002. Zie voor de kritische ontvangst de literatuur vermeld in voetnoot 3 van L. Epstein en G. King, 'Building an Infrastructure for Empirical Research in Law', *Journal of Legal Education* 2003, vol. 53, 3, p. 311-320, waar de eerdere aanbevelingen grotendeels herhaald worden.

⁵⁹ Niet alle ideeën zijn direct relevant voor de Nederlandse situatie; zo zijn de suggesties ter zake van de redactie van tijdschriften door studenten niet transponeerbaar.

⁶⁰ Schrama 2011.

onderzoek door daar niet in opgeleide juristen zijn de nodige nadelen verbonden,⁶¹ die deels ondervangen kunnen worden door een goede inbedding in de onderzoeksomgeving, maar deels ook niet.⁶² Hoe groot de moeilijkheden zijn, is mede afhankelijk van de vraag of het onderzoek uitgevoerd kan worden aan de hand van reeds bestaande data of dat de rechtswetenschapper deze zelf zou moeten verzamelen en analyseren. Zonder goede inbedding en scholing lijkt dat laatste op voorhand niet verstandig.⁶³ Onderzoek in de Verenigde Staten op het veld van het contractenrecht illustreert met concrete voorbeelden de valkuilen en problemen van juridisch-empirisch onderzoek.⁶⁴ Gelet op het feit dat er relatief weinig (rechts)sociologisch onderzoek is naar families dat voor rechtswetenschappelijk onderzoek de juiste data oplevert, zou dit pleiten voor samenwerking. Voor andere combinaties van onderzoeksvelden (psychologie en recht bijvoorbeeld) ligt dit misschien anders.

Om deze redenen is het goed om twee stappen te zetten. In de eerste plaats dient in de opleiding voor rechtswetenschapper een veel groter deel dan nu het geval is, te worden ingeruimd voor methoden en technieken, waaronder empirische technieken en statistiek. Daarmee wordt een kweekvijver van empirisch opgeleide wetenschappers aangelegd voor de toekomst. Omgekeerd leidt interdisciplinair onderzoek tot een duidelijker beeld van methodologische eisen die in de sociaalwetenschappelijke discipline worden gesteld aan onderzoeksresultaten. In die zin heeft het vermoedelijk een positieve invloed op de kwaliteit van monodisciplinair onderzoek; alleen al het besef dat het anders kan en op welke manieren, tast de vanzelfsprekendheid waarmee nu de juridische methoden worden gevolgd, aan.⁶⁵ Daarnaast levert dit ook voor de juristen die in de rechtspraktijk terecht komen, waardevolle kennis op.⁶⁶

Samenwerking in een Centrum voor Familiewetenschappen

In de tweede plaats is samenwerking het toverwoord om verschillende problemen het hoofd te bieden. Het kan eraan bijdragen dat vanuit andere disciplines ook interesse en

61 Zie ook de bijdrage van Akkermans, elders in deze bundel.

62 Voor inspiratie wat er allemaal mis kan gaan, ook bij wel ervaren onderzoekers: Epstein en King 2002.

63 C. Tremper, S. Thomas, A.W. Wagenaar, 'Measuring Law for Evaluation Research', *Evaluation Research* 2010, 34, p. 242-266, waar beschreven wordt wat er allemaal mis kan gaan bij interdisciplinair onderzoek naar recht dat vertrekt vanuit de evaluatiestudies. Het zou overigens bepaald naïef zijn te denken dat juristen met een gezond verstand zelf allemaal kwalitatief goed empirisch onderzoek zouden kunnen doen, ook al is dat onderzoek niet ingebed in een interdisciplinaire onderzoeksinfrastructuur en is er geen training gevolgd. Vgl. Vranken 2010, p. 327.

64 R. Korobkin, 'Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities en Pitfalls', *University of Illinois Law Review* 2002, 4, p. 1033-1066, SSRN 292100. Vgl. D. Nelken, 'Law and Knowledge/Law as Knowledge', *Social & Legal Studies* 2006, 15, p. 570, waar hij wijst op het koloniseren van niet-juridische disciplines door het recht en op het recht dat *junk science* produceert.

65 Vgl. in deze zin: Stolker 2003.

66 Vgl. W.H. Boom en M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; Van Gestel 2009, p. 35.

belang bij onderzoek naar familierecht ontstaat, en niet alleen naar diverse andere aspecten rondom families. Ook kan door samenwerking een goede infrastructuur worden opgebouwd voor empirische familierechtsonderzoekers (juridisch en niet-juridisch). Er zijn verschillende vormen van samenwerking mogelijk, variërend van de uitwisseling van informatie, het ondersteunen in een netwerk, tot een vergaande vorm waarbij onderzoeksvragen gezamenlijk worden opgesteld en onderzocht. Het gaat dan om interdisciplinair onderzoek waarbij de resultaten daadwerkelijk geïntegreerd worden. Om de civilologieweg echt goed in te slaan, zou bij voorkeur een nieuw wetenschapsgebied tot ontwikkeling moeten komen, namelijk dat van de familiewetenschap. Tegelijk zouden trekkers, die een sleutelpositie hebben in het veld, uit verschillende wetenschapsgebieden een Centrum voor Familiewetenschap kunnen oprichten, waarin vanuit verschillende disciplines geïntegreerd wordt samengewerkt vanuit problemen rondom families. Rechtswetenschappen zijn daarbinnen een van de disciplines, sociale wetenschappen, economie, ethiek en medische wetenschappen zijn enkele andere gebieden. Vanuit een duidelijk herkenbaar Centrum voor Familiewetenschappen kunnen samen fondsen worden geworven. Zo'n interdisciplinair instituut met een herkenbaar smoel kan laten zien dat de interdisciplinariteit vruchten afwerpt op een terrein dat maatschappelijk gezien relevant is; specifiek het familierecht heeft een grote impact op alle burgers. Op deze wijze kunnen meer typen onderzoeksvragen vanuit meer omvattende perspectieven beantwoord worden. Daarnaast is het onderzoek gebaseerd op empirisch bewijs en heeft daarmee potentieel een grote betrouwbaarheid. Samen optrekkend kan ook financiering gevraagd worden voor de hoge kosten van empirisch onderzoek; naast de tijd is ook de verzameling van de data zelf een dure aangelegenheid.⁶⁷

Met een dergelijk instituut waarin vanuit gezamenlijke belangen expertise gebundeld wordt, kan ook eenvoudiger een oplossing worden gevonden voor het probleem voor een tekort aan kennis en inzicht in andere disciplines. Dat is een wederkerig belang. Zo kan het probleem dat de gemiddelde rechtswetenschapper niet veel idee heeft van de stand van zaken buiten het juridisch domein worden verkleind tegen een relatief lage investering. Daarom zou het een goede zaak zijn in samenwerking in een dergelijk centrum (of zo lang er dat niet is tussen de rechtenfaculteiten in samenwerking met sociaalwetenschappelijke faculteiten) per onderwerp tot een overzicht te komen van het onderzoek dat er al is in het buitenland en in Nederland. Omgekeerd kunnen sociale wetenschappers direct bij juristen terecht om hun weg te vinden in het juridisch oerwoud. Dit zou waardevol zijn, omdat dit voor alle betrokken partners nieuwe inzichten genereert, maar ook inspiratie oplevert voor onderzoek dat in een Nederlandse context zou kunnen plaatsvinden. Dit lijkt mij een taak die prima past bij de familiewetenschap.⁶⁸ Van groot belang is, gelet op de risico's van rechtswetenschappers die zelf een niet-juridisch veld in trekken, dat door

⁶⁷ Korobkin 2002.

⁶⁸ Vgl. Spruijt 2009.

het netwerk en de kennis die in een dergelijk centrum beschikbaar is, die rechtswetenschapper tenminste de juiste gereedschappen in zijn rugzak heeft zitten. Vervolgens kunnen niet-juristen ondersteuning bieden bij het verwerken van de data. Op deze wijze zou ook gewerkt kunnen worden aan de ontwikkeling van *good practices* van empirisch juridisch onderzoek.

Keuzes maken

Belangrijk is wel dat er keuzes worden gemaakt binnen het rechtswetenschappelijk onderzoek. Het is niet mogelijk om alle domeinen te beslaan; een onderzoeksvoorstel of een onderzoeksprogrammering kan niet én rechtsvergelijkend én empirisch zijn; kan niet het interne én het externe perspectief op een bepaald gebied integraal behandelen. Wellicht zal ook voor een deel van de rechtswetenschap de sterke gerichtheid op de rechtspraktijk losgelaten moeten worden.⁶⁹ In dit opzicht lijkt het in ieder geval van belang om voor een duidelijke focus te kiezen. Het familierecht lijkt een goed gebied om met civilologie te beginnen; een strategisch startpunt met geïntegreerd onderzoek naar families heeft wellicht voordelen om civilologie op de kaart te krijgen.

Een duidelijke keuze voor civilologie houdt in dat de infrastructuur voor het doen van dit type onderzoek daarvoor ook de ruimte moet bieden. Dat heeft implicaties voor de normering van publicaties; globaal genomen kost het verzamelen en verwerken van (grote) empirische databestanden veel tijd; aanzienlijk meer tijd dan het schrijven van de gemiddelde juridische publicatie.⁷⁰ Toch worden beide publicaties even zwaar meegeteld. Ook in andere opzichten is stimulering van empirisch juridisch onderzoek goed denkbaar door er (meer) geld voor vrij te maken in de eerste en tweede geldstroom. In de derde geldstroom gebeurt dit al meer. Ook moet geld worden vrijgemaakt voor de financiering van cursussen en trainingen in empirische onderzoeksmethoden. Ook daar levert samenwerking met sociaalwetenschappelijke faculteiten meerwaarde op.

Het voorgaande houdt in dat het belang en de meerwaarde van civilologie duidelijk moet worden, niet alleen voor de juridische en sociaalwetenschappelijke onderzoekswereld en de financiers, maar ook voor de wetgever en beleidsmakers. Het vereist dat de handen op elkaar gaan op de verschillende universitaire en facultaire niveaus. Dat vergt een lange adem; het beste is ondertussen beginnen van onderaf en tegen de stroom in. De resultaten van het onderzoek zullen uiteindelijk hopelijk⁷¹ voor zich spreken en de beste reclame zijn voor civilologie.

⁶⁹ Stolker 2003.

⁷⁰ Korobkin 2002.

⁷¹ Slecht interdisciplinair onderzoek daarentegen is funest. Het is niet moeilijk om ongewild slecht onderzoek te doen in een veld waarin men niet thuis. Ik blijf dus waarschuwen tegen teveel optimisme.

5.6 CONCLUSIE

Familierecht in brede zin heeft betrekking op private relaties tussen burgers onderling; het familierecht heeft verschillende functies in dit opzicht: het ordent en reguleert deze relaties, heeft een geschilbeslechtsingsfunctie en biedt bescherming aan zwakke partijen. Tevens worden met familierechtelijke regelingen bepaalde normen nagestreefd, waaronder fundamentele normen en mensenrechten. Het betreft een rechtsgebied met een enorme reikwijdte; iedere burger in Nederland heeft met het familierecht te maken, terwijl het familierecht (in tegenstelling tot veel andere privaatrechtelijke terreinen) grotendeels dwingend van aard is.

Des te opvallender is dat in juridisch onderzoek heel weinig aandacht is besteed aan de vraag of het familierecht de doelen waarvoor het in het leven geroepen is, wel realiseert. Dat geldt met name voor de externe kant van zaken: in hoeverre functioneert het familierecht in de sociale werkelijkheid? De vraag in hoeverre het familierecht voldoet aan de interne normen van het rechtssysteem is een vaak betreden onderzoekspad. Dat vraagt om een rugzak met monodisciplinair gereedschap en juridisch meetinstrumenten.

Of het familierecht functioneert in de maatschappij, is een vraag die niet vanuit het recht beantwoord kan worden. Daarvoor zijn interdisciplinaire, empirische data nodig, die inzicht geven in basale en complexe vragen over gedrag van mensen en het effect van regelgeving en beleid. Uit een steekproef voor het jaar 2010 in juridische tijdschriften blijkt dat een overgrote meerderheid van de familierechtelijke publicaties monodisciplinair van opzet is. Dat is jammer, omdat interdisciplinair onderzoek een aantal onmiskenbare voordelen heeft. Het levert *evidence based* resultaten op, die een grotere betrouwbaarheid hebben dan resultaten die niet op bewijs over de werkelijkheid gebaseerd zijn.⁷² Belangrijker is dat er antwoorden gevonden kunnen worden op een veel groter aantal en ander soort onderzoeksvragen, die direct relevant zijn voor een goed functioneren van het familierecht.

Naar mijn idee is het van belang dat rechtswetenschappers van verschillende faculteiten en instituten de krachten bundelen en gezamenlijk een centrum voor familiewetenschappen oprichten. Juist een onderwerp als families, dat voor veel andere disciplines ook relevant onderzoeksterrein is, leent zich goed voor een interdisciplinaire benadering. Het doel van een dergelijk centrum zou zijn om degenen die unilateraal onderzoek doen te ondersteunen, om interdisciplinaire samenwerking op de kaart te zetten en een goede onderzoeksomgeving met netwerk te bieden waarin snel korte lijnen gelegd kunnen worden. Naast de *bottom-up* beweging speelt ook de tweede en derde geldstroomfinanciering een rol; als civilologisch onderzoek daar een substantieel grotere kans van slagen heeft, geeft dat ook een stimulans. Toch is er meer nodig dan enthousiasme alleen, want een aantal aspecten in de juridische

⁷² Zie evenwel: Rachlinksi 2010-2011, voor een relativering van de betekenis van empirisch juridisch onderzoek als bouwsteen voor *evidence based law*.

opleiding en wetenschap is zozeer niet faciliterend voor dit type onderzoek, dat er flink tegen de stroom in geroeid moet worden. Maar voor degenen die samen hard roeien, lonken de gouden bergen van prachtig interdisciplinair onderzoek.

6 ENKELE PRAKTIJKERVARINGEN MET EMPIRISCH JURIDISCH ONDERZOEK OP HET SNIJVLAKE VAN GEZONDHEID EN RECHT

A.J. Akkermans*

SAMENVATTING

Op de VU bestaat al enkele jaren een empirisch-juridische onderzoekslijn op het snijvlak van gezondheid en recht die is ontstaan vanuit de behoefte om knelpunten in de praktijk aan te pakken. Gaandeweg werd zij steeds meer multidisciplinair. Internationale aansluiting bestaat onder andere met het Network on Therapeutic Jurisprudence. Rode draden in de ervaringen zijn onder meer dat juristen kwalitatief onderzoek wel, maar kwantitatief onderzoek niet al doende kunnen leren, en dat bij beide categorieën empirisch onderzoek samenwerking met gekwalificeerde onderzoekers uit andere disciplines noodzakelijk is. Een rode draad in de uitkomsten is dat recht en rechtswetenschap impliciet uitgaan van een beperkt mensbeeld. Een breder mensbeeld zou aansluiten bij recente ontwikkelingen in de psychologie en de economie (behavioral economics).

6.1 ONTSTAAN EMPIRISCH-JURIDISCHE ONDERZOEKSLIJN VU/IGER

Op de juridische faculteit van de Vrije Universiteit bestaat al enkele jaren een empirisch-juridische onderzoekslijn op het snijvlak van gezondheid en recht die is ontstaan vanuit de behoefte om knelpunten in de praktijk aan te pakken. Bij de start in 2002 lag de focus van het onderzoek op de gesignaleerde problemen rond de input van medische deskundigen in juridische procedures, met name de afwikkeling van letselschade.¹ De ambitie om de *law in action* op dit terrein te veranderen leidde ertoe dat, naast het voor juristen klassieke bestuderen van teksten (regelgeving, jurisprudentie, literatuur), ook de feitelijke praktijk object van georganiseerde studie werd. Daartoe werden (kwalitatieve) empirische onder-

* Arno Akkermans is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit en verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VUmc. Voor deze bijdrage is dank verschuldigd aan Liesbeth Hulst en aan de overige onderzoekers van IGER.

1 Zie A.J. Akkermans en A.J. Van, 'De medische expertise bij personenschade: knelpunten en mogelijke oplossingen', *TVP* 2002, p. 57-61. Beschikbaar op VU-DARE <<http://hdl.handle.net/1871/15250>>.

zoeksinstrumenten ingezet, zoals dossieronderzoek, interviews en focusgroepen. Ook de output werd aangepast: er werden niet alleen publicaties geproduceerd, maar ook een aantal 'instrumenten' voor gebruik door de praktijk, zoals de zogenaamde IWMD vraagstelling,² een model voor een *disclosure statement*,³ en een aanbeveling voor de procedure voor een medisch deskundigenbericht.⁴ Ook werd bijgedragen aan de totstandkoming van een leidraad⁵ en twee rapporten⁶ voor de Raad voor de rechtspraak. Voor de ontwikkeling van de instrumenten kristalliseerde via de weg van 'al doende leert men' een methode uit die een intensieve samenwerking inhoudt tussen de onderzoeksgroep en praktijkmensen van verschillende disciplines, onder andere in het kader van de zogenaamde Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD).⁷ Door publicatie op internet van dit soort instrumenten en daarbij behorende achtergrondinformatie, het systematisch verzamelen van ervaringen daarmee, en het organiseren van periodieke herzieningen, kunnen zij steeds worden verbeterd en doorontwikkeld. Momenteel wordt deze methode toegepast bij de ontwikkeling van een paragraaf over het zogenaamde 'medisch beoordelingstraject' in de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) en een aantal daarbij behorende instrumenten, zoals een model voor een medische machtiging en modellen voor de vraagstelling aan, en de rapportage door, medische adviseurs van verzekeringsmaatschappijen en belangenbehartigers.⁸

De intensieve betrokkenheid van de onderzoeksgroep bij de praktijk van de afwikkeling van letselschade leidde tot een groeiend besef dat in de traditionele juridische focus essentiële aspecten van het 'recht in de werkelijkheid' buiten zicht blijven. Traditioneel richt de juridische wetenschap zich vooral op de inhoud van het materiële recht (bijvoor-

2 Dit betreft de 'Vraagstelling causaal verband bij ongeval' van de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD). In de praktijk pleegt men kortweg te spreken van 'de IWMD-vraagstelling'. Zie over deze vraagstelling A.J. Akkermans, Verbeterde vraagstelling voor medische expertises. Een inventarisatie van knelpunten, verbeteringen en mogelijke verdere aanpak, *TVP* 2005, p. 69-80. Beschikbaar op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/15263>>; A.J. Van, A.J. Akkermans en A. Wilken, 'Nieuwe versie IWMD-vraagstelling: causaal verband bij ongeval', *TVP* 2009 p. 33-40. Beschikbaar op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/15416>>.

3 J.L. Smeehuijzen, 'Wie is de deskundige eigenlijk? Pleidooi voor een "disclosure statement"', *TVP* 2003, p. 126-129.

4 M.H. Elferink, 'Aanbeveling voor de procedure voor een medisch deskundigenbericht', *TVP* 2005, p. 40-48.

5 Leidraad deskundigen in civiele zaken. Zie <www.rechtspraak.nl> > Procedures > Landelijke regelingen > Sector civiel recht > Leidraad deskundigen in civiele zaken.

6 G. de Groot, *Transparantie tussen rechter, partijen en deskundigen. Aansprakelijkheidsbeperking van door de civiele rechter benoemde deskundigen*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2004; G. de Groot en N.A. Elbers, *Inschakeling van deskundigen in de rechtspraak*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak, 2008.

7 Voor een beschrijving van deze methode zie A.J. Akkermans, M.H. Elferink en A.J. Van, 'Verbetering van het medische traject: De activiteiten van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging en de IWMD', *TVP* 2005, p. 116-121. Beschikbaar op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/15251>>.

8 Zie A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, 'Verbetering van het medisch beoordelingstraject bij letselschade', *Verkeersrecht* 2010, p. 345-351. Beschikbaar op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/18698>>.

beeld schadeberekening, causaal verband) en hoe dat dient te worden gerealiseerd (bijvoorbeeld stelplicht en bewijs). In de context van letselschade springt echter in het oog hoe belastend en anti-therapeutisch het afwikkelingsproces kan werken voor hen voor wie het eigenlijk allemaal bedoeld is: personen die door een oorzaak waarvoor een ander verantwoordelijk is, letsel hebben opgelopen en daardoor schade lijden. Internationaal gezien is het een tamelijk constante uitkomst van onderzoek dat het betrokken zijn bij *compensation* een negatieve invloed heeft op welzijn en herstel,⁹ wat echt niet allemaal kan worden verklaard door overdrijven en simuleren voor geldelijk gewin.¹⁰ Een prikkelend gegeven voor eenieder die de effectiviteit en 'klantvriendelijkheid' van ons juridische systeem ter harte gaat. Bij de onderzoeksgroep ontstond een toenemende interesse in inzichten uit andere wetenschappelijke disciplines met betrekking tot deze materie, zoals inzichten over procedurele rechtvaardigheid, secundaire ziekte winst, secundaire victimisatie, de rol en impact van excuses en het posttraumatisch stress syndroom. Dat leidde uiteindelijk tot de ontwikkeling van een informeel samenwerkingsverband met onderzoekers uit andere disciplines (sociale geneeskunde, epidemiologie, psychologie, psychiatrie) van het VU medisch centrum (met name het EMGO instituut), de faculteit pedagogie en psychologie, en inmiddels ook van het Academisch Medisch Centrum van de UvA. Besloten werd tot oprichting van het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER). Voor deze samenwerking bleken twee categorieën activiteiten katalyserend te kunnen werken, namelijk onderzoeksopdrachten die budget meebrengen (in universitair jargon: '3^e geldstroom'), en voorstellen voor promotieonderzoek, bij voorkeur gericht op aanvragen bij NWO ('2^e geldstroom'). Voor IGER vormde het hierna te bespreken onderzoek 'Slachtoffers en aansprakelijkheid' in opdracht van het WODC een ideale gelegenheid om door te pakken met een intensieve interdisciplinaire onderzoekssamenwerking.

-
- 9 Zie o.a. I.A. Harris, J.M. Young, B.B. Jalaludin en M.J. Solomon, 'The effect of compensation on general health in patients sustaining fractures in motor vehicle trauma', *Journal of Orthopaedic Trauma* 2008, 22, 4, p. 216-220; B.J. Gabbe, P.A. Cameron, O.D. Williamson, E.R. Edwards, S.E. Graves en M.D. Richardson, 'The relationship between compensable status and long-term patient outcomes following orthopaedic trauma', *Medical Journal of Australia* 2007, 187, 1, p. 14-17; I.A. Harris, D.F. Murgatroyd, I.D. Cameron, J.M. Young en M.J. Solomon, 'The effect of compensation on health care utilisation in a trauma cohort', *Medical Journal of Australia* 2009, 190, 11, p. 619-622; M.L. O'Donnell, M.C. Creamer, A.C. McFarlane, D. Silove en R.A. Bryant, 'Does access to compensation have an impact on recovery outcomes after injury?', *Medical Journal of Australia* 2010, 192(6), 328-333; S.M. Littleton, I.D. Cameron, S.J. Poustie, D.C. Hughes, B.J. Robinson, T. Neeman e.a., 'The association of compensation on longer term health status for people with musculoskeletal injuries following road traffic crashes: emergency department inception cohort study', *Injury* 2010, 41, 7, p. 904-910; R. Mayou, B. Bryant en A. Ehlers, 'Prediction of psychological outcomes one year after a motor vehicle accident', *American Journal of Psychiatry* 2001, 158, 8, p. 1231-1238.
- 10 R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I Terreinverkenning*, Den Haag: WODC, 2007. Beschikbaar op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/15418>>; D.F. Murgatroyd, I.D. Cameron en A. Harris, 'Understanding the effect of compensation on recovery from severe motor vehicle crash injuries: a qualitative study', *Injury Prevention* 2010; ip.2010.029546 Published Online First: 11 November 2010.

6.2 VOORBEELDEN VAN UITGEVOERD EN LOPEND MULTIDISCIPLINAIR ONDERZOEK

Om een indruk te geven van de hier besproken empirisch-juridische onderzoekslijn bespreek ik vier voorbeelden van uitgevoerd of lopend onderzoek.

6.2.1 *Slachtoffers en aansprakelijkheid*

Allereerst het zojuist genoemde onderzoek 'Slachtoffers en aansprakelijkheid'. Dit bestond uit twee fasen en liep van 2005 tot en met 2008. Directe aanleiding voor dit onderzoek was het parlementaire debat over het wetsvoorstel Affectieschade,¹¹ maar de vraagstelling was breder en betrof de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht. Deel I was een kwalitatief onderzoek met die brede vraagstelling en omvatte een literatuurstudie, twee focusgroepen met professionals, en interviews met slachtoffers en nabestaanden (n=62).¹² Deel II betrof specifiek de behoeften van naasten en nabestaanden ter zake van de vergoeding van affectieschade. Hiertoe werd een kwantitatief vragenlijstonderzoek (n=463) verricht met gebruikmaking van het panel van TNS/NIPO, aangevuld met kwalitatieve interviews met naasten en nabestaanden in België (n=14) die op grond van Belgisch recht daadwerkelijk vergoeding van affectieschade hadden ontvangen.¹³ Ten behoeve van dit onderzoek werd een breed samengestelde onderzoeksgroep gevormd, met twee juristen en twee psychologen als uitvoerend onderzoekers (werkzaam bij de juridische faculteit) en daaromheen twee epidemiologen, een psychiater en een methodoloog (werkzaam bij het EMGO instituut van het

- 11 Voluit het wetsvoorstel 'Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten', dossier 28 781.
- 12 Het onderzoeksrapport van Deel I is beschikbaar op de website van het WODC (<<http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/slachtoffers-en-aansprakelijkheidsrecht.aspx>>) en op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/15418>>. Beknopter zijn de disseminatieartikelen: A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief', *TVP* 2007, 4, p. 103-118. Beschikbaar op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/15261>>; A.J. Akkermans, 'Meer aandacht voor emotionele dimensie komt herstel van het slachtoffer ten goede. Afwikkelingsproces zo gefocust op financiële compensatie dat herstel niet de prioriteit krijgt die het toekomt', *PIV-bulletin* 2007, 7, p. 1-6. Beschikbaar op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/15331>>.
- 13 Het onderzoeksrapport van Deel II is beschikbaar op de website van het WODC (<<http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/affectieschade.aspx>>) en op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/15332>>. Beknopter zijn de disseminatieartikelen: A.J. Akkermans, J.E. Hulst, E.A.M. Claassen, A. Boom, N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en D.J. Bruinvels, 'Onderzoek biedt steun voor wetsvoorstel: vergoeding van affectieschade helpt, mits zorgvuldig aangeboden', *Aansprakelijkheid Verzekering & Schade* 2009, 3, p. 113-123. Beschikbaar op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/15484>>; A.J. Akkermans en J.E. Hulst, 'Uitkomsten onderzoek affectieschade. Vergoeding voorziet in behoefte, maar zorgvuldige aanbieding cruciaal', *PIV-bulletin* 2009, 5, p. 1-7. Beschikbaar op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/15417>>; J.E. Hulst en A.J. Akkermans, 'Can Money Symbolize Acknowledgment? How Victims' Relatives Perceive Monetary Awards for their Emotional Harm' (submitted).

VUmc). Het onderzoeksontwerp en alle onderzoeksinstrumenten (interviewschema's, screeningsinstrumenten, vragenlijsten) werden door de hele onderzoeksgroep ontwikkeld. Absoluut noodzakelijk maar erg tijdrovend en duur – ik kom hier op terug.

Een prominente uitkomst van dit onderzoek is dat er een opmerkelijke discrepantie bestaat tussen het grote gewicht dat letselschadeslachtoffers en hun naasten hechten aan aspecten van immateriële aard zoals erkenning, waarheidsvinding, excuses en preventie enerzijds, en de vrijwel exclusieve focus van het feitelijke afwikkelingsproces op het vaststellen van de vergoeding voor materiële schade anderzijds. Die discrepantie werkt negatief uit voor de betrokkenen. Er bestaan voldoende aanwijzingen om aan te nemen dat het niet-ervullen van immateriële behoeften negatieve mechanismen in de kaart speelt, zoals secundaire victimisatie en secundaire ziektewinst, die belemmerend zijn voor het herstel. En omgekeerd kan worden aangenomen dat het wel-ervullen van immateriële behoeften positieve mechanismen bevordert, zoals procedurele rechtvaardigheid, die goed zijn voor het herstel. Dat is eens te meer problematisch als men bedenkt dat bij personenschade ook juridisch gezien herstel vóór schadevergoeding gaat.¹⁴ Voor de onderzoeksgroep is deze anti-therapeutische werking van het proces van schadevergoeding uitgegroeid tot een van de thema's waarmee men op verschillende manieren in het onderzoek verder wil.

Specifiek met betrekking tot de vergoeding van affectieschade zijn prominente uitkomsten dat een meerderheid van de respondenten meent dat die vergoeding hen bij de verwerking van het gebeurde zou helpen, maar dat het cruciaal is om die vergoeding op een goed doordachte wijze aan te bieden. Zoals bekend sneuvelde het wetsvoorstel desalniettemin in de Eerste Kamer.¹⁵

6.2.2 *Persoonlijk contact veroorzakers en slachtoffers van verkeersongevallen*

Een tweede onderzoek dat ik hier wil noemen, is een in 2009 gestart onderzoek naar de mogelijkheden voor, en de effecten van, het bevorderen door verzekeraars van persoonlijk

14 Dit volgt uit het beginsel dat de schuldeiser zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als het schadeveroorzakend feit achterwege was gebleven (*restitutio in integrum*). Bij personenschade kan dat moeilijk anders inhouden dan dat de gezondheidssituatie van voor het ongeval zoveel mogelijk moet worden hersteld. In dat licht is financiële compensatie slechts een secundaire optie, waarop wordt teruggevallen voor zover daadwerkelijk herstel niet meer mogelijk is. Overigens ligt deze kwestie buiten het terrein van de personenschade meer gecompliceerd. Dat laat zich verklaren doordat herstel door een prestatie van de laedens in de meeste gevallen praktisch geen aantrekkelijk perspectief is, aldus terecht S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen*, deel I, Monografieën Nieuw BW B34, 3e druk, Deventer: Kluwer, 2008 (in nr. 7). Zie voorts J.M. Barendrecht en H.M. Storm, *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 16-17.

15 K.A.P.C. van Wees, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen ondanks empirisch gebleken behoefte en brede maatschappelijke steun', *PIV-bulletin* 2010, 3, p. 1-3; R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Eerste Kamer', *TVP* 2010, 2, p. 37-41.

contact tussen hun verzekerden die een verkeersongeval hebben veroorzaakt en degenen die daardoor letsel hebben geleden of een naaste hebben verloren. Opdrachtgever is de stichting Personenschade Instituut Verzekeraars (PIV). De onderzoeksgroep bestaat uit psychologen en juristen. Het betreft een kwalitatief onderzoek dat bestaat uit een studie van de psychologische wetenschappelijke literatuur over excuses, expertmeetings met medewerkers van verzekeraars, en een pilot met het bevorderen van persoonlijk contact waarin drie verzekeringsmaatschappijen participeren (Achmea, ASR en Unigarant). In de pilot worden momenteel drie verschillende scenario's uitgeprobeerd: (1) een scenario dat begint bij de eigen verzekerde die gevraagd wordt of hij bereid is tot het opnemen van persoonlijk contact, (2) een scenario dat begint bij het slachtoffer dat gevraagd wordt of hij aan dergelijk contact behoefte zou hebben, en (3) een scenario, bedoeld voor de 'zwaardere' gevallen, waarin de stichting Slachtoffer in Beeld (SiB) wordt ingeschakeld. Slachtoffer in Beeld is een zusterstichting van Slachtofferhulp Nederland en bemiddelt op professionele basis bij contact tussen daders en slachtoffers van misdrijven.¹⁶ Zowel veroorzakers als slachtoffers worden telefonisch geïnterviewd, ervaringen van medewerkers van verzekeringsmaatschappijen worden geïnventariseerd door focusgroepen en vragenlijsten.

6.2.3 Empowerment van letselschadeslachtoffers

Een derde onderzoek is een *Randomised Controlled Trial* (RCT) met *empowerment* van letselschadeslachtoffers door middel van een interactieve website op internet. Het gaat hier om een promotieonderzoek georganiseerd en begeleid vanuit drie faculteiten (rechten, psychologie en geneeskunde) en gefinancierd door de juridische faculteit. De promovendus is een psychologe (Nieke Elbers), promotoren zijn een hoogleraar privaatrecht (Arno Akkermans, faculteit rechtsgeleerdheid) en een hoogleraar klinische psychologie (Pim Cuijpers, faculteit pedagogie en psychologie), dagelijks begeleider is een epidemioloog/bedrijfsarts (David Bruinvels, VUmc, thans AMC). Het onderzoek betreft een literatuurstudie, kwalitatieve interviews met slachtoffers over hun ervaringen met hun belangenbehartiger (n=21),¹⁷ een systematische *review* van reeds gepubliceerde data over het verband tussen *compensation* en *mental health*,¹⁸ een analyse van data van de *Compensation*

16 Zie <www.slachtofferinbeeld.nl/>. SiB heeft speciaal voor slachtoffer-dadergesprekken opgeleide bemiddelaars in dienst en doet iets meer dan duizend zaken per jaar. Daar zitten ook enkele tientallen verkeersongevallen tussen.

17 Resultaten van de interviews zullen worden gepubliceerd in N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, P. Cuijpers en D.J. Bruinvels, *Exploring Lawyer-Client Interaction: Towards Improving Well-being of Personal Injury Victims* (submitted).

18 Resultaten van de systematische review zullen worden gepubliceerd in N.A. Elbers, J.E. Hulst, P. Cuijpers, A.J. Akkermans en D.J. Bruinvels, *Do Compensation Processes Impair Mental Health? A Meta-Analysis* (submitted).

Research Database van het *Institute for Safety, Compensation and Recovery Research* (ISCRR) in Melbourne, Australië,¹⁹ en, last but not least: een RCT met een internetinterventie (n=176), waarin kennis en techniek uit de zogenaamde *e-Health* wordt toegepast op het juridische domein.²⁰ Hiervoor is de website <www.gripopmijnzaak.nl> ontwikkeld die drie modules bevat. De eerste is een speciaal voor dit onderzoek ontwikkelde informatie-module over het proces van schadeafwikkeling. De teksten zijn besproken in een focusgroep met vertegenwoordigers van zowel de 'halende' als de 'betalende' kant. De tweede is een e-coach module voor het omgaan met problemen. Deze module is gebaseerd op internetinterventies voor diverse patiëntengroepen, waaronder bijvoorbeeld mensen die kampen met depressieve klachten, die al bewezen hebben effectief te zijn, en is voor dit onderzoek aangepast voor letselschade. De derde module bevat een uitgebreide lijst met veel gestelde vragen die vooral beoogt de toegankelijkheid van de geboden informatie te optimaliseren. De website is eerst gepilot bij acht slachtoffers. Deelnemers zijn geworven onder de cliënten van drie letselschadebureaus (Korevaar Van Dijk, Hofmans Associates, Kloppenburg) en gerandomiseerd toegewezen aan ofwel de interventiegroep, ofwel de controlegroep. Om het onderzoek zo blind mogelijk te maken, is de deelnemers niet meegedeeld in welke groep zij zitten: de controlegroep heeft toegang tot een placebo-website met daarop hyperlinks naar bestaande informatie op internet. Alle deelnemers worden een jaar gevolgd door hen vier keer een vragenlijst af te nemen. Deze lijst is grotendeels gebaseerd op bestaande gevalideerde vragenlijsten. Uitkomstmaten zijn *empowerment*, welzijn, rechtvaardigheidsoordeel en werkvermogen. Of de website effect heeft, weten we in voorjaar 2012 wanneer de resultaten bekend zullen worden.

6.2.4 *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*

Tot slot is nog vermeldenswaard een onderzoek naar optimale scenario's voor de bejegening en opvang van patiënten die worden geconfronteerd met onbedoelde uitkomsten van medisch handelen, dat wil zeggen fouten of complicaties. Dit onderzoek wordt uitgevoerd op verzoek van de Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie (NPCF) en Slachtofferhulp Nederland, met steun van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) en actieve medewerking van de twee grote verzekeraars van medische aansprakelijkheid in Nederland, Centramed en MediRisk. Het loopt van 2010 tot 2012 en wordt gefinancierd door het Fonds Slachtofferhulp. De onderzoeksgroep bestaat

¹⁹ <www.iscrr.com.au/>.

²⁰ Het ontwerp van deze RCT is beschreven in N.A. Elbers, A.J. Akkermans, P. Cuijpers, D.J. Bruinvels, 'Empowerment of personal injury victims through the internet: design of a randomized controlled trial', *Trials* 2011, 12:29, <www.trialsjournal.com/content/12/1/29>.

uit juristen en psychologen, en wordt actief ondersteund door een begeleidingscommissie waarin een groot aantal relevante partijen uit de sector zijn vertegenwoordigd. Het betreft een kwalitatief onderzoek met een literatuurstudie, expertmeetings en interviews met professionals uit diverse geledingen en met een flink aantal patiënten (n=45) die een incident hebben meegemaakt. De achtergronden zijn dat inmiddels genoegzaam bekend is dat de bejegening en opvang van patiënten bij incidenten tekortschiet.²¹ Er is voortdurend negatieve media-aandacht voor inadequate reacties op incidenten, de sector erkent dat het anders moet, de Gedragscode Opvang medische incidenten, betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA) vereist dat ook, en het Wetsvoorstel Cliëntenrechten Zorg (WCZ) en de nieuwe Algemene Voorwaarden zorg ziekenhuizen (AV) leggen meer en concretere verantwoordelijkheden bij de zorginstellingen zelf. Het onderzoek beoogt concrete scenario's te ontwikkelen voor adequate bejegening en opvang van patiënten, waarbij tevens nagegaan wordt in hoeverre deze opvang door de zorgaanbieder en diens verzekeraar zelf kan worden verzorgd, of dat ook externe opvang wenselijk of noodzakelijk is. Is dat laatste het geval, dan is de laatste onderzoeksvraag of hier een rol weggelegd zou kunnen zijn voor Slachtofferhulp Nederland.

6.3 INTERNATIONALE AANSLUITING

Met haar multidisciplinaire onderzoekslijn gericht op de welzijns- en gezondheidseffecten van het recht heeft de onderzoeksgroep ook internationaal aansluiting gevonden, met name bij het zogenaamde *Network on Therapeutic Jurisprudence*.²² *Therapeutic Jurisprudence*, of kortweg TJ, is een belangrijke stroming in de internationale juridische vernieuwingsbeweging die wel de *Comprehensive Law Movement* wordt genoemd.²³ Deze vernieu-

21 Zie onder meer Stichting De Ombudsman, *Over leven in de medische letselschadepraktijk*, Hilversum: Stichting De Ombudsman 2008; J.J.M. van Dijk en F. van Mierlo, *Leemten in de slachtofferhulpverlening: Resultaten van een verkennend, kwalitatief onderzoek onder verschillende categorieën gedupeerden van ingrijpende gebeurtenissen*, Tilburg: INTERVICT, Universiteit van Tilburg 2009; R.D. Friele, E.M. Sluijs en J. Legemaate, 'Complaints handling in hospitals: an empirical study of discrepancies between patients' expectations and their experiences', *BMC Health Services Research* 2008, 8, 199. Erg illustratief voor wat er mis gaat en hoe het anders zou moeten is het rapport van de door het Medisch Spectrum Twente ingestelde Commissie Lemstra II, *Heel de patiënt*, zie <www.mst.nl/onderzoekscommissie2/>.

22 <www.therapeuticjurisprudence.org>. Zie voor een overzicht van TJ: D.B. Wexler, 'Therapeutic Jurisprudence: An Overview', 17 *T.M. Cooley Law Review* 2000, vol. 17, 125, beschikbaar op <www.law.arizona.edu/depts/uprintj/intj-o.html>; D.B. Wexler en B.J. Winick (eds.), *Law in a Therapeutic key, Developments in Therapeutic Jurisprudence*, Durham: Carolina Academic Press 1996. NB: de term *jurisprudence* dient niet verward te worden met het Nederlandse woord jurisprudentie. *Jurisprudence* staat kort gezegd voor de wetenschappelijke bestudering van het recht(ssysteem). *Jurisprudentie* is *case law*.

23 Zie bijv. S. Daicoff, 'Law as a Healing Profession: The Comprehensive Law Movement', *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 2006, vol. 6, 1. Beschikbaar op <<http://ssrn.com/abstract=875449>>.

wingsbeweging wordt gedragen door academici, rechters²⁴ en advocaten,²⁵ is vooralsnog het meest zichtbaar in de Verenigde Staten en Australië, en streeft ernaar om recht en juridische praktijk ‘more humane, therapeutic, beneficial, humanistic, healing, restorative, curative, collaborative, and comprehensive’²⁶ te maken. Naast TJ zijn *restorative justice*²⁷ en *non-adversarial justice*²⁸ belangrijke denktradities binnen de *Comprehensive Law Movement*. Elk legt zijn eigen accenten maar het gedachtegoed is nauw verwant en overlapt elkaar. Kenmerkend voor TJ is het perspectief dat van het recht therapeutische en anti-therapeutische effecten uitgaan.²⁹ Het begrip recht wordt daarbij breed opgevat en onderverdeeld in rechtsregels, juridische procedures, en de rol van betrokkenen in het juridisch proces.³⁰ De rechters binnen TJ houden zich onder meer bezig met *problem solving courts*,³¹ de advocaten met dienstverlening aan hun cliënten waarbij ook aandacht is voor sociale en psychologische belangen,³² en de academici onderzoeken met behulp van de psychologische, medische en sociale wetenschappen in hoeverre een bepaalde rechtsregel of rechtspraktijk het fysieke en psychische welzijn van mensen bevordert of juist tegenwerkt. Door deze effecten zichtbaar te maken (of op z’n minst relevante vragen op te werpen die anders niet gesteld zouden worden) wordt bevorderd dat daarmee rekening wordt gehouden bij de formulering van rechtsregels, de inrichting van juridische procedures en het handelen van betrokkenen in ‘het juridische systeem’ (rechters, advocaten, beleidsmakers, enz.). TJ heeft uitdrukkelijk niet de pretentie therapeutische effecten als enige of belangrijkste maatstaf ter beoordeling van rechtsregel of rechtspraktijk te presenteren. Het gaat er niet om het recht ondergeschikt te maken aan therapeutische overwegingen. Het doel is slechts bewustwording en kennisvermeerdering ten behoeve van een meer volledige

24 Zie bijv. het *Center for Court Innovation* in de Verenigde Staten, <www.courtinnovation.org/>, en het *Australasian Institute of Judicial Administration* (AIJA) voor Australië en Nieuw-Zeeland, <www.aija.org.au/>.

25 Zie bijv. <www.cuttingedgelaw.com/> met onder meer het motto: What if Lawyers were Peacemakers, Problem Solvers and Healers of Conflicts?

26 S. Daicoff, ‘Afterword: The Role of Therapeutic Jurisprudence in the Comprehensive Law Movement’, in D.P. Stolle, D.B. Wexler and B.J. Winick (red.), *Practicing Therapeutic Jurisprudence: Law as a Helping Profession*, Durham, NC: Carolina Academic Press 2000.

27 <www.restorativejustice.org/>.

28 Voor een overzicht zie M. King, A. Freiberg, B. Batagol en R. Hyams, *Non-Adversarial Justice*, Annandale, NSW: The Federation Press 2009.

29 K.A.P.C. van Wees en A.J. Akkermans, ‘Therapeutic Jurisprudence: de studie van de gezondheidseffecten van het recht’, *TVP* 2007, 4, p. 139-141. Beschikbaar op VU-DARE: <<http://hdl.handle.net/1871/15333>>.

30 Wexler 2000, p. 125; Wexler en Winick 1996, p. 588.

31 Zie <www.courtinnovation.org/topic/problem-solving-justice> en Chapter 9 over Problem oriented courts in King, Freiberg, Batagol en Hyams 2009. Overigens biedt TJ ook veel inspiratie voor ‘gewone’ rechtspraak, zie bijv. B.J. Winick, D.B. Wexler, *Judging in a Therapeutic Key*, Durham, NC: Carolina Academic Press 2003.

32 S.L. Brooks, R.G. Madden (red.), *Relationship-Centered Lawyering*, Durham, NC: Carolina Academic Press, 2010; D.B. Wexler, *Rehabilitating Lawyers*, Durham, NC: Carolina Academic Press 2008; D.B. Wexler en B.J. Winick 2000.

belangenafweging.³³ Empirisch-juridisch onderzoek, en het steunen op en samenwerken met andere wetenschappelijke disciplines, is in de TJ-traditie een vanzelfsprekendheid. Sommige vooruitstrevende veranderingen zoals voorgestaan door TJ, lijken in een vijandige politieke omgeving zoals met name soms voorkomt in de Verenigde Staten, ook moeilijk anders dan *evidence based* vooruit te boksen. Voor wie sombert over het maatschappelijke en politieke klimaat in eigen land, kan de soms geharnaste manier³⁴ waarop door de voorvechters van TJ – opvallend vaak rechters – bepaalde hervormingen tot stand zijn gebracht, eens te meer een bron van inspiratie vormen.

Een andere internationale aansluiting van de VU/IGER onderzoeksgroep is die met het *Institute for Safety, Compensation and Recovery Research* (ISCRR) in Melbourne, Australië.³⁵ Sinds 2010 worden met ISCRR nauwe contacten onderhouden, onder meer door bezoeken over en weer van onderzoekers, en participatie vanuit de VU in het *Australasian Compensation Health Research Forum* (ACHRF).³⁶

6.4 EEN AANTAL RODE DRADEN IN ONZE ERVARINGEN

6.4.1 Gebruik van onderzoeksresultaten uit andere disciplines

In de inleiding en de afsluiting van de bundel *Gedrag en privaatrecht* bespreken Van Boom, Giesen en Verheij de mogelijkheden voor wat zij noemen de ‘multidimensionele methode’³⁷ van juridisch onderzoek, dat wil zeggen het gebruiken in juridische beschouwingen van onderzoeksresultaten uit andere disciplines.³⁸ Eén van de vragen die zij daarbij opwerpen is of degene die de vertaalslag naar het juridische maakt, geschoold moet zijn in de discipline waaraan de onderzoeksresultaten worden ontleend. Zij beantwoorden deze vraag ontkenkend.³⁹ Ik sluit mij daar van harte bij aan, maar wil uit eigen ervaring nog wel een kanttekening plaatsen: het is niet zonder risico om inzichten uit andere disciplines in het eigen onderzoek te betrekken zonder daarbij ten minste gekwalificeerde mensen uit de betreffende

33 B.J. Winick, ‘The Jurisprudence of Therapeutic Jurisprudence’, *Psychology, Public Policy, and Law* 1997, vol. 3, p. 191.

34 En soms ook helemaal niet. Minstens even prominent aanwezig binnen TJ zijn individuele rechters die gewoon vanuit gezond verstand en menselijke intuïtie bepaalde hervormingen hebben doorgevoerd, om pas later tot de ontdekking te komen dat ze daarmee deel uitmaakten van een meer algemene stroming.

35 <www.iscrr.com.au/>.

36 <www.iscrr.com.au/ACHRF_2011_main.html>.

37 In hoofdstuk 1 spreken zij van de ‘multidimensionele benadering’.

38 W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, ‘Gedrag en privaatrecht. Inleiding en verantwoording’, resp. A.J. Verheij, I. Giesen en W.H. van Boom, ‘Afsluitende observaties’, in Van Boom, Giesen en Verheij 2008.

39 Ibid., p. 35 en 603-605.

discipline te raadplegen.⁴⁰ Voor een buitenstaander is het moeilijk om *mainstream* en controversiële opvattingen van elkaar te onderscheiden, de *state of the art* te identificeren en de kwaliteit van data te beoordelen. Ook de precieze betekenis van bepaalde begrippen en concepten kan je soms min of meer ontglippen. Ook Hartlief refereerde aan dit risico waar hij de positie van de jurist die kennismaakt met het gedachtegoed van een andere discipline vergeleek met die van ‘een kind in een snoepwinkel’.⁴¹ Het gaat hier beslist niet om een onoverkomelijk probleem, maar het dient wel serieus te worden genomen. Zodra een jurist argumentatief een serieus beroep doet op resultaten uit een andere wetenschappelijke discipline,⁴² doet hij er goed aan zich voor beginnersfouten te behoeden door het raadplegen van gekwalificeerde mensen uit die discipline.

6.4.2 *Zelf empirisch onderzoek doen*

Dit wordt anders zodra men zelf data wil gaan verzamelen en verwerken. Dat juristen daarin niet geschoold plegen te zijn, is mijns inziens prohibitief voor avonturen waarbij men dat toch volledig op eigen houtje zou gaan doen.⁴³ Doe geen empirisch-juridisch onderzoek zonder methodologische expertise aan te trekken. Denk niet dat je er komt door ‘een’ psycholoog/sociaal wetenschapper/dokter erbij te betrekken, maar zoek hoog gekwalificeerde mensen. Alleen al voor het aantrekken van onderzoekers van een andere discipline heb je hoog gekwalificeerde mensen uit de betreffende discipline nodig. Mijn eigen ervaring is dat ik als jurist het curriculum vitae van bijvoorbeeld een psycholoog niet kan beoordelen.

6.4.3 *Samenwerking met andere faculteiten*

De optimale oplossing is om medewerking te krijgen van hoogleraren van andere faculteiten. Die hoeven het onderzoek niet zelf mee uit te voeren, maar moeten wel bij van alles en nog wat meekijken en -denken. Die betrokkenheid van de grond krijgen is niet altijd even eenvoudig. Wanneer men als jurist aanklopt bij andere faculteiten is de kans groot dat men daar niet op samenwerking zit te wachten. Men pleegt de handen vol te hebben aan eigen onderzoeksprioriteiten en het is niet eenvoudig om daarbinnen vruchtbare aankno-

40 In vergelijkbare zin met betrekking tot het trekken van conclusies door de rechter: A. Hammerstein, ‘Het perspectief van de civiele rechter’, in W.H. van Boom en M.J. Borgers 2004, p. 89-94 (op p. 89).

41 T. Hartlief, *Wat hebben juristen aan civilologie?*, voordracht op het congres ‘Over gedrag en privaatrecht. Het 1e Nederlandse Civilologiecongres’, 24 juni 2011, Erasmus Universiteit Rotterdam. Zie zijn elders in deze bundel opgenomen bijdrage.

42 Dat wil zeggen meer dan anekdotisch of illustratief.

43 Althans voor zover dit gepaard zou gaan met een serieuze wetenschappelijke pretentie. Een eenvoudige enquête lukt nog wel met alleen een normale dosis gezond verstand.

pingspunten met het juridische domein – hoe breed ook opgevat – te identificeren. Het onderzoek waar juristen in geïnteresseerd zijn betreft voor die andere discipline meestal toegepast onderzoek, terwijl de eigen prioriteiten doorgaans bij fundamenteel onderzoek liggen. Wat juristen wél te bieden hebben is *societal impact*: samenwerking met juristen opent of versterkt voor andere disciplines vaak het perspectief op directe maatschappelijke betekenis. Alle programmeringsdrift richting fundamenteel onderzoek ten spijt plegen individuele onderzoekers daarvoor toch wel gevoelig te zijn. Interdisciplinaire samenwerking is naar mijn ervaring uiteindelijk vooral een kwestie van gedeeld maatschappelijk engagement en goede persoonlijke contacten. En zij komt het beste van de grond in het kader van concrete onderzoeksprojecten met externe financiering.

6.4.4 *Zelf onderzoekers van andere disciplines in dienst nemen*

Aansluiting bij andere faculteiten is dus van harte aanbevolen. Maar voor een duurzame multidisciplinaire onderzoekslijn is het tegelijkertijd ook essentieel om onderzoekers van andere disciplines zelf in te dienst nemen, eventueel parttime, en te huisvesten bij de eigen onderzoeksgroep op de juridische faculteit. Pas als men dagelijks met elkaar samenwerkt ontstaat optimale synergie tussen de disciplines en een echt gezamenlijk, multidisciplinair gedachtengoed. Dit brengt tegelijkertijd extra managementproblemen mee: het is moeilijk om niet-juridische onderzoekers een langetermijnperspectief te bieden op een juridische faculteit. Een goed contact met andere faculteiten biedt ook hier de meeste manoeuvreerruimte. Bij veel faculteiten is het een alledaags fenomeen dat er onderzoekers rondlopen voor wie men geen vaste formatie beschikbaar heeft. Men is voortdurend bezig om die medewerkers dan met de ene opdracht en dan met de andere, van de straat te houden. Als je tijdelijk onderzoeksbudget kunt meebrengen heb je bijna altijd meteen de aandacht. Vooral aanstormend talent is soms eenvoudig voor bepaalde tijd onder je hoede te krijgen, al of niet op parttime basis. De nauwe contacten met de onderzoeksgroep van die andere faculteit krijg je er dan gratis bij.

6.4.5 *Een wereld van verschil*

Wie multidisciplinair empirisch onderzoek gaat doen komt in een andere wereld. Wat als eerste in het oog springt: empirisch onderzoek kost véél meer tijd en geld dan juristen gewend zijn. Juristen onderschatten naar mijn ervaring ook stevast de vele praktische problemen die kunnen spelen bij de werving van respondenten en het verzamelen van data (ook als zij in de rol van opdrachtgevers zitten). Het duurt vaak langer dan je dacht, zelfs als je er al rekening mee had gehouden dat het weleens langer kon gaan duren dan je dacht. Dataverzameling is ook in hoge mate een kwestie van praktische tips en trucs. Wie

niet het wiel opnieuw wil uitvinden laat zich bijstaan door oude rotten in het vak. Ontwikkel alle onderzoeksontwerpen en onderzoeksinstrumenten ook echt interdisciplinair, dat wil zeggen dat onderzoekers van alle disciplines daarbij betrokken worden. Dit is het handwerk-niveau waarop de kennis en ervaring uit alle betrokken invalshoeken tot een synthese komt en het uur der waarheid voor echte interdisciplinaire samenwerking. Het is niet alleen noodzakelijk om hier alle disciplines bij aanwezig te hebben (ik geef hierna nog een voorbeeld naar aanleiding van het begrip *compensation*) maar ook intellectueel zeer verrijkend. Wel is het opnieuw iets dat tijdrovend en dus duur is.

Empirisch juridisch onderzoek is bijna altijd teamwerk. Dat komt ook tot uitdrukking in de publicaties. Die zullen steeds meerdere auteurs hebben. Met betrekking tot de wijze waarop de auteursvolgorde tot stand komt, bestaat per discipline een andere traditie. De juristen zelf hebben op dit punt nog geen gevestigde traditie. Dat betekent dat er van geval tot geval keuzes moeten worden gemaakt. Bij gebreke van vaste criteria kan dat soms best lastig zijn. Ook in andere opzichten leidt multidisciplinair onderzoek tot een andere publicatiecultuur. Omdat het onderzoek een langere looptijd heeft is het aantal publicaties vaak minder dan men gewend is. In principe is het wel makkelijker om internationaal te publiceren. In empirische onderzoeksresultaten is men in het buitenland eerder geïnteresseerd dan in het Nederlands recht. De vertaalslag naar een internationaal publiek is vaak ook beter te maken. Bij andere disciplines staat het internationale discours en het internationaal publiceren vaak vanzelfsprekend voorop. Onderzoekers uit die disciplines zullen vaak alleen wat hebben aan publicatie in een *peer reviewed* tijdschrift met een zo hoog mogelijke impactfactor. Echt interdisciplinaire tijdschriften zijn schaars. Een publicatie moet soms ingrijpend worden aangepast naar gelang het tijdschrift waarin men wil publiceren. Het kan wel een jaar of langer duren voordat een artikel daadwerkelijk uitkomt. Als het tegenzit, kan het streven naar een zo hoog mogelijke impactfactor en het multidisciplinaire karakter van een publicatie zelfs leiden tot tijdrovend leuren langs verschillende tijdschriften. Wel even wennen voor juristen die gewoon zijn dat de kopij hen door de hongerige redacties van de (te) vele Nederlandse tijdschriften uit de hand wordt gerukt.

6.4.6 *Wat kunnen juristen wel en wat niet*

Als het gaat om wat juristen bij empirisch onderzoek wel en niet kunnen, is het onderscheid tussen kwalitatief en kwantitatief onderzoek van belang. Met betrekking tot kwalitatief onderzoek suggereert onze ervaring tot dusver dat juristen dat best *on the job* kunnen leren. Met gezond verstand en wat hulp van buiten valt hier veel te bereiken. Focusgroepen,

expertmeetings, het is voor juristen prima te doen. Haal er wel even het boekje bij.⁴⁴ Hetzelfde geldt voor het afnemen van interviews.⁴⁵ Interviews analyseren kunnen juristen naar onze ervaring ook, zeker als tweede analyticus. Het lijkt sowieso een goed idee om bij een onderzoeksontwerp met meerdere onafhankelijke analyses van dezelfde data dit werk over de verschillende disciplines te spreiden. Maar alles is anders bij kwantitatief onderzoek. Dat is echt een heel ander vak, daar moet je deskundigen bij halen. Of je zou er zelf een echte tweede studie van moeten maken. Enige bèta aanleg is dan wel onmisbaar. Dit wil overigens nadrukkelijk niet zeggen dat je kwantitatief onderzoek helemaal aan andere disciplines zou moeten overlaten. Het moet van begin tot eind gewoon multidisciplinair. Naar onze ervaring is voor de bruikbaarheid in het juridische domein van de resultaten van kwantitatief onderzoek de intensieve betrokkenheid van juristen bij de ontwikkeling en uitvoering daarvan onmisbaar. Dat begint al met de ontwikkeling van het kwalitatieve referentiekader. Niet-juristen hebben onvoldoende inzicht in het juridische domein om de juiste onderscheidingen te maken en de juiste vragen te stellen. Een sprekend voorbeeld op het terrein van gezondheid en recht is het duistere begrip *compensation* in veel door medici uitgevoerd onderzoek naar de relatie tussen *compensation* en gezondheid. Een kritische analyse van het onderzoek op dit terrein laat zien dat onder het begrip *compensation* van alles en nog wat schuil kan gaan: hardcore *tort litigation*, aanspraken op sociale zekerheid, tot het verkrijgen van vergoedingen van de eigen ziektekostenverzekeraar aan toe.⁴⁶ Dit maakt niet alleen de resultaten moeilijk te waarderen (wat is nu precies met wat vergeleken?) en de verschillende onderzoeken slecht vergelijkbaar. Het vertroebelt ook het zicht op welke aspecten van *compensation* nu precies dat anti-therapeutische effect genereren.

6.5 RODE DRAAD IN DE UITKOMSTEN: HET RECHT GAAT UIT VAN EEN BEPERKT MENSBEELD

Er is ook een rode draad aan te wijzen voor wat betreft de uitkomsten van het door ons uitgevoerde onderzoek, en dat is dat recht en rechtswetenschap impliciet lijken uit te gaan van een beperkt mensbeeld. Het kwam hiervoor al aan de orde bij de uitkomsten van het

44 Er is een overvloed aan literatuur beschikbaar. Wat bij ons in de kast terecht is gekomen: H. Boeijs, *Analyseren in kwalitatief onderzoek. Denken en doen*. Den Haag: Boom, 2005; A.L. Strauss en J.M. Corbin, *Basics of qualitative research: techniques and procedures for developing grounded theory* (2nd ed.), Thousand Oaks: Sage Publications 1998; F. Wester (red.), *Rapporteren over kwalitatief onderzoek*, Utrecht: Lemma 2003; G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

45 In onze kast staat: J. Evers (red.), *Kwalitatief interviewen: kunst én kunde*, Den Haag: Lemma 2007.

46 Zie G. Grant en D.M. Studdert, 'Poisoned Chalice? A Critical Analysis of the Evidence Linking Personal Injury Compensation Processes with Adverse Health Outcomes', *Melbourne University Law Review* 2009, vol. 33, 3; *University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 442*. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1520788>>.

onderzoek ‘slachtoffers en aansprakelijkheid’, en het komt telkens terug in de resultaten van ons overige onderzoek: mensen hebben ook niet-materiële motivaties, mensen zijn sociale wezens die herstel van rechtvaardigheid willen, mensen zijn *sense-makers* die de wereld om hen heen en wat hen overkomt willen begrijpen en betekenis willen geven. Dat leidt stevast tot een groter gewicht voor elementen waaraan het recht traditioneel niet zoveel waarde toekent, zoals bevestiging van morele waarden, erkenning van verantwoordelijkheid, rechtstreeks persoonlijk contact met andere betrokkenen, het aanbieden van excuses, het vaststellen van de toedracht van gebeurtenissen ook wanneer dit niet langer relevant is voor juridische kwalificaties zoals aansprakelijkheid of causaliteit, het nemen van preventieve maatregelen ten behoeve van anderen, enzovoort.

In de inleiding van de bundel *Gedrag en privaatrecht* problematiseren Van Boom, Giesen en Verheij de kennelijke dominantie in privaatrechtelijke regelgeving van de uit de economische wetenschap afkomstige rationele keuze-theorie.⁴⁷ In de bijdrage van Van Raaij, hoogleraar economische psychologie aan de Universiteit van Tilburg, wordt nader uitgewerkt hoe veel op de rationele keuzetheorie gebaseerde veronderstellingen met betrekking tot consumentenbeslissingen geen stand kunnen houden in het licht van recent empirisch onderzoek.⁴⁸ De notie dat het recht uitgaat van een beperkt mensbeeld loopt als een rode draad door bijna alle bijdragen aan die bundel. In de inleiding wijzen Van Boom, Giesen en Verheij op de opkomst van de *behavioral economics* met zijn verwerping van de rationele keuzetheorie. Van Raaij trekt het *behavioral economics*-gedachtegoed door naar een pleidooi voor *behavioral law*, waarmee volgens hem een ontwikkeling op gang zou kunnen worden gebracht naar effectievere regulering en handhaving.⁴⁹ Geconstateerd kan worden dat de afgelopen jaren het mensbeeld in de economische wetenschap aanzienlijk is bijgesteld, van de *rational economic actor* uit de traditionele (en neoklassieke) economie naar het meeromvattende mensbeeld van de *behavioral economics*. In de sociale psychologie heeft een vergelijkbare ontwikkeling plaatsgevonden. Daar is inmiddels breed geaccepteerd dat menselijk gedrag niet alleen wordt gestuurd door ‘instrumentele’ motivaties maar ook door niet-instrumentele motivaties.⁵⁰ Misschien dat thans iets vergelijkbaars plaats gaat vinden binnen de rechtswetenschap. Ook voor recht en rechtswetenschap lijkt de tijd aangebroken voor een bredere kijk op wat mensen bezielt en beweegt.

47 W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, ‘Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording’, in Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 19-48 (op p. 24-27).

48 W.F. van Raaij, ‘Het beeld van de Consument in het Privaatrecht empirisch getoetst’, in Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 51-64.

49 Ibid., p. 63.

50 Zie voor een vergaande afrekening met de rationele keuzetheorie bijv. D.T. Miller, ‘The Norm of Self-Interest’, *American Psychologist* 1999, vol. 54, 12, p. 1053-1060.

6.6 TOT BESLUIT: OVER DE TOEKOMST VAN EMPIRISCH JURIDISCH ONDERZOEK

De ervaringen met de empirisch-juridische onderzoekslijn op de Vrije Universiteit ondersteunen de veronderstelling dat de bestudering van het privaatrecht, niet alleen intern doctrinair maar ook vanuit een breder, multidisciplinair perspectief ('civilologie'), wenkende perspectieven biedt voor wetenschappelijke vooruitgang en maatschappelijke relevantie. Voor het meeste empirisch-juridische onderzoek (dat wil zeggen: met eigen dataverzameling en -analyse) moet men kunnen beschikken over een multidisciplinaire onderzoeksgroep. Interdisciplinaire samenwerking is intellectueel en anderszins bijzonder lonend, maar er komt veel bij kijken. Ondanks alle nadruk op beleidsniveau op het belang van interdisciplinair onderzoek, bestaan er tal van barrières op praktisch, organisatorisch, administratief en financieel niveau. Om te beginnen is het niet makkelijk om te komen tot een kritische massa van empirisch-juridisch onderlegde onderzoekers. Mogelijk structureel problematisch is het om deze vast te houden aan een juridische faculteit. Dit probleem wordt geïdentificeerd als een kernpunt in het bekende rapport van Genn en anderen over *Empirical Legal Studies* (ELS) in het Verenigd Koninkrijk.⁵¹ De toekomst zal het leren. Ondertussen lijkt ook in privaatrechtelijk Nederland de interesse voor empirie en multidisciplinariteit steeds breder te worden gedragen. De onderzoeksgroep op de VU is verheugd van deze ontwikkeling deel uit te mogen maken, en hoopt daaraan bij te kunnen blijven dragen.

⁵¹ Genn, Partington en Wheeler 2006, *Final Report and Recommendations*, p. 29-34. Beschikbaar op <www.ucl.ac.uk/laws/socio-legal/empirical/>.

7 ONDERZOEK NAAR GESCHILBESLECHTING – WAT LEVERDE HET OP, WAAR WILLEN WE HEEN?

M. ter Voert*

SAMENVATTING

In allerlei situaties in het dagelijks leven kunnen geschillen ontstaan. Die geschillen kunnen op diverse manieren worden aangepakt en opgelost. De afgelopen jaren zijn er door of via het WODC verschillende onderzoeken verricht op het terrein van geschillenbeslechting. In deze bijdrage wordt beschreven vanuit welke beleidscontext deze onderzoeken worden verricht, welke soorten studies zijn verschenen en wat ze hebben opgeleverd. Er wordt afgesloten met een reflectie op wat de civilologie kan bijdragen aan onderzoek op het terrein van geschillenbeslechting. Het WODC-onderzoek belicht het civiele recht vooral vanuit een sociaalwetenschappelijk perspectief. Een combinatie van juridisch en sociaalwetenschappelijk onderzoek kan bijdragen aan de groei van kennis op beide vakgebieden.

7.1 INLEIDING

In allerlei situaties in het dagelijks leven hebben mensen te maken met civiele rechtsregels. We kopen, wonen, werken, reizen, gaan relaties aan en maken gebruik van allerlei diensten. In die situaties kunnen geschillen ontstaan die op allerlei manieren worden aangepakt en al dan niet worden opgelost. De afgelopen jaren heeft het WODC verschillende onderzoeken verricht en uitbesteed op het terrein van geschilbeslechting. Deze onderzoeken zijn aangevraagd door beleidsdirecties van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Beleidsmakers proberen in toenemende mate *evidence based* te werk te gaan en gebruik te maken van actuele inzichten uit wetenschappelijk onderzoek. Tevens moeten beleidsmakers zich steeds meer verantwoorden in hoeverre algemene en of specifieke doelstellingen van beleid, al dan niet dankzij de inzet van beleidsinstrumenten, worden gerealiseerd. In een jaarlijks terugkerend programmeringsproces wordt de onderzoeksagenda van het WODC bepaald. Op het terrein van geschilbeslechting is een breed scala aan studies verricht. Hoewel de studies zeer gevarieerd zijn, zijn er rode draden te herkennen. In deze bijdrage wordt

* Dr. Marijke ter Voert is senior onderzoeker bij de afdeling Rechtsbestel, Wetgeving en Internationale en vreemdelingenaangelegenheden (RWI) van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Veiligheid en Justitie te Den Haag.

ingegaan op het kader waarbinnen de onderzoeken naar geschilbeslechting worden verricht, welke onderzoeksrapporten de afgelopen jaren op dit terrein zijn verschenen en wat ze hebben opgeleverd. Het stuk besluit met een reflectie op wat een civilologische blik kan bijdragen aan de groei van kennis op het terrein van geschilbeslechting.

7.2 WAAROM ONDERZOEK NAAR GESCHILBESLECHTING?

Onderzoek naar geschilbeslechting binnen het WODC wordt uitgevoerd tegen de achtergrond van een van de beleidsdoelstellingen van het ministerie van Veiligheid en Justitie. In de vaststelling van de begrotingsstaten van het ministerie staat onder meer als operationele doelstelling: ‘Burgers en bedrijven hebben toegang tot een passende en effectieve vorm van geschillenbeslechting en/of rechtspleging.’¹ Die toegang is van belang om burgers en rechtspersonen in staat te stellen hun recht te halen. ‘Burgers en bedrijven hebben baat bij een toegankelijke juridische infrastructuur omdat die de rechtszekerheid biedt die noodzakelijk is voor het functioneren van de economie en het vertrouwen in de rechtsstaat.’

De toegang tot het recht is niet beperkt tot toegang tot de rechtspraak. Die toegang kan betrekking hebben op:

- *informatie*, bijvoorbeeld via internet of folders;
- *rechtsbijstand* door middel van advies, begeleiding, bemiddeling of (proces) vertegenwoordiging; bepaalde vormen van dienstverlening worden onder andere verstrekt door het Juridisch Loket, de advocatuur, sociaal raadslieden, consumentenorganisaties, vakbonden, rechtsbijstandverzekeraars;
- een neutrale *procedure* voor een bindende uitspraak bij een instantie. Daarbij gaat het niet alleen om gerechtelijke instanties, maar ook om bijvoorbeeld geschillencommissies, bezwaarschriftencommissies of arbitragecommissies.

De ongelijke verdeling van geld, kennis en vaardigheden in de samenleving kan tot een ongelijke toegang tot recht leiden. Rechtzoekenden kunnen te weinig financiële of sociaal-psychologische middelen (kennis en vaardigheden) hebben om toegang te krijgen tot informatie, rechtsbijstand of procedures. Niet alleen is van belang dat die informatie, rechtsbijstand en procedures toegankelijk zijn, die toegangsvormen moeten volgens de beleidsdoelstelling tevens ‘passend en effectief’ zijn. Deze aspecten schaar ik onder het begrip *kwaliteit* van dienstverlening. Hierbij kan het gaan om uiteenlopende aspecten van de dienstverlening zoals:

- de effectiviteit van de dienstverlening: is de hulp bruikbaar, wordt het doel bereikt, wordt het probleem opgelost;

1 Operationele doelstelling 12.2. Zie Kamerstukken II, Vergaderjaar 2009–2010, 32 123 VI, nr. 2

- de (juridische) inhoudelijke deskundigheid van de dienstverlener;
- de integriteit en betrouwbaarheid van de dienstverlener;
- de service van de dienstverlener: was de communicatie helder en begrijpelijk, was de bejegening correct, was de prijs transparant, werd men snel geholpen.

Het ministerie moet die toegang en kwaliteit waarborgen binnen het kader van de (beperkte) financiële middelen die de overheid kan inzetten. Bezuinigingen enerzijds en het waarborgen van voldoende toegang en kwaliteit anderzijds kunnen op gespannen voet met elkaar staan. Maar ook kan het waarborgen van voldoende toegang tot recht op gespannen voet staan met het waarborgen van een dienstverlening van voldoende kwaliteit. Het nastreven van het ene doel kan ten koste gaan van een ander doel. Meer toegang tot gerechtelijke procedures kan minder kwaliteit tot gevolg hebben als de doorlooptijden oplopen of de rechtspraak minder tijd per zaak kan besteden. Meer specialisatie en deskundigheid van juridische dienstverleners kan de prijs van die dienstverlening voor rechtzoekenden opdrijven en dus de toegang belemmeren.

Het onderzoek naar geschilbeslechting dat het WODC verricht, staat dus veelal in het teken van toegankelijkheid en kwaliteit. Naast de inhoudelijke thema's, is het onderzoek ook in te delen naar de beleidsfase waarin het onderzoek wordt gebruikt.

Het onderzoek kan in verschillende fases van het beleidsproces worden gebruikt en al naar gelang de fase (probleem)verkenkend of evaluatief van aard zijn. Zo zijn er monitoren die structureel een vinger aan de pols houden om tijdig problemen te signaleren of die dienen als achtergrondinformatie voor beleidsontwikkeling. Daarnaast kan onderzoek vooraf (*ex ante*), tijdens of na de invoering van (*ex post*) bepaalde beleidsmaatregelen worden verricht. *Ex ante* onderzoek kan tot doel hebben om (a) inzicht te krijgen in de effecten van beleidsvoornemens; (b) strategische keuzes mogelijk te maken bij de beleidsvoorbereiding, en; (c) achteraf systematisch verantwoording over gevoerd beleid af te leggen (omdat vooraf expliciet haalbare doelstellingen zijn geformuleerd). In *ex ante* onderzoek kunnen bijvoorbeeld verschillende beleidsmaatregelen worden verkend door te inventariseren hoe bepaalde maatregelen in het buitenland hebben uitgespeeld. Ook kunnen er al naar gelang de fase van het beleid, plan-, proces- en effectevaluaties worden verricht. Bij een planevaluatie wordt – meestal vóór de implementatie van een beleidsmaatregel – bekeken of het plausibel is dat een bepaalde maatregel zal werken. Aan beleid liggen assumpties ten grondslag. Er worden veronderstellingen gedaan over het (beleids)probleem en de gedragsmechanismen die door de te plegen interventie in werking worden gezet. In een planevaluatie worden de onderliggende assumpties in kaart gebracht via het bestuderen van beleidsstukken of via aanvullende interviews met ontwerpers van een beleidsmaatregel. Vervolgens wordt bekeken hoe plausibel de assumpties zijn, gezien de uitkomsten van eerder verricht empirisch onderzoek.

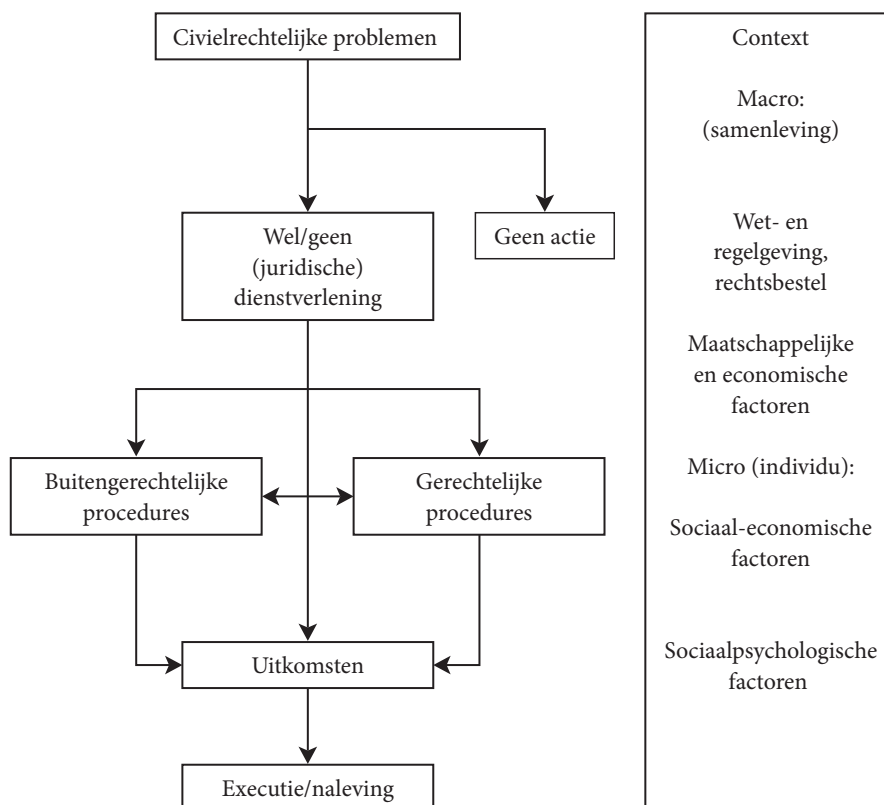
Bij een procesevaluatie wordt vervolgens onderzocht hoe de beleidsmaatregel is geïmplementeerd. Worden de plannen uitgevoerd zoals ze bedoeld zijn? Pas als de beleidsmaatregel in de praktijk wordt uitgevoerd zoals bedoeld, heeft het zin om de effecten te bestuderen.

Bij een effectevaluatie wordt gekeken of de beleidsmaatregel werkt. In hoeverre zijn de beleidsdoelen gehaald? Onderzoek hiernaar kan plaatsvinden als duidelijk is dat de beleidsmaatregel goed is geïmplementeerd. Bijkomend probleem is vaak dat gedurende het interventietraject ook allerlei maatschappelijke veranderingen of andere beleidsmaatregelen worden geïmplementeerd die effect kunnen hebben op de uitkomsten. Wat wat veroorzaakt, is dan niet altijd uit elkaar te rafelen.

7.3 WELK ONDERZOEK?

Het onderzoek naar geschilbeslechting kan aan de hand van een keten worden weergegeven. Die keten begint bij de civielrechtelijke problemen die burgers of bedrijven ervaren. Vervolgens kan voor de oplossing van die problemen al dan niet professionele juridische hulp worden ingeschakeld, kan al dan niet een neutrale procedure worden gestart en dit alles kan tot uitkomsten leiden die al dan niet worden nageleefd (zie figuur 1).

Figuur 1 Geschilbeslechtingsketen en contextfactoren die van invloed kunnen zijn op de weg door de keten



Op allerlei onderdelen van de keten wordt onderzoek verricht. In 2003 is het WODC gestart met een studie die een totaalbeeld moet geven van het landschap van geschilbeslechting, de zogenoemde *Geschilbeslechtingsdelta*.² De term delta verwijst naar de veelheid aan ‘stromen’ die ‘bevaren’ kunnen worden om een probleem aan te pakken. Dit in aanvulling op de klassieke metafoor van een piramide waarin vooral de nadruk ligt op één specifieke wijze van geschilbeslechting: het inschakelen van een advocaat en het starten van een gerechtelijke procedure. In het geschilbeslechtingsdeltaonderzoek van het WODC heeft men zicht willen krijgen op de variëteit aan wegen die burgers bewandelen om hun problemen op te lossen: ondernemen ze wel of geen actie; richten ze zich wel of niet tot een deskundige voor advies en hulp; laten ze zich wel of niet doorverwijzen naar een andere instantie; bereiken ze wel of geen overeenstemming met de wederpartij; beginnen ze wel

² Van Velthoven en Ter Voert 2004 (WODC rapport 219).

of niet aan een gerechtelijke of buitengerechtelijke procedure; of gaan ze wel of niet tegen de beslissing in beroep. In 2010 is dit onderzoek herhaald.³ Tevens is in 2009 een pilotonderzoek onder MKB-bedrijven verricht⁴ om ook inzicht te krijgen in de aard en omvang van problemen bij het midden- en kleinbedrijf en hoe die bedrijven daar mee omgaan.

Een ander onderzoek dat een beeld geeft van de keten van geschilbeslechting is de tweejaarlijkse monitor Rechtspleging Civiel en Bestuur.⁵ Deze publicatie geeft een cijfermatig overzicht van ontwikkelingen in het aantal civiele en bestuursrechtzaken, buitengerechtelijke procedures, en het gebruik, aanbod en de kwaliteit van juridische dienstverleners zoals advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders. Deze monitor is een gezamenlijk initiatief van de Raad voor de rechtspraak, het CBS en het WODC. Het doel van Rechtspleging Civiel en Bestuur is het bijeenbrengen van informatie over juridische dienstverleners en (buiten)gerechtelijke procedures op het gebied van het civiele recht en het bestuursrecht. Die informatie was in het verleden erg versnipperd, waarbij cijfers uit verschillende bronnen door verschillen in terminologie en indeling niet op elkaar aansloten en moeilijk met elkaar in verband waren te brengen.

Een derde monitor is het Prognosemodel justitiële ketens.⁶ Terwijl de voorgaande twee onderzoeken de trends van verleden naar heden beschrijven, worden in de prognosemodellen beleidsneutrale ramingen gemaakt voor, onder andere, de toekomstige instroom civiel- en bestuursrechtelijke zaken bij de rechtspraak en het gebruik van gesubsidieerde rechtsbijstand.

Tot slot is er nog een monitor op een deelgebied die de Raad voor Rechtsbijstand publiceert: de Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand.⁷ Hierin wordt jaarlijks de stand van zaken weergegeven met betrekking tot het aantal afgegeven toevoegingen en de dienstverlening van het Juridisch Loket en gesubsidieerde rechtsbijstandverleners.

Daarnaast zijn er verschillende onderzoeken die niet structureel van aard zijn en die op delen van de keten zijn gericht. Zo zijn er studies verschenen over het gebruik, het aanbod en/of de kosten van gesubsidieerde rechtsbijstand.⁸ De toegang tot en de kwaliteit van

3 Van Velthoven en Klein Haarhuis 2010 (WODC rapport 283).

4 Croes en Maas 2009 (WODC Cahier 2009-13).

5 B.J. Diephuis, R.J.J. Eshuis, N.E. de Heer-de Lange (red.), *Rechtspleging Civiel en Bestuur 2008, Ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

6 D.E.G. Moolenaar, B. Diephuis, M. van Gammeren-Zoetewij, S. Kalidien, E.C. Leertouwer, F.P. van Tulder, *Capaciteitsbehoefte justitiële ketens 2013, Beleidsneutrale ramingen*, Den Haag: WODC, Raad voor de rechtspraak 2009.

7 L. Combrink-Kuiters, M. van Gammeren, S.L. Peters, *Monitor gesubsidieerde rechtsbijstand 2010*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

8 A. Klijn, *Rechtshulp onderzocht en overdacht, Theoretische reflectie en empirisch onderzoek omtrent rechtshulp in Nederland 1979-1989*, Arnhem: Gouda Quint 1991; C.M.C. van Zeeland, J.M. Barendrecht, *Gefinancierde rechtsbijstand vergeleken*, Tilburg: Centrum voor aansprakelijkheidsrecht 2003; G.C. Maas en E. Niemeijer, *Gebruikers van gesubsidieerde rechtsbijstand. Kenmerken, problemen en inkomenspositie*, Den Haag: WODC,

juridische diensten is ook een terugkerend thema. Er zijn of worden studies verricht naar de deskundigheid, integriteit en service van notarissen, advocaten en rechtsbijstandverzekeraars.⁹

Wat betreft geschilprocedures is er onderzoek geweest naar het gebruik en kwaliteitsaspecten van alternatieve vormen van geschilbeslechting, zoals ‘mediation’, arbitrage en geschillencommissies.¹⁰ Ten aanzien van de rechtspraak zijn studies verschenen over griffierechten, doorlooptijden en de hoogte van claims in het civiele recht.¹¹ Ook over het eind van de keten is informatie verzameld. De naleving van schikkingen en gerechtelijke vonnissen en de naleving van mediation-afspraken is onderzocht.¹²

Beleidsmaatregelen die de afgelopen jaren zijn geëvalueerd, zijn de verwijzingsvoorzieningen en de ondersteunende financiële voorzieningen voor mediation¹³ en de competentiegrensverhoging van civiele handelszaken in 1999.¹⁴ Tevens is er in 2010 een nulmeting verricht om op termijn verschillende maatregelen in het kader van de taakstelling op de gesubsidieerde rechtsbijstand te kunnen evalueren.¹⁵

De aard van het onderzoek kan beschrijvend, verklarend of voorspellend zijn. De meeste onderzoeken hebben tot doel bepaalde aspecten van de toegang of kwaliteit van het rechtsbestel te beschrijven, zoals: hoe vaak maken burgers gebruik van mediation en wordt het probleem daarmee opgelost? Bij voorspellende onderzoeksvragen probeert men onder

-
- Cahier 2007-10, 2007; M.T. Croes, T. Geurts, M.J. ter Voert en F. Zwenk, *Monitor Rechtsbijstand en Geschiloplossing, Nulmeting: periode 2000-2009*, Den Haag: WODC, cahier 2010-7, 2010.
- 9 Zie onder andere M. ter Voert en M. van Ewijk, *Tendrapportage Gerechtsdeurwaarders 2006*, Den Haag: WODC, Onderzoek en beleid 247, 2006; M. ter Voert, F. Zwenk, *Kwaliteit in zware tijd, marktwerking, vraaguitval en notariële dienstverlening*, Den Haag: WODC, Onderzoek en beleid 269, 2011; R.J.J. Eshuis en T. Geurts, *Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars*, Den Haag: WODC (te verschijnen).
 - 10 L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer en M. ter Voert, *Ruimte voor mediation*, Den Haag: WODC, Onderzoek en beleid 210, 2003; M. Guiaux, F. Zwenk en M. Tumewu, *Mediation Monitor 2005-2008*. Den Haag: WODC, Cahier 2009-9, 2009; A. Brenninkmeier, M. van Ewijk en C. van der Werf, *De aard en omvang van arbitrage en bindend advies in Nederland*, Leiden: RvB 2002; A. Klapwijk en M. ter Voert, *Evaluatie De Geschillencommissie 2009*, Den Haag: WODC, Onderzoek en beleid 278, 2009; Companen, *Geschilbeslechting in de bouw, Onderzoek in opdracht van het ministerie van Justitie*, Arnhem: Companen 2002.
 - 11 M.M.G. Faure en C.A.R. Moerland, *Griffierechten. Een vergelijkende beschrijving van griffierechten- en vergelijkbare stelsels in een aantal landen van de Europese Unie*. Den Haag: WODC 2006; R.J.J. Eshuis en G. Paulides, *Van rechtbank naar kanton*. Den Haag: WODC, Onderzoek en beleid 203, 2002; R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*, Den Haag: WODC, Onderzoek en beleid 209, 2003; R.J.J. Eshuis, *Het recht in betere tijden*, Den Haag: WODC, Onderzoek en beleid 254, 2007; F. Felsö, D. Hollanders, J. van Honk, M. Laemers, M. de Nooij, en W. Rombouts, *De tijd loopt door, De gevolgen van lange doorlooptijden in de rechtspraak*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2007.
 - 12 R.J.J. Eshuis, *De daad bij het woord. Het naleven van rechterlijke uitspraken en schikkingsafspraken*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak, Research Memorandum jrg. 5, nr. 1, 2009; M. Tumewu, *Naleving mediationafspraken bij echtscheidingen*, Den Haag: WODC, Factsheet, 2009-4, 2009.
 - 13 Combrink-Kuiters, Niemeijer en Ter Voert 2003; Guiaux, Zwenk, Tumewu 2009.
 - 14 Eshuis en Paulides 2002.
 - 15 Croes, Geurts, Ter Voert en Zwenk 2010.

andere ramingen te maken voor de gevolgen van nieuw beleid. Zo is er bijvoorbeeld onderzoek verricht naar de mogelijke consequenties van het verhogen van griffierechten voor de toegankelijkheid van de rechtspraak.¹⁶ Hierbij maakt men gebruik van assumpties die in verklarend onderzoek zijn ontwikkeld. Bij verklarende onderzoeksvragen probeert men inzicht in de werking van bepaalde mechanismen te krijgen. Daarbij gaat het om onderzoeksvragen zoals: welke factoren zijn van invloed op de keuzes die burgers maken bij de oplossing van hun geschil?¹⁷ In het verleden zijn onder andere inzichten uit de sociologie, psychologie en economie geïnventariseerd.¹⁸

Rechtseconomen gaan ervan uit dat individuen hun beslissingen baseren op een afweging van kosten en baten. Individen kiezen uiteindelijk die oplossing waarvan ze verwachten dat de netto opbrengsten het hoogst zijn. Rechtseconomen zijn vooral georiënteerd op kosten en baten in financiële zin, zoals griffierechten, advocaatkosten, proceskostenveroordeling, doorlooptijden en het zaaksbelang. Tegenwoordig wordt echter meer en meer rekening gehouden met het feit dat individuen keuzes kunnen maken op basis van onvolledige informatie en dat zij denkfouten kunnen maken (*bounded rationality*).¹⁹

Rechtspsychologen richten zich primair op het gedrag van individuen in een specifieke juridische situatie en rol. Daarbij wordt vaak gebruik gemaakt van experimenteel onderzoek met controlegroepen. Een belangrijke rechtspsychologische bevinding is dat partijen hun kansen op verlies of winst van een procedure *framen* en daardoor risicozoekend of juist risicomijdend worden in hun keuze voor een bepaalde wijze van geschilbeslechting. Ook is er de laatste jaren veel onderzoek naar de vraag hoe rechtvaardig of *fair* partijen procedures ervaren.²⁰

Rechtssociologen zijn vooral geïnteresseerd in de sociale werking van het recht. Partijen in een geschil worden bestudeerd als actoren, ingebed in sociale structuren van normen en waarden en relaties met anderen. In de rechtssociologie wordt een geschil gezien als een proces. Vanuit dit perspectief wordt het geschilproces vaak opgedeeld in meerdere beslismomenten: actie ondernemen of niet, al dan niet overgaan tot overleg met de wederpartij, al dan niet een rechtshulpverlener inschakelen en al dan niet een (juridische) procedure starten. Bij de beslissingen die de partij neemt, wordt aan de sociale en economische context van het geschil een belangrijke rol toegedicht. Zo wordt verwacht dat in

16 *Significant, Impactanalyse verhoging Griffierechten*, Kamerstukken II, bijlage 2, 31 oktober 2011, <www.rijksoverheid.nl/ministeries/venj/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/10/31/impactanalyse-verhoging-griffierechten.html>.

17 Van Velthoven en Ter Voert 2004.

18 C. Klein Haarhuis, *Geschilgedrag: verklaringen bijeengebracht*, WODC, Cahier 2009; J.M. Barendrecht, A. Klijn (red.), *Balanceren en Vernieuwen*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2004.

19 Voor een overzicht zie J.P.B. de Mot en G.G.A. de Geest, *Juridische infrastructuur: een internationale vergelijking vanuit economisch perspectief*, Den Haag: WODC 2004.

20 Voor een overzicht van rechtspsychologisch onderzoek zie Klein Haarhuis 2009; Barendrecht en Klijn 2004.

afhankelijkheidsrelaties minder snel naar de rechter zal worden gestapt, omdat men in de toekomst met elkaar verder moet.²¹

De grenzen tussen de drie tradities vervagen en over en weer worden verklaringsmechanismen overgenomen.²² In de deltaonderzoeken worden inzichten uit verschillende disciplines meegenomen. Er wordt vanuit gegaan dat een persoon die met een rechtsprobleem wordt geconfronteerd, uit het geheel aan keuzemogelijkheden dat zich op enig moment aandient, het alternatief kiest met het gunstigste saldo van (verwachte) baten en kosten. Die kosten en baten kunnen materieel of immaterieel van aard zijn. Het kan gaan om zaken zoals tijd, geld, (verlies van) relaties, (voorkomen van) stress of rechtvaardigheidsgevoelens. De geschilbeslechtingsdelta is een beslissingsdelta: afhankelijk van de fase van het oplossingstraject (actie ondernemen of niet, hulp zoeken of niet, rechtspraak of niet) maken rechtzoekenden bij elke aftakking een kosten-batenafweging, afhankelijk van de kosten en baten die zij op dat moment voor ogen hebben en de keuzemogelijkheden die zich aandienen (zie figuur 1). Die keuzemogelijkheden worden op macroniveau bepaald door wet- en regelgeving (bv welke norm wordt overtreden, is een advocaat of bepaalde procedure verplicht) en de kenmerken van het rechtsbestel (beschikbaarheid van hulp en procedures) en op microniveau door het type geschil. Ook bij de kosten en baten spelen macro- en microkenmerken een rol. De (verwachte) kosten en baten worden op macroniveau bepaald door de wet- en regelgeving (wat is er haalbaar?) en kenmerken van het rechtsbestel (tarieven, wachttijden) en op microniveau door de specifieke inhoud van het probleem in kwestie (ernst, complexiteit), de sociale, economische en sociaalpsychologische kenmerken van de rechtzoekende en de wederpartij.²³ Bij deze benadering wordt ervan uitgegaan dat de keuzemogelijkheden die een persoon ziet, en de kosten en baten die hij of zij verwacht, onvolledig kunnen zijn of fouten kunnen bevatten. Een te nemen stap kan gebaseerd zijn op een onvolledige afweging van baten en kosten, doordat bijvoorbeeld bepaalde keuzemogelijkheden of kosten niet bekend zijn of de kans dat bepaalde baten worden gerealiseerd verkeerd wordt ingeschat.

7.4 WAT LEVERDE HET OP?

Uit het voorgaande blijkt al wel dat er verschillende gegevens zijn die ontwikkelingen in het gebruik van rechtshulp en (buiten)gerechtelijke procedures beschrijven en de resultaten die daarmee worden behaald. In deze paragraaf worden enkele bevindingen uit empirisch onderzoek beschreven.

21 Voor een overzicht van onderzoek zie Klein Haarhuis 2009; Barendrecht en Klijn 2004.

22 Klein Haarhuis 2009.

23 Zie Van Velthoven en Ter Voert 2004.

7.4.1 *Rechtshulp en (buiten)gerechtelijke procedures*

Uit het geschilbeslechtingdelta-onderzoek weten we dat een groot deel van de Nederlandse burgers wordt geconfronteerd met (potentieel) juridische problemen.²⁴ Het meest komen consumentenproblemen en werkgerelateerde problemen voor. Mensen die een probleem hebben, komen in de meeste gevallen in actie om een oplossing te zoeken. Uit het delta-onderzoek van 2009 blijkt dat ongeveer de helft van de burgers hulp of advies heeft gevraagd bij een deskundige (instantie). Dat percentage is hoger dan in 2003, toen 44% hulp inschakelde. Verder heeft 43% van de burgers het probleem zelf aangepakt zonder deskundige hulp en 6% heeft geen actie ondernomen.

Uiteindelijk wordt bij 13% van de problemen een procedure gestart waarbij een onafhankelijke derde een beslissing neemt in het geschil. De belangrijkste procedures zijn gerechtelijke procedures (5%) en buitengerechtelijke procedures bij een bezwaarschriftencommissie (5%), huurcommissie (1%) of geschillencommissie (1%). Uiteindelijk komt dus een klein deel van de problemen die burgers ervaren bij de rechter terecht. Ook van de problemen die bedrijven ervaren, belandt maar een klein deel bij de rechter.²⁵

Bij de keuze van burgers om passief te blijven, het probleem zelf aan te pakken of deskundige hulp te gaan zoeken, maken ze in een bepaalde mate een kosten-batenafweging. Hoe ernstiger en complexer het probleem en hoe hoger de verwachte opbrengst, hoe vaker er deskundige hulp wordt ingeschakeld.²⁶ Ten tweede is het type probleem van belang. Problemen met de aanschaf van goederen en diensten en met geld worden relatief vaak door de betrokkenen zelf aangepakt. Voor problemen met kinderen onder de achttien jaar, gezondheidsproblemen veroorzaakt door derden en problemen met het bezit van onroerend goed schakelt men relatief vaak hulp in. Verder valt op dat de sociale achtergrondkenmerken van de rechtzoekende, zoals het inkomensniveau, er weinig toe doen bij de keuzes die zijn gemaakt.

Dat weinig geschillen van burgers en bedrijven uiteindelijk bij de rechtspraak belanden, neemt overigens niet weg dat er sprake is van een verdergaande juridisering in die zin dat het aantal rechtszaken in de samenleving toeneemt. Tussen 2001 en 2010 is het aantal zaken sterk gestegen. In 2010 heeft de rechtspraak ongeveer 1,2 miljoen civielrechtelijke en bijna 100.000 bestuursrechtelijke procedures afgehandeld.²⁷

24 Van Velthoven en Ter Voert 2004; Van Velthoven en Klein Haarhuis 2010.

25 Croes en Maas 2009.

26 Van Velthoven en Ter Voert 2004; Van Velthoven en Klein Haarhuis 2010.

27 Totaal aantal civiele zaken bij de rechtbanken sector civiel en kanton, de gerechtshoven en de Hoge Raad en het totaal aantal bestuursrechtelijke zaken bij de rechtbanken, gerechtshoven, Hoge Raad, Centrale Raad van Beroep, Raad van State en College van Beroep voor het bedrijfsleven. Zie R.J.J. Eshuis, N.E. de Heer-de Lange, B.J. Diephuis (red.), *Rechtspleging Civiel en Bestuur 2010, Ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, WODC Onderzoek en beleid 301, 2012.

7.4.2 Knelpunten

In de deltaonderzoeken zijn geen grote knelpunten in de toegang tot recht geconstateerd.²⁸ Ten eerste zijn er geen aanwijzingen dat het aanbod van rechtshulp in zijn algemeenheid tekortschiet of dat de kwaliteit daarvan ontoereikend is. Er blijkt een zeer breed scala aan adviserende en hulpverlenende instanties te zijn waarvan burgers gebruik maken. Vaak kloppen rechtshulpgebruikers bij meer dan één adres aan. Via doorverwijzing en ‘shopping’ vinden ze hun weg in het aanbod. Uit het deltaonderzoek van 2009 blijkt dat burgers het meest een beroep doen op de advocatuur en rechtsbijstandverzekeringen, maar die bestrijken elk niet meer dan 11% van de markt. Opmerkelijk daarbij is de toename van het gebruik van de rechtsbijstandverzekering in vergelijking met het deltaonderzoek van 2003. Verder maken burgers gebruik van het Juridisch Loket, de politie, wets-, of rechtswinkels, sociaal raadslieden en belangenorganisaties zoals de vakbond, de Consumentenbond of Vereniging Eigen Huis. Daarnaast vragen ze advies bij allerlei niet-juridische instanties, zoals het maatschappelijk werk. De meeste burgers oordeelden positief over de geboden hulp.

Ten tweede wordt als reden om geen actie te ondernemen of om af te haken zelden ‘te hoge kosten’ genoemd.²⁹ Ook uit ander onderzoek blijkt dat de invloed van de prijs op het inschakelen van advocaten in civiele zaken gering is en in de loop der jaren is afgenomen. Een hogere prijs leidt dus wel tot vraaguitval, maar die uitval is beperkt.³⁰ Een van de verklaringen hiervoor is de beperkte keuzevrijheid van cliënten. De prijsgevoeligheid van diensten neemt over het algemeen af naarmate er minder alternatieven zijn en de noodzaak groter is. Bij een probleem kan er sprake zijn van ‘recht noodzaak’.³¹ Zo moet bijvoorbeeld bij een echtscheiding uiteindelijk altijd een advocaat worden ingeschakeld. Dit is wettelijk vastgelegd. Een andere verklaring is dat de financiële drempel voor de lagere inkomensgroepen (grotendeels) wordt weggenomen door de gesubsidieerde rechtsbijstand, terwijl de midden- en hogere inkomens terecht kunnen bij een rechtsbijstandverzekering. Steeds meer gezinnen sluiten een dergelijke verzekering af. Volgens cijfers van het Verbond van Verzekeraars is het aantal gezinspolissen gestegen van 1,3 miljoen in 2002 naar 3,1 miljoen in 2010. Ook het aantal bedrijven dat zich heeft verzekerd, is in die jaren toegenomen. Het beroep op de gesubsidieerde rechtsbijstand voor civiele zaken stijgt ook jaarlijks.³² Ongeveer

28 Dat wil niet zeggen dat deze er op specifieke gebieden niet zijn. Bij letselschadezaken is de toegang tot recht problematisch vanwege de hoge financiële drempels, zoals de kosten van de advocaat, medische deskundigen, arbeidsdeskundigen en de mogelijke veroordeling in de proceskosten. Zie J.M. Barendrecht, C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga, I.N. Tzankova, *Schadeclaims. Kan het goedkoper en minder belastend?*, Den Haag: WODC 2004.

29 De meest genoemde reden om niets te doen of om te stoppen, is dat het probleem vanzelf is opgelost.

30 A. van der Torre, *Advocaat met korting. Een analyse van de prijsgevoeligheid van de rechtsbijstand*. Den Haag: SCP, Werkdocument 118, 2005.

31 Klijn 1991.

32 Croes, Geurts, Ter Voert, Zwenk 2010; Combrink-Kuiters e.a. 2011.

37% van de bevolking komt in aanmerking voor gesubsidieerde rechtsbijstand. Gebruikers van civiele toevoegingen hebben minder vaak een inkomen uit arbeid en vaker een uitkering in vergelijking met de totale beroepsbevolking. Vooral eerstegeneratie niet-westerse allochtonen, alleenstaanden en eenoudergezinnen maken er relatief vaak gebruik van.³³

Ten derde zijn er in het deltaonderzoek van 2009 geen aanwijzingen gevonden dat bepaalde kwetsbare groepen verstoken blijven van hulp. Niet-westerse allochtonen en bewoners van Vogelaarwijken met een rechtsprobleem maken in ongeveer dezelfde mate gebruik van rechtshulp als de gemiddelde Nederlander, en hun gemiddelde oordeel over de verstrekte adviezen en hulp is zeker zo positief. Wel is het zo dat ze minder weten te bereiken dan de gemiddelde Nederlander in die zin dat ze vaker hun acties staken en hun geschil minder vaak eindigt met overeenstemming of een beslissing door een derde.

7.4.3 *Afloop*

Uit de deltaonderzoeken blijkt dat burgers bij meer dan de helft van de afgesloten problemen een vorm van overeenstemming hebben bereikt (53%), terwijl bij 7% een beslissing door een derde tijdens een (buiten)gerechtelijke procedure het eindpunt vormt. De overige problemen eindigen niet met een beslissing of overeenstemming, ofwel omdat de betrokken burger geen enkele actie heeft ondernomen (6%), ofwel omdat deze zijn actie op enig moment heeft gestaakt (34%). Bij de uitkomst van het geschil is van belang hoe die uitkomst door de betrokkenen wordt beoordeeld: heeft men bereikt wat men wilde bereiken, vindt men de uitkomst rechtvaardig en zijn de gemaakte afspraken die uit de overeenkomst of beslissing voortvloeien nagekomen?

In het civiele recht geldt een impliciete aanname dat van een rechterlijke uitspraak een zodanig gezag uitgaat, dat de partij op wie een verplichting rust die uitspraak ook zal naleven. Bij niet-naleving, staat nog de mogelijkheid open via een deurwaarder dwang uit te oefenen. Daarnaast wordt binnen de sociale wetenschappen vaak verondersteld dat de mate van naleving wordt beïnvloed door de wijze waarop het geschil wordt beslecht. Zo zouden partijen die samen overeenstemming bereiken beter af zijn dan partijen die het op een beslissing door een derde laten aankomen. De gedachte daarachter is dat bij overeenstemming de partijen de afspraken zelf kunnen bepalen. Ze kunnen daarbij rekening houden met niet-juridische aspecten en eventueel het onderliggende conflict oplossen. Bij uitspraken door een derde is er een verliezer en een winnaar, de partijen hebben geen invloed op de inhoud van de uitspraak en de kans is groter dat het onderliggende conflict – dat vaak niet juridisch van aard is – niet uit de weg wordt geholpen. Theorievorming

33 F.W.M. Huls, M.J. ter Voert, Rechtsbijstand, in: B.J. Diephuis, R.J.J. Eshuis, N.E. de Heer-de Lange (red.) *Rechtspleging Civiel en Bestuur 2008*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2010; Combrink-Kuiters e.a. 2011.

rond procedurele rechtvaardigheid gaat er vanuit dat wanneer mensen het proces dat tot de uitkomst heeft geleid als rechtvaardig ervaren, ze meer geneigd zullen zijn de uitkomst te accepteren en na te leven. Onderzoeksgegevens nuanceren de bovenstaande veronderstellingen, zoals we hierna zullen zien.

Ten eerste blijkt dat een gerechtelijk vonnis lang niet altijd betekent dat de ‘winnaar’ krijgt wat in het vonnis is vastgelegd. Vooral bij verstekvonnissen kan de winnaar nogal eens aan het kortste eind trekken, vaak omdat de verliezer niet genoeg financiële middelen heeft om aan de eis te voldoen.³⁴ Bij naleving is niet alleen ‘weten’ en ‘willen’, maar ook ‘kunnen’ van belang.

Ten tweede blijkt inderdaad dat de mate waarin burgers hun doel en andere resultaten bereiken, verschilt naar de wijze waarop het probleem is afgerond. In tabel 2 zien we dat de veronderstelling dat het bereiken van overeenstemming positiever uitpakt dan een beslissing door een derde te laten nemen, wordt ondersteund door empirische gegevens. Degenen die het geschil hebben afgesloten met een overeenstemming, hebben vaker hun doel bereikt, vinden de uitkomst rechtvaardiger en melden vaker dat het probleem is opgelost en dat de afspraken worden nagekomen.

Bij deze bevindingen moeten een paar kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste moet bedacht worden dat de problemen die met een beslissing zijn geëindigd, de lastigere conflicten kunnen zijn waarbij mogelijk al in een voortraject vruchteloze pogingen zijn gedaan om tot overeenstemming te komen. Onderzoek van Eshuis³⁵ toont aan dat het lastig is harde conclusies te trekken. Hij constateert eveneens dat schikkingen die tot stand zijn gekomen tijdens gerechtelijke procedures bij de civiele sectoren beter worden nageleefd dan de vonnissen die uit die procedures tot stand komen. Hij merkt echter op dat uit dit onderzoek toch niet kan worden afgeleid dat een schikking tot betere uitkomsten leidt. In een fors percentage van de schikkingen hebben partijen namelijk vooraf de afspraak gemaakt dat de overeengekomen verplichting eerst moet worden nageleefd voordat de gerechtelijke procedure wordt gestaakt. Pas als de afspraak is nageleefd, wordt de schikking dus definitief. Wordt er niet nageleefd dan wordt de procedure voortgezet en volgt een vonnis.

Ten tweede is het opmerkelijk dat degenen die overeenstemming bereiken – en dus zelf de afspraken bepalen – deze afspraken niet altijd rechtvaardig vinden. Burgers accepteren dus in sommige gevallen een schikkingsafpraak waar ze niet geheel tevreden mee zijn. Motieven die hier meespelen zijn dat men van het conflict af wil zijn, niet nog meer tijd en geld aan het conflict wil besteden, verdere conflicten wil vermijden en dat men niet vooraf weet hoe een beslissing van de rechter zal uitpakken.³⁶ Ook komt het voor dat partijen

³⁴ Eshuis 2009.

³⁵ Eshuis 2009.

³⁶ Van Velthoven en Ter Voert 2004; Van Velthoven en Klein Haarhuis 2010.

een zekere mate van druk ervaren om een schikking of mediation te accepteren als een advocaat of rechter dit voorstelt.³⁷

Ten derde is het opmerkelijk dat ook de helft van degenen die hun acties op enig moment hebben gestaakt hun doel bereiken (zie tabel 2). Bij 85% van degenen die zijn gestopt, blijkt dat het probleem vanzelf is opgelost. Dat kan zowel het gevolg zijn van het gedrag van de andere partij (de luidruchtige burens zijn bijvoorbeeld verhuisd), een derde (de woningbouwvereniging heeft de burens uit huis gezet, de werkgever heeft voor overplaatsing gezorgd), als van de betrokkene zelf (die is verhuisd of heeft een andere baan aanvaard).

Tabel 2 Percentage burgers dat aangeeft dat het doel is bereikt, het probleem nog voortduurt, de uitkomst rechtvaardig is en de afspraak is nagekomen, naar wijze van afronding van het probleem.

	Doel bereikt	Uitkomst rechtvaardig	Probleem duurt voort	Afspraak nagekomen
<i>Afronding</i>				
Overeenstemming	90%	83%	10%	88%
Beslissing	66%	58%	21%	83%
Gestopt	52%	n.v.t.	15%	n.v.t.

Bron: Geschilbeslechtingdelta 2009.

7.5 WAAR WILLEN WE HEEN?

Het onderzoek naar geschilbeslechting binnen het WODC belicht het civiele recht vooral vanuit een sociaalwetenschappelijk perspectief. In die zin 'doet' het WODC al jaren civilologisch onderzoek. Niets nieuws onder de zon dus. Of is de civilologie meer dan dat en gaat het juist om de interdisciplinaire samenwerking tussen sociale wetenschappers en juristen? Terwijl juristen zich bezighouden met het geldend recht (*law in the books*), zijn sociale wetenschappers gericht op de maatschappelijke betekenis van het recht (*law in action*). Proberen we met de civilologie met sociaalwetenschappelijke theorieën en methoden van onderzoek bij te dragen aan een meer effectieve civiele wet- en regelgeving? Tijdens het congres is de vraag opengelaten wat 'civilologie' precies behelst en dat is waarschijnlijk maar goed ook. Dat kan leiden tot oeverloze debatten die niet vruchtbaar zijn voor de toekomst. Een vraag die wel interessant is, is of juristen en sociale wetenschap-

³⁷ J. van der Linden, *Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak, Research Memorandum jrg. 4, nr. 5, 2009; Combrink-Kuiters, Niemeijer en Ter Voert 2003.

pers meer moeten samenwerken. Onderzoekers van het WODC hebben meestal een sociaalwetenschappelijke achtergrond en zijn geschoold in kwalitatieve en/of kwantitatieve methoden van onderzoek. Het aantal juristen dat dit soort onderzoek doet, is op een hand te tellen. Dit komt omdat de onderzoeksvragen die moeten worden beantwoord meestal over de werking van het recht in de samenleving gaan en met sociaalwetenschappelijke methoden van onderzoek moeten worden aangepakt. Juristen hebben die scholing niet gehad en het is niet een-twee-drie aan te leren. Als wel juridische kennis nodig is en het om *law in the books* gaat, wordt dit onderzoek veelal uitbesteed, omdat het een specialistisch rechtsgebied betreft waarover bij bepaalde universiteiten expertise aanwezig is. Wisselwerking tussen juridische en sociaalwetenschappelijke kennis kan echter over en weer vruchten afwerpen. Sociaalwetenschappelijke kennis over gedragsmechanismen en over de condities waaronder deze werken, kan juristen helpen betere wetten te maken. Juridische kennis over verschillende vormen van wetgeving en hoe deze via jurisprudentie in de praktijk worden uitgelegd, kan bijdragen aan betere verklaringsmodellen voor het gedrag van personen in bepaalde situaties. Op het terrein van geschilbeslechting wil ik twee voorbeelden noemen waarbij het samengaan van juridische en sociaalwetenschappelijke kennis meerwaarde biedt.

7.5.1 *Internationaal vergelijkend*

In diverse landen is zogenoemd *Paths to Justice* onderzoek verricht. In deze onderzoeken wordt burgers gevraagd of ze problemen hebben ervaren ‘which were difficult to resolve’. De Nederlandse deltoonderzoeken vallen ook in deze lijn. Inmiddels is er onderzoek gedaan in het Verenigd Koninkrijk, Canada, Australië, Bulgarije, Hongkong, Japan, Nieuw Zeeland, Noord-Ierland en de Verenigde Staten.³⁸

³⁸ Asia Consulting Group Ltd, *Consultancy study on the demand for and supply of legal and related services*, Hong Kong, 2008 <www.doj.gov.hk/eng/public/consultancy.htm>; A. Currie, ‘A national survey of the civil justice problems of low- and moderate-income Canadians: incidence and patterns’, *International Journal of the Legal Profession* 2006, 13, p. 217-242; T. Dignan, *Northern Ireland Legal Needs Survey*, Belfast: Northern Ireland Legal Services Commission 2006, <www.nilsc.org.uk/publications.asp?on=publications>; H. Genn, *Paths to Justice: What people do and think about going to law*, Oxford/Portland: Hart Publishing 1999; H. Genn, A. Paterson, *Paths to Justice Scotland: What people in Scotland do and think about going to law*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2001; M. Gramatikov, *Multiple justiciable problems in Bulgaria*, Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 16, 2008; *Legal Services Cooperation, Documenting the Justice gap in America*, Washington: Legal Services cooperation, 2007; M. Murayama, ‘Experiences of problems and disputing behaviour in Japan’, *Meiji Law Journal*, 2007, 14, p. 1-59; R. Nicholas, *New Zealand’s 2006 National survey of unmet legal needs and access to services*, Paper ILAG Conference, Antwerpen 2007, <www.ua.ac.be/main.aspx?c=.ILAG2007&n=39301>; M.A. Noone, L. Curran, *Access to justice research in Australia*, Paper ILAG Conference, Killarney, Ireland 2005; P. Pleasence, N. Balmer, T. Tam, A. Buck, M. Smith, A. Patel, *Civil Justice in England and Wales*, Report of the 2007 English and Welsh Civil and Social Justice Survey, London: Legal Services Research Centre 2008.

Ondanks de gemeenschappelijke basismethodologie is het problematisch de omvang van (potentieel) juridische problemen en de aanpak ervan tussen de verschillende landen en onderzoeken te vergelijken. De verschillen in steekproeftrekking, dataverzameling en de details van de vragenlijst (aantal probleemcategorieën, referentieperiode), maken het niet mogelijk de gegevens betrouwbaar met elkaar te vergelijken. Tevens is niet duidelijk of bepaalde definities of concepten op dezelfde wijze opgevat of gebruikt worden. Bijvoorbeeld: wanneer is er sprake van ‘een doe-het-zelver’ of (rechts)hulpgebruiker (soms gaat het alleen om advocaten, soms worden ook niet-juridische dienstverleners ‘meegeteld’). Er zijn echter wel globale overeenkomsten en verschillen in deze studies te zien:

- (Potentieel) juridische problemen komen in alle landen met behoorlijk grote regelmaat voor onder de bevolking. De meest voorkomende problemen in de meeste landen zijn consumentenproblemen.
- De aanpak van het probleem hangt vooral samen met het type probleem. Burgers weten bijvoorbeeld consumentenproblemen relatief vaak zelf op te lossen, terwijl voor problemen met het bezit van onroerend goed vaak hulp wordt ingeschakeld. In het buitenlandse onderzoek wordt echter geen rekening gehouden met kenmerken van het probleem die wel in de deltaonderzoeken zijn meegenomen, zoals de verwachte baten en de complexiteit en ernst van het probleem. In de deltaonderzoeken blijkt dat het vooral deze kenmerken zijn die de verschillen in aanpak van de typen problemen verklaren.

Er zijn ook opmerkelijk grote verschillen tussen landen:

- Japan valt bijvoorbeeld op doordat burgers daar weinig problemen blijken te hebben: 19% van de burgers heeft minstens één probleem ervaren over een periode van vijf jaar, terwijl dat bijvoorbeeld in Nederland anno 2009 61% was.
- Nederland kenmerkt zich door opvallend veel werkgerelateerde problemen, wat doet vermoeden dat dit iets met de rechtsbescherming van werknemers te maken heeft.

Een andere opvallende overeenkomst is dat de studies ‘theorie-arm’ zijn. Wordt in Nederland nog uitgegaan van een afweging van kosten en baten van respondenten om het verloop van het geschil te verklaren, in de andere studies wordt exploratief naar verbanden gezocht door statistische analysemodellen te draaien waarin allerlei achtergrondkenmerken zijn meegenomen. Het ontbreekt echter aan een theoretisch kader.

Er zijn dus patronen die zich in verschillende landen voordoen, maar ook landspecifieke patronen. De verschillen tussen landen zullen onder meer samenhangen met verschillen in wet- en regelgeving, de inrichting van het rechtsbestel, en met culturele verschillen over wanneer iets als een probleem wordt gezien en hoe met conflicten wordt omgegaan.

Een vergelijking van de onderzoeksresultaten tussen de landen kan een meerwaarde hebben voor de groei van kennis over gedragsmechanismen en het zoeken naar *best practices*. Daarvoor is het goed om te streven naar meer uniformiteit in methode en concepten.

Bij het vergelijken van de verschillen tussen landen in het vóórkomen van bepaalde typen geschillen, de aanpak en afloop ervan, is ook juridische kennis over verschillen in wet- en regelgeving van belang. Voor het antwoord op de vraag waarom in het ene land bepaalde geschillen vaker tot tevredenheid worden opgelost dan in het andere land, en waarom in het ene land bepaalde geschillen veel vaker via de rechtspraak worden afgehandeld dan in het andere land, moet ook de specifieke wet- en regelgeving hieromtrent onder de loep worden genomen en bekeken worden of die wet- en regelgeving leidt tot bepaalde mechanismen die het gedrag van rechtzoekenden kunnen verklaren.

7.5.2 *Echtscheiding*

Ander WODC-onderzoek waar samenwerking tussen juristen en sociale wetenschappers vruchten kan afwerpen, ligt op het terrein van familierecht. In het kader van de taakstelling op de gesubsidieerde rechtsbijstand zijn maatregelen aangekondigd die het aantal scheidingsgerelateerde procedures en daarmee het beroep op gesubsidieerde rechtsbijstand moeten beperken. In Nederland zien we dat het aantal scheidingsgerelateerde procedures bij de rechtbank over bijvoorbeeld alimentatie, gezag en omgangsregelingen jaarlijks toeneemt.³⁹ Ook het aantal toevoegingen neemt jaarlijks toe. Binnen de taakstelling op de rechtsbijstand is een van de maatregelen gericht op het vereenvoudigen van de alimentatieprocedure. In eerder onderzoek is vastgesteld dat de niet-transparante en ingewikkelde Tremanormen die rechters hanteren om de hoogte van de alimentatie vast te stellen, een bron van conflicten kunnen vormen. Tevens bevatten de huidige Tremanormen veel inkomens- en uitgavenposten waarmee rekening wordt gehouden. Dit maakt de kans relatief groot dat substantiële veranderingen in een van die posten leidt tot een wijzigingsverzoek bij de rechter. Na een echtscheiding kunnen zich allerlei situaties voordoen waardoor de levensomstandigheden wijzigen en aanpassing van alimentatie gewenst is. Persoonlijke omstandigheden kunnen veranderen door nieuwe relaties/gezinsvorming, daling of stijging van het inkomen of een structurele wijziging in de woonlasten. Volgens het Landelijk Bureau Inning Ouderbijdragen vormt onbegrip over de hoogte van de alimentatie ook een van de redenen om deze niet te betalen.⁴⁰

In het verleden zijn diverse wetsvoorstellen gesneuveld om het kinderalimentatiestelsel te wijzigen. Oplossingen in andere rechtssstelsels kunnen ter inspiratie dienen voor nieuwe herzieningen. Het beschrijven van andere alimentatiestelsels is onlangs gebeurd in een juridisch proefschrift van Jonker.⁴¹ Empirische gegevens over de werking van die andere

39 Terwijl het aantal scheidingen met minderjarige kinderen ongeveer gelijk is gebleven. Zie Croes, Geurts, Ter Voert, Zwenk 2010.

40 <www.lbio.nl/public/uploads/Rapporten/Samenvatting_rapport_HvA-LBIO-alimentatieberekening.pdf>.

41 M. Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

stelsels in de praktijk ontbreken echter. Hoe heeft het aantal gerechtelijke alimentatieprocedures zich daar ontwikkeld en welke problemen en mechanismen doen zich daar voor in de praktijk? In hoeverre zijn deze stelsels transparant en gevoelig voor wijzigingen in levensomstandigheden? Wat zijn de te verwachten effecten als delen van die stelsels worden geïmplementeerd in het Nederlandse stelsel? Een combinatie van juridisch en sociaalwetenschappelijk onderzoek kan op dit terrein bijdragen aan de groei van kennis op beide vakgebieden.

7.6 SLOT

Het onderzoek naar geschilbeslechting dat door of via het WODC wordt verricht, vindt plaats vanuit de beleidscontext dat de toegang tot een passende en effectieve vorm van geschilbeslechting en/of rechtspleging gewaarborgd moet zijn. Het onderzoek heeft tot doel een vinger aan de pols te houden, problemen te verkennen, beleid voor te bereiden of te evalueren. Daartoe zijn er verschillende studies die al dan niet structureel informatie verzamelen over de gehele keten van geschilbeslechting of onderdelen ervan.

Het onderzoek is beschrijvend, verklarend of voorspellend van aard. Al naar gelang de onderzoeksvraag wordt er gebruik gemaakt van inzichten uit de sociologie, psychologie en economie. De grenzen tussen de drie tradities vervagen en over en weer worden verklareingsmechanismen overgenomen. Zo wordt er bij de verklaring van geschilgedrag vanuit gegaan dat een persoon die met een rechtsprobleem wordt geconfronteerd, uit het geheel aan keuzemogelijkheden die hij waarneemt, het alternatief kiest met in zijn ogen het gunstigste saldo van (verwachte) kosten en baten. Die kosten en baten kunnen materieel of immaterieel van aard zijn. De keuzemogelijkheden, kosten en baten worden op macroniveau bepaald door wet- en regelgeving en de kenmerken van het rechtsbestel en op microniveau door het type geschil en de sociale, economische en sociaalpsychologische kenmerken van de rechtzoekende.

Het WODC-onderzoek naar geschilbeslechting belicht het civiele recht vooral vanuit een sociaalwetenschappelijk perspectief. Een combinatie van juridisch en sociaalwetenschappelijk onderzoek kan bijdragen aan de groei van kennis op beide vakgebieden. Samenwerking van juristen en sociale wetenschappers kan worden bevorderd door op bepaalde thema's naar kruisbestuiving te streven. In vergelijking met de criminologie is empirisch onderzoek op het terrein van het civiel recht nog een onontgonnen terrein waar legio mogelijkheden zijn om vanuit verschillende disciplines in samenhang de werking van het recht te bestuderen en maatschappelijk en wetenschappelijk relevant onderzoek te verrichten.

8 DE WAARDERING VAN LITIGIEUZE VORDERINGEN EN DE PROCESKOSTENVEROORDELING – EEN OPZET VAN EEN EXPERIMENT

V. Buskens en M.L. Tuil*

SAMENVATTING

Empirisch-juridisch onderzoek is nuttig om de effectiviteit van regelgeving te onderzoeken en de effecten van regelveranderingen te voorspellen. Experimenteel onderzoek kan helpen om het causale verband tussen een verandering in een juridische regel en de gevolgen van deze verandering beter te begrijpen. In deze bijdrage laten we zien hoe een experiment dat de gevolgen van een meeromvattende proceskostenveroordeling bestudeert, eruit zou kunnen zien. We gaan hierbij in detail in op overwegingen die van belang zijn bij het ontwerpen van een experiment voor civilologisch onderzoek.

8.1 INLEIDING

8.1.1 Empirisch-juridisch onderzoek

Binnen het civilologisch onderzoek is het van belang dat effecten worden bestudeerd van bepaalde regels en wetten op het gedrag van mensen waarop deze regels betrekking hebben. Empirische inzichten dragen, zoals Verheij, Giesen en Van Boom concluderen, bij aan de normatieve juridische besluitvorming door de rechter of wetgever.¹ Bovendien kan empirisch-juridisch onderzoek de maatschappij informeren over de effectiviteit of juist het gebrek hieraan van bepaalde regelgeving. Zo hebben Meijsen en Jongbloed (M&J) onderzoek

* Vincent Buskens is hoogleraar theoretische sociologie aan de Universiteit Utrecht en hoogleraar Empirical legal studies aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR). Mark Tuil is als postdoc verbonden aan het Rotterdam Institute of Private Law van de EUR.

1 A.J. Verheij, I. Giesen en W.H. van Boom, 'Afsluitende observaties', in W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 605 e.v.

gedaan naar het functioneren van de waarborgen tegen het onrechtmatig leggen van conservatoir beslag – een beslag dat kan worden gelegd vóórdat de beslaglegger een veroordeling van de schuldenaar heeft verkregen. Uit dit onderzoek blijkt dat deze waarborgen niet functioneren.²

Onderzoeken naar de effectiviteit van regelgeving zijn vaak gebaseerd op bestudering van de daadwerkelijke rechtsgang via de bestudering van documenten dan wel het interviewen of enquêteren van betrokkenen. Deze ‘veldonderzoeken’ laten zien wat de stand van zaken is. Het is echter vaak problematisch aan de hand van deze onderzoeken de vraag naar de oorzaak van deze stand van zaken – de causaliteitsvraag – te beantwoorden. Zo noemen M&J als één van de oorzaken van de gebrekkige werking van de waarborgen van het conservatoir beslag, de lichte toets die de voorzieningenrechter toepast bij het verlenen van verlof om dit beslag te mogen leggen. Tuil vraagt zich af of het probleem niet (ook) is gelegen in de relatief zware toets die geldt bij het opheffen van een vermeend onrechtmatig beslag.³ Dit voorbeeld toont meteen het belang van de causaliteitsvraag binnen de rechtswetenschap aan. Deze vraag valt immers (vaak) samen met de vraag naar een remedie.

De causaliteitsvraag kan op basis van de door M&J verzamelde gegevens niet worden beantwoord. Dit zou alleen mogelijk zijn als er gegevens zijn over het functioneren van de waarborgen onder de door M&J respectievelijk Tuil voorgestelde regels. Zelfs met een wets- of beleidswijziging is het moeilijk om uit te maken of de verklaring van M&J of die van Tuil juist(er) is. Het is immers onwaarschijnlijk dat die wijziging zo wordt doorgevoerd dat een goede vergelijking van beide systemen mogelijk is. De wetgever zal vermoedelijk immers ofwel één ofwel beide voorstellen tegelijk in te voeren. Een goede vergelijking blijft dan onmogelijk.⁴

Dit brengt ons bij een tweede vorm van empirisch-juridisch onderzoek, namelijk experimenteel juridisch onderzoek. Bij experimenteel onderzoek vergelijken onderzoekers verschillende door henzelf gecreëerde condities. Hoewel experimenten in principe ook in het veld kunnen worden uitgezet, beperken wij ons tot laboratoriumexperimenten. De afgelopen jaren is binnen het juridisch onderzoek in Nederland deze wijze van empirisch onderzoek weinig toegepast, maar deze methode is in het verleden ook wel in Nederland gebruikt.⁵ Eén van de voordelen van experimenten is dat de meeste relevante gegevens op basis

2 M. Meijns en A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland. Zekerheid als pressiemiddel*, Den Haag: Sdu 2010.

3 M.L. Tuil, ‘Herbezinnen op het beslagrecht’, *Ars Aequi* 2011, p. 101.

4 Zie voor een vergelijkbaar voorbeeld V.W. Buskens, *Between Hobbes’ Leviathan and Smith’s invisible hand*, Den Haag: Eleven 2011, p. 35 e.v.

5 Zie bijvoorbeeld P.J. van Koppen, ‘Risk Taking in Civil Law Negotiations’, *Law and Human Behavior* 1990, p. 151-165.

waarvan mensen hun keuzes maken, direct voor de onderzoeker beschikbaar zijn, terwijl data verzameld in het veld vaak incompleet zijn. Het andere voordeel is dat met experimenten beter een causaliteitsvraag kan worden beantwoord, omdat met een experiment wél gegevens kunnen worden verzameld die een directe vergelijking van de werking van verschillende regels mogelijk maken en waarbij de manipulatie van de regel de enige oorzaak van een gedragsverandering kan zijn.⁶ In het vervolg van deze bijdrage werken we een voorbeeld uit van zo een experimentele aanpak voor het vraagstuk wat de gevolgen zijn voor schikkingen van het verhogen van de proceskostenveroordeling in een civiele procedure.

8.1.2 Opzet van deze bijdrage

De proceskostenveroordeling houdt in dat de ene partij bij een civiele procedure (een deel van) de kosten van de andere partij draagt. Daarbij beperken wij ons tot het meest voorkomende geval: de regel dat de verliezer (een deel van) de kosten van de procedure van de winnaar moet vergoeden. In de literatuur worden aan deze regel een groot aantal uiteenlopende effecten toegekend.⁷ Sommige theoretische analyses voorspellen dat een (meeromvattende) proceskostenveroordeling de kans op een schikking verhoogt,⁸ terwijl anderen voorspellen dat meer zaken tot een proces zullen leiden.⁹ Sommigen voorspellen dat meer zaken zullen worden ingesteld,¹⁰ terwijl anderen het tegenovergestelde voorspellen.¹¹

Omdat een bepaalde proceskostenveroordelingsregel positieve en negatieve aspecten kan hebben, is het van belang te weten in welke mate een proceskostenveroordeling wenselijk is. Deze vraag is voor beleidsmakers moeilijk te beantwoorden, omdat er tegengestelde verwachtingen zijn over het effect van een (verhoogde) proceskostenveroordeling. Het is dus van belang dat deze verwachtingen empirisch worden getoetst. Dit is zeker voor de Europese context tot nog toe onvoldoende onderzocht.

In deze bijdrage bespreken wij een experiment dat wij binnenkort zullen uitvoeren. In dit experiment willen wij de verschillende verwachtingen over effecten van het verhogen van

6 Vgl. Buskens 2011, p. 33-34.

7 H.M. Kritzer, 'Lawyer Fees and Lawyer Behavior in Litigation: What Does the Empirical Literature Really Say?', *Tex. L. Rev.* 2001, p. 1948.

8 J.P. Davis, 'Toward a Jurisprudence of Trial and Settlement: Allocating Attorney's Fees by Amending Federal Rule of Civil Procedure', 68 *Ala. L. Rev.* 1996, p. 65-69.

9 S. Shavell, 'Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs', *Journal of Legal Studies* 1982, p. 66.

10 A.F. Conard, 'Winnowing Derivative Suits through Attorneys Fees', *Law and Contemporary Problems* 1984, p. 281.

11 Shavell 1982, p. 59.

de proceskostenveroordeling toetsen. Wij richten ons op één aspect van de werking van de proceskostenveroordeling, namelijk de gevolgen hiervan voor de waardering van een litigieuze vordering door de procespartijen. Daarbij gaan we ervan uit dat de waardering van de vordering cruciaal is voor de keuzes die de partijen maken bijvoorbeeld tijdens de onderhandelingen over een schikking.

Met ons onderzoek hopen wij zowel een bijdrage te leveren aan de geldigheid van de bijbehorende theorieën als de wetgever te helpen om een keuze te maken voor of tegen het invoeren van een meeromvattende proceskostenveroordeling. In het kader van dit boek gebruiken wij dit onderzoek als voorbeeld om hiermee de toegevoegde waarde van experimenten voor juridisch onderzoek te illustreren. Daarbij hebben wij twee meer specifieke doelen. Ten eerste willen wij duidelijk maken hoe een experiment meer duidelijkheid kan geven over de geldigheid van de bestaande theorieën en de daarop gebaseerde voorspellingen. Daarnaast stellen wij ons tot doel de overwegingen over de keuzes om tot een valide experiment te komen te verduidelijken en de uitspraken die op grond van zo een experiment mogelijk zijn verder uit te werken. Daarbij zullen we uiteraard niet alleen aandacht besteden aan de voordelen maar ook aan de beperkingen van deze aanpak.

De rest van de bijdrage is als volgt opgebouwd. Allereerst bespreken wij de proceskostenveroordeling zoals die in juridische zin bestaat (par. 8.2). Hierna bespreken wij de wijze waarop vanuit (rechts)economische en (rechts)psychologische theorie tegen dit systeem van proceskostenveroordeling wordt aangekeken (par. 8.3). Vervolgens bespreken wij eerder empirisch onderzoek naar de proceskostenveroordeling en in welke mate dit onderzoek de theorie ondersteunt of ontkracht (par. 8.4). Tot slot bespreken wij ons experiment (par. 8.5) waarbij we uitgebreid ingaan op enkele specifieke keuzes die de toegevoegde waarde van ons experiment verhogen (par. 8.6). Wij sluiten af met een slotbeschouwing (par. 8.7).

8.2 VERSCHILLENDE SYSTEMEN VAN PROCESKOSTEN

Een proceskostenveroordeling houdt in dat de ene bij een proces betrokken partij geheel of gedeeltelijk de proceskosten van zijn wederpartij draagt. Daarvoor kunnen verschillende redenen zijn. Wereldwijd is de meest voorkomende regel dat de verliezer (een deel van) de kosten van de winnaar betaalt. Dat neemt niet weg dat er ook andere regels voorkomen. Zo kent men in de Verenigde Staten meestal geen proceskostenveroordeling. Bij uitzondering zijn daar soms wel proceskostenveroordelingsregels die bepalen dat de partij die een bepaald formeel schikkingsaanbod verwerpt in een deel van de ná dat aanbod verschenen kosten wordt veroordeeld als in rechte een bedrag wordt toegewezen dat voor hem nadeliger is dan het bedrag dat werd voorgesteld. Deze regel komt bijvoorbeeld terug als Rule

68 van de *Federal Rules of Civil Procedure*, waar alleen de gedaagde dit aanbod kan doen, of Section 998 van de *California Code of Civil Procedure*, die deze bevoegdheid aan zowel de eiser als de gedaagde toekent.¹² In deze beschouwing laten wij dit type regels echter buiten beschouwing en beperken wij ons tot de regel dat de verliezer betaalt.

De omvang van de proceskostenveroordeling is wereldwijd verschillend geregeld. Het is gebruikelijk om rechtssystemen in te delen afhankelijk van de plaats waar ze zich bevinden op een schaal waarvan het ene uiteinde wordt gemarkeerd door de *American Rule* en het andere uiteinde door de *English Rule*.¹³ Met de *American Rule* wordt bedoeld op de in de Verenigde Staten geldende regel dat in beginsel geen proceskostenveroordeling plaatsvindt en dat iedere partij zijn eigen proceskosten draagt. De *English Rule* bepaalt dat de verliezer *alle* kosten van de winnaar moet vergoeden. In werkelijkheid nemen de meeste niet-Amerikaanse rechtssystemen, inclusief het rechtssysteem van Engeland en Wales,¹⁴ een tussenpositie in tussen deze twee uitersten.¹⁵ Dit is van belang, omdat in de (rechts)economische literatuur vaak gebruik wordt gemaakt van de aanname dat de verliezer *alle* kosten van de winnaar zou moeten vergoeden.¹⁶ Deze regel komt – voor zover ons bekend – in de praktijk niet voor, hetgeen gevolgen heeft voor de op deze aanname gebaseerde voorstellingen.

In deze bijdrage gaan we niet verder in op welke regel waar van toepassing is, maar zullen wij ons richten op de vraag wat de effecten zijn van een meeromvattende proceskostenveroordeling en de vraag in welke mate deze effecten wenselijk zijn. Met een meeromvattende proceskostenveroordeling bedoelen wij een proceskostenveroordeling die ertoe leidt dat een groter deel van de totale proceskosten van de winnaar door de verliezer wordt gedragen.

Een complicatie bij de beantwoording van deze vraag is dat het begrip ‘proceskosten’ bestaat uit een combinatie van kosten. Wij gaan uit van een zo ruim mogelijke definitie van het begrip proceskosten. Onder onze definitie zijn alle kosten die worden gemaakt om

12 Daarnaast gelden in de Verenigde Staten talloze andere uitzonderingen; zie D.R. Hensler, ‘Financing Civil Litigation: the US perspective’, in M.L. Tuil en L.T. Vischer (red.), *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe. A Legal, Empirical, and Economic Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 149 en 150.

13 Zie A.W. Katz, ‘Indemnity of legal fees’, in B. Bouckaert en de G. Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V: The economics of crime and litigation*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 63-65.

14 Voor Engeland noemt Peysner in dit kader een percentage van in de regel maximaal ‘slechts’ 75% van zijn advocatenkosten; zie J. Peysner, England and Wales, in: C. Hodges, S. Vogenhauer en M. Tulibacka (red.), *The Costs and Funding of Civil Litigation, A Comparative Perspective*, Oxford: Hart 2010, p. 296.

15 Deze rechtssystemen hebben weliswaar met elkaar gemeen dat normaliter de verliezer een deel van de kosten van de winnaar vergoedt, maar de uitwerkingen van deze regel verschillen aanzienlijk; zie Hodges, Vogenhauer en Tulibacka 2010.

16 Zie D.L. Coursey en L.R. Stanley, ‘Pretrial Bargaining Behaviour within the Shadow of the Law: Theory and Experimental Evidence’, *International Review of Law and Economics* 1988, p. 161.

een materieel recht te verwezenlijken proceskosten. Naast de kosten van het inhuren van een advocaat of andere rechtshulpverlener kan hierbij in min of meer chronologische volgorde worden gedacht aan:

- de preprocesuele kosten, dat wil zeggen de kosten die vóór het begin van de procedure worden gemaakt, zoals de kosten die gepaard gaan met onderhandelingen om tot een minnelijke schikking te komen;
- de kosten van het uitbrengen van een procesinleidend stuk waarmee de procedure formeel begint, zoals in Nederland de dagvaarding of het verzoekschrift;
- de kosten die door het gerecht in rekening worden gebracht zoals het griffierecht;
- de kosten die worden gemaakt in verband met het vergaren van bewijs, zoals de vergoeding voor getuigen en deskundigen;
- de kosten die moeten worden gemaakt nadat de rechter een uitspraak heeft gedaan om deze uitspraak ten uitvoer te leggen.

Voor deze verschillende kosten gelden verschillende kostenvergoedingsregels. Zo komen in Nederland de preprocesuele kosten van de eiser in beginsel geheel voor vergoeding in aanmerking. Ook de kosten van het uitbrengen van de dagvaarding, het griffierecht, de bewijskosten en de executiekosten komen in zijn geheel voor vergoeding in aanmerking, zij het dat deze kosten door tarieven worden gereguleerd. Voor de kosten van het inhuren van een rechtshulpverlener geldt weer dat ze slechts zeer beperkt voor vergoeding in aanmerking komen. In andere jurisdicties worden andere keuzes gemaakt.

Het gevolg van deze verschillende regels is dat het niet mogelijk is om de vraag welke omvang de proceskostenveroordeling in een rechtssysteem heeft voor alle situaties tegelijk te beantwoorden. Het is bijvoorbeeld in Nederland niet zo dat de verliezer altijd hetzelfde percentage van de proceskosten van de winnaar draagt. Dit percentage is afhankelijk van de precieze samenstelling en omvang van de verschillende typen proceskosten. Worden in een zaak relatief veel buitengerechtelijke kosten gemaakt en relatief weinig advocaatkosten, dan stijgt het percentage van de proceskosten dat voor vergoeding in aanmerking komt.

Een volgende complicatie bij het indelen van rechtssystemen al naar gelang de proceskostenveroordeling tot vollediger vergoeding leidt, is de vraag hoe de hierboven genoemde proceskosten worden berekend. Daarbij wordt meestal gekozen tussen twee systemen, te weten ofwel tarieven ofwel een proportionaliteits- of redelijkheidstoets. De gedachte is dat alleen dat deel van de proceskosten in aanmerking komt voor vergoeding dat in het geldende tarief wordt voorgeschreven, of dat gedeelte dat – gezien de vordering – proportioneel of redelijk is. Bij het ontwerpen van het hierna beschreven experiment zullen we dit soort complicaties moeten vereenvoudigen. In dit geval zullen we in het experiment aannemen dat de verliezer een vast percentage van de kosten betaalt.

De vraag blijft voor beleidsmakers (wetgevers en rechters) hoe het systeem van de proceskostenveroordeling vormgegeven moet worden. Moet de proceskostenveroordeling omhoog, of juist omlaag? Als we naar het verleden kijken, kunnen we vaststellen dat beleidsmakers daadwerkelijk de keuze hebben gemaakt om de proceskostenregels aan te passen. Zo oordeelde de Hoge Raad dat buitengerechtelijke kosten in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁷ In België heeft de wetgever in 2007 besloten om advocatenkosten onderdeel te maken van de proceskosten waarvoor de proceskostenveroordeling geldt.¹⁸ Bovendien schrijft sinds 2004 de IE-handhavingsrichtlijn voor dat in zaken van intellectueel eigendom in beginsel een volledige proceskostenveroordeling moet plaatsvinden.¹⁹ Deze maatregelen worden deels ingegeven door de gedachte dat het rechtvaardiger is als de verliezer van een procedure (een deel van) de kosten van die procedure zou moeten betalen. In de overwegingen die aan dergelijke maatregelen ten grondslag hebben gelegen, komen wij beschouwingen over de effecten van dergelijke maatregelen inderdaad tegen. Het probleem dat de beleidsmakers echter hebben is dat, zoals hierboven werd aangestipt, de voorspellingen over de effecten van dergelijke maatregelen uiteenlopen.

8.3 THEORIE

De waardering van een vordering door een procespartij vormt een belangrijke factor in de beslissingen die een procespartij ten aanzien van deze vordering neemt. Hierbij moet worden opgemerkt dat de waardering van een vordering niet een allesbepalende factor is voor het gedrag van de procespartijen. Zo is het denkbaar dat een eiser om strategische redenen een dagvaarding uitbrengt, hoewel hij de vordering waarvoor deze dagvaarding wordt uitgebracht laag waardeert. Bovendien beïnvloedt de proceskostenveroordeling ook de hoogte van de proceskosten die beide partijen zullen maken,²⁰ terwijl de hoogte van die kosten op haar beurt de waardering van de vordering beïnvloedt. In deze bijdrage vereenvoudigen wij de situatie tot een situatie die we ook later in het laboratorium kunnen gebruiken om de afgeleide hypothesen te toetsen en concentreren wij ons op de gevolgen van de hoogte van de proceskostenveroordeling op de waardering van de litigieuze vordering.

Om het effect van de hoogte van de proceskostenveroordeling op de waardering van een vordering door procespartijen te analyseren maken wij gebruik van een speltheoretisch

17 HR 3 april 1987, NJ 1988, 275 (London and Lancashire/Drenth).

18 V. Sagaert en I. Samoy, Belgium, in Hodges, Vogenhauer en Tulibacka 2010, p. 218 e.v.

19 Richtlijn 2004/48/EC van het Europees Parlement en de Raad betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (*PbEU* 2004, L157/45).

20 Katz 2000, p. 67 e.v.

model.²¹ Wij beschouwen de situatie waarbij een eiser een schadevergoeding S vraagt van een potentiële gedaagde. Eiser en gedaagde kunnen nu eerst onderhandelen over het bedrag waarvoor ze deze zaak zouden willen schikken. Daarbij nemen wij aan dat zij beiden een correcte (en dezelfde) inschatting kunnen maken over de kans dat de eiser de zaak zal winnen. Deze kans noemen we p . Bovendien weten zij hoe hoog hun eigen proceskosten zullen zijn en kunnen zij de hoogte van de proceskosten van de ander inschatten. Zij weten deze laatste proceskosten echter niet precies. De notatie voor de proceskosten van de eiser en de gedaagde zijn respectievelijk c_e en c_g . Ten slotte definiëren we het deel van de proceskosten dat de verliezer van de zaak aan de winnaar moet terugbetalen als q . q heeft een waarde tussen 0 en 1. Wanneer $q = 0,8$ dan wil dat zeggen dat de verliezer 80% van de kosten van de gedaagde moet betalen.

Wij nemen nu aan dat de eiser en de gedaagde beiden een schikkingsaanbod kunnen doen. De eiser geeft aan wat hij minimaal wil ontvangen om de zaak te schikken en de gedaagde geeft aan wat hij maximaal wil betalen om de zaak te schikken. Deze keuzes hangen uiteraard af van de kans die beide partners hebben om te winnen, de kosten van procederen en hoeveel de verliezer van andermans kosten moet betalen. Als blijkt dat het minimum dat de eiser wil ontvangen, meer is dan het maximum dat de gedaagde wil betalen, dan gaat de zaak naar de rechter. Dit beschouwen we als het ‘dreigpunt’ dat boven de partijen hangt, mocht de zaak voor de rechter komen.

We kunnen eenvoudig de formules bepalen voor de verwachte totale opbrengsten voor de eiser (TG_e) en de verwachte totale kosten voor gedaagde (TC_g) mocht het tot een zaak komen:

$$(1) TG_e = pG_e + (1 - p)L_e \text{ waarbij } G_e = S - (1 - q)c_e \text{ en } L_e = -c_e - qc_g$$

Dus

$$TG_e = p(S - (1 - q)c_e) + (1 - p)(-c_e - qc_g) = pS - (1 - pq)c_e - (q - pq)c_g$$

$$(2) TC_g = pL_g + (1 - p)G_g \text{ waarbij } L_g = S + qc_e + c_g \text{ en } G_g = (1 - q)c_g$$

Dus

$$TC_g = p(S + qc_e + c_g) + (1 - p)(1 - q)c_g = pS + pqc_e + (1 - q + pq)c_g$$

Formule (1) geeft de waarde van de vordering voor de eiser. Deze waarde hangt af van enerzijds de opbrengst van de zaak als de eiser wint (G_e) vermenigvuldigd met de kans dat dit gebeurt (p) en de kosten van de zaak als de eiser verliest (L_e) vermenigvuldigd met de kans dat dit gebeurt ($1 - p$). De opbrengst van de zaak bij winst voor de eiser is de schade-

21 Voor een overzicht van soortgelijke theoretische analyses zie A.F. Daughety, ‘Settlement’, in B. Bouckaert en G. de Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V: The economics of crime and litigation*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 95-158. Voor een toepassing in een experiment, zie Coursey en Stanley 1988, p. 163 e.v.

vergoeding S verminderd met het percentage dat de eiser van zijn eigen kosten moet betalen, een $(1 - q)$ -de deel van de kosten van de eiser. De kosten van de zaak bij verlies zijn de kosten van de eiser en het gedeelte van de kosten van de gedaagde dat de eiser aan de gedaagde moet vergoeden (q). Op dezelfde manier worden in formule (2) de verwachte totale kosten voor de gedaagde berekend. Als de gedaagde verliest (met kans p) dan betaalt deze de schadevergoeding S , een q -de deel van de kosten van de eiser en zijn eigen kosten. Als de gedaagde wint, betaalt hij alleen het $(1 - q)$ -de deel van zijn eigen kosten.

Uit de formules blijkt dat de partijen gezamenlijk beter af zijn als zij de zaak schikken. De totale verwachte opbrengsten van de eiser bij een procedure zijn immers lager dan pS en dus ook lager dan de totale verwachte kosten voor de gedaagde bij die procedure. Deze kosten zijn hoger dan pS . De ruimte die tussen deze kosten en opbrengsten bestaat, wordt de contractzone genoemd.²² Deze zone bestaat ongeacht de hoogte van de proceskosten en de proceskostenveroordeling. Als beide partijen de kans op succes voor de eiser gelijk inschatten (wat wij in ons theoretisch model aannemen en wat we ook via de implementatie van het experiment aannemelijk maken),²³ is iedere schikking die zich in deze contractzone bevindt voor beide partijen voordeliger dan een rechtszaak. De wijze waarop de partijen verwachten dat de contractzone wordt verdeeld, bepaalt dus mede hun waardering van de vordering. John Nash ontwikkelde de *Nash bargaining*-oplossing voor dit type onderhandelingsproblemen.²⁴ Deze oplossing voorspelt op welke plek in de contractzone het onderhandelingsproces zal uitkomen. Dit geeft ons een voorspelling van het bod dat partijen zullen uitbrengen om een zaak te schikken.

De *Nash bargaining*-oplossing is gebaseerd op een aantal in principe weinig problematische assumpties, zoals dat er geen andere verdelingen mogen zijn waarbij beide partners beter af zijn. Als er alternatieven worden toegevoegd die beide partners sowieso niet willen, verandert dat niets aan de oplossing. En als beide partners eenzelfde positie innemen in de onderhandelingen moeten ze ook beide evenveel krijgen als uitkomst van de onderhandeling. We zullen hier niet verder ingaan op hoe op basis van deze assumpties de *Nash bargaining*-oplossing berekend wordt. In onze situatie komt het erop neer dat de eiser evenveel vraagt als de gedaagde wil aanbieden en dit bod is gelijk aan:

$$(3) \text{ Bod} = pS - (0,5 - pq)c_e + (0,5 - (1 - p)q)c_g$$

²² Coursey en Stanley 1988, p. 162.

²³ We zullen bij de behandeling van de keuzes van het experiment terugkomen op de beperkingen van deze aanpak.

²⁴ J.F. Nash, 'The Bargaining Problem', *Econometrica* 1950 (18), p. 155-162 en J.F. Nash, 'Two-Person Cooperative Games', *Econometrica* 1953 (21), p. 128-140.

In het speciale geval waarin $c_e = c_g$ en $p = 0,5$, wordt het bod $0,5S$. Dit is namelijk de symmetrische situatie waarbij beide partners dezelfde kans hebben om te winnen en ook dezelfde kosten hebben. In dat geval delen ze de eis S . We kunnen van deze formule direct afleiden dat eiser meer wil ontvangen en de gedaagde ook meer wil bieden als de kans dat de eiser wint (p) groter is. Het effect van de hoogte van de proceskostenveroordeling (q) hangt af van wiens kosten hoger zijn en de kans om te winnen.

Deze *Nash bargaining*-oplossing kan niet alleen beschouwd worden als de oplossing van een onderhandeling waarbij de partners één bod mogen doen en als ze er niet uitkomen de *default* optie wordt gebruikt, maar ook als oplossing voor onderhandelingen waarbij partners om beurten opnieuw een bod kunnen doen. De laatste optie komt waarschijnlijk beter overeen met de juridische praktijk, terwijl de eerste optie wordt geïmplementeerd in ons experiment.

Nu kunnen we de *Nash bargaining*-oplossing heel strikt interpreteren en inderdaad verwachten dat het bod dat we hierboven hebben uitgerekend ook precies het bod is dat de eiser en gedaagde zullen doen. We denken dat dit een te deterministische interpretatie van de theorie is. Een alternatieve en minder strikte manier om met deze voorspelling om te gaan is door te kijken of de *veranderingen* die we verwachten op basis van deze formule als een functie van de verschillende kosten en kansen overeenkomen met het gedrag dat we observeren bijvoorbeeld in een experiment. Met andere woorden: als het model in de ene situatie een hoger bod voorspelt dan in de andere situatie, zien wij dan ook daadwerkelijk een hoger bod, ongeacht of het bod in beide situaties exact overeenkomt met het bod wat het model voorspelt? Een reden om de *Nash bargaining*-oplossing niet zo strikt te interpreteren is bijvoorbeeld dat andere verdelingen die voorkomen, waarbij de partners niet naar de rechter gaan, ook gezien kunnen worden als evenwichten in het spel dat we hierboven beschreven hebben. Wat we dan alleen nodig hebben om de hypothesen af te leiden is dat we verwachten dat hoe dichter een verdeling bij de *Nash bargaining*-oplossing ligt, hoe waarschijnlijker het wordt dat die ook gerealiseerd wordt.

Als we de *Nash bargaining*-oplossing op deze manier interpreteren volgen uit bovenstaande formules de volgende verwachtingen:

Hypothese 1: Een eiser wil een hoger bedrag voor een schikking naarmate zijn kans op winst groter is.

Hypothese 2: Een gedaagde is geneigd meer te bieden voor een schikking naarmate de kans op winst voor de eiser groter is.

Het effect van de proceskostenveroordeling op het voorspelde bod hangt zowel af van de kans op succes voor de eiser als van de verhouding tussen de hoogte van de proceskosten

van de eiser en van de gedaagde. Als bijvoorbeeld de kans op succes voor de eiser 0.5 is, dan zal het effect van de proceskostenveroordeling positief zijn als de kosten voor de eiser hoger zijn dan de kosten voor de gedaagde. Is de kans dat de eiser wint slechts 0.33, dan is het effect van de proceskostenveroordeling alleen positief als de kosten van de eiser meer dan twee keer zo hoog zijn als de kosten van de gedaagde.

Wij kunnen een eenduidige hypothese afleiden over hoe de sterkte van het effect van Hypothese 1 afhangt van de hoogte van de proceskostenveroordeling:

Hypothese 3: Hoe hoger de proceskostenveroordeling, hoe sneller het verwachte bedrag voor een schikking stijgt als de kans dat de eiser wint groter wordt.

Bovenstaande hypothesen zijn afgeleid van een analyse waarbij we ervan uitgingen dat nut en geld overeenkwamen. Het blijkt echter dat in keuzes waarbij risico's een rol spelen, vaak risicopreferenties van mensen mee gaan spelen.²⁵ Risicomijdende mensen zullen in onzekere situaties met minder genoegen nemen dan risicozoekende mensen. We verwachten dan ook dat wanneer de proceskosten voor een groter deel door de verliezer betaald moeten worden, de effecten van risicopreferenties ook sterker zullen zijn, omdat er voor de verschillende partijen ook grotere onzekerheden zijn als de verliezer meer betaalt. Risicomijdende mensen zullen als eiser een minder hoge vergoeding vragen en als gedaagde een grotere vergoeding aanbieden en de verschillen tussen risicomijdende mensen en risiconeutrale mensen worden groter als de verliezer meer moet betalen. De verwachte effecten voor risicozoekende mensen lopen net andersom. Zij zullen juist minder willen bieden om tot een schikking te komen dan risiconeutrale mensen. Ook hier zal het effect groter zijn als de verliezer betaalt.

Onze hypothese 4 luidt dan ook: Risicomijdende mensen zullen als eiser een lagere vergoeding vragen en als gedaagde een hogere vergoeding bieden dan risiconeutrale mensen.

Daarnaast kan ook de *framing* van de situatie bijvoorbeeld in een experiment de risicopreferentie van mensen veranderen.²⁶ Uit de theorie blijkt dat het een verschil maakt of het risico waaraan een persoon blootstaat een risico op verlies is of een kans op winst. Een kans op winst levert relatief gezien meer risicomijdend gedrag op. Mensen waarderen dus verhoudingsgewijs de zekerheid op een beperkte winst hoger dan de kans op een grotere winst. De kans op verlies levert juist verhoudingsgewijs risicozoekend gedrag op. Mensen geven de voorkeur aan de kans op een groot verlies in plaats van de zekerheid van een

²⁵ Zie bijvoorbeeld D. Kahneman en A. Tversky, 'Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk', *Econometrica* 1979, 47, 268-269.

²⁶ Zie J.J. Rachlinski, Gains, Losses, and the Psychology of Litigation, *Southern California Law Review* 1996, 114-185 voor een uitgebreid overzicht van onderzoek naar dit soort effecten.

klein verlies. Rachlinski wijst op het grote belang van dit inzicht voor schikkingen ten aanzien van een litigieuze vordering. Hij stelt dat de eiser doorgaans onderhandelt vanuit een winstperspectief, terwijl de gedaagde onderhandelt vanuit een verliesperspectief. De eiser zal dus verhoudingsgewijs meer risicomijdend zijn, terwijl de gedaagde verhoudingsgewijs meer risicozoekend is.

Hoewel het voor het experiment dat we in het navolgende beschrijven vrij duidelijk is dat de eiser moet kiezen tussen een kleinere zekere winst of een grotere onzekere winst, hoeft dat in een echte zaak niet zo te liggen. Als een eiser ervan overtuigd is dat hij een flink verlies heeft geleden waarvoor hij compensatie vraagt, dan is het voor hem toch weer een keuze tussen een zeker kleiner verlies (schikking) of een onzeker groter verlies (procedure). Net zo kan het dan voor de gedaagde een zaak zijn die een afweging betreft over winsten.

Bovenstaande argumenten kunnen vertaald worden naar hypothesen over de kans dat een zaak geschikt wordt of voor de rechter komt. Als we aannemen dat mensen risiconutraal zijn, dan zijn de effecten op de eiser en gedaagde van de kosten van procederen en wie wat moet betalen precies parallel. De voorspelling zou dan ook zijn dat de hoogte van de kosten en van de proceskostenveroordeling geen effect heeft op de kans om tot een schikking te komen. Wanneer risicopreferenties een rol gaan spelen wordt de hypothese als volgt:

Hypothese 5: De hoogte van de proceskostenveroordeling heeft een positief effect op de schikkingskans als de partijen in de zaak risicomijdend zijn, maar een negatief effect op de schikkingskans als de partijen risicozoekend zijn.

8.4 EMPIRISCH ONDERZOEK NAAR HET GEDRAG VAN PROCESPARTIJEN

Er is al meer experimenteel en veldonderzoek gedaan naar het schikkingsgedrag van partijen. We bespreken hier de voor onze bijdrage meest relevante studies.

8.4.1 *Coursey en Stanley*

Coursey en Stanley (C&S) hebben onderzoek gedaan naar de effecten van een proceskostenveroordelingsregel op het schikkingsgedrag van partijen.²⁷ Zij gaven telkens twee proefpersonen gezamenlijk honderd fiches. Elk fiche was \$0,02 waard. De proefpersonen kregen vijf minuten om deze fiches te verdelen. Hadden de proefpersonen aan het eind van deze periode geen overeenstemming bereikt, dan werden de fiches verdeeld door het

²⁷ Coursey en Stanley 1988, p. 161-179.

trekken van een pokerfiche uit een bak met honderd pokerfiches. De waarde van het pokerfiche bepaalde de verdeling. De proefpersonen wisten hoeveel van ieder type pokerfiche zich in de bak bevonden. Hiermee vertegenwoordigde het trekken van een pokerfiche uit de bak de beslissing van de rechter. De kosten van deze gang naar de rechter waren twintig fiches voor iedere deelnemer. C&S lieten hun proefpersonen onderhandelen onder drie verschillende kostenregels: de *American Rule*, de *English Rule* en *Rule 68* uit het Federale rechtssysteem in de Verenigde Staten, waarbij de partij die een schikkingsaanbod verwerpt en vervolgens van de rechter minder krijgt toegewezen dan hij onder het schikkingsaanbod zou ontvangen, in de kosten wordt veroordeeld.²⁸ In het experiment werd iedere verwijzing naar een proces vermeden.

Uit het onderzoek van C&S komt naar voren dat het gebruik van de *English Rule* leidt tot een hoger aantal schikkingen dan het gebruik van de *American Rule*. Dit ondersteunt onze hypothese 5 als we mogen aannemen dat partijen die onderhandelen over winsten risicomijdend zijn; want er konden namelijk in de procedure van C&S alleen meer of minder fiches verdiend worden, maar geen fiches verloren worden. Bovendien ondersteunt het onderzoek onze hypothese 1 en 2. C&S hebben in hun experiment namelijk zowel onderzoek gedaan naar het geval dat de kansen voor de eiser en de gedaagde gelijk waren, als naar het geval waarin de kansen voor één van beide partijen groter waren. In dat geval blijkt dat de partij met de beste kansen de meeste fiches kreeg. C&S concluderen ook dat een slechte proceskans voor de eiser onder de *English Rule* een gunstigere schikking voor de gedaagde tot gevolg heeft dan onder de *American Rule*. Dit ondersteunt onze hypothese 3.

Aan het onderzoek van C&S kleven de nodige bezwaren. Ten eerste heeft het onderzoek geen juridisch frame, zodat, zoals Rachlinski al opmerkt, geen van beide partijen vanuit een verliesperspectief onderhandelt.²⁹ Dit betekent dat de resultaten wellicht minder voorspellende waarde hebben, al is deze situatie waarin beide partijen vanuit een winstperspectief onderhandelen niet onbekend: denk bijvoorbeeld aan de verdeling van een nalatenschap. Ten tweede hebben C&S gebruikgemaakt van een erg versimpelde weergave van de kostenregels. In hun experiment wisten beide partijen hoe hoog de kosten van de ander waren en betaalde de verliezer geen of alle proceskosten van de winnaar in plaats van een groter of kleiner deel van de proceskosten. Dit laatste is in de praktijk gebruikelijker.

²⁸ Rule 68 heeft geen invloed op de advocatenkosten, maar Coursey en Stanley hebben hun experiment ingericht alsof dit wel het geval is; zie *ibid.*, p. 168.

²⁹ Vgl. Rachlinski 1996, p. 134.

8.4.2 Anderson en Rowe

Anderson en Rowe (A&R) hebben onderzoek gedaan naar het effect van proceskostenveroordeelingsregels zoals *Rule 68*, die zijn bedoeld om het tot stand komen van schikkingen te stimuleren.³⁰ A&R deden onderzoek naar de werking van drie regels, te weten een regel waarbij elke partij zijn eigen kosten draagt, een op *Rule 68* gebaseerde regel en de *Sincerity Rule*. De *Sincerity Rule* houdt in dat de partij die een schikkingsaanbod doet, dit schikkingsaanbod versterkt met het voorstel om de proceskosten van de wederpartij te betalen in het geval de wederpartij het schikkingsaanbod verwierpt.³¹ Het onderzoek van A&R richt zich op de gevolgen van deze regels voor de kans dat een schikking tot stand komt en de inhoud van de schikkingsovereenkomst.³²

A&R gebruikten in hun experiment advocaten en ouderejaars rechtenstudenten als proefpersonen.³³ A&R vroegen hen om eerst bij een bepaalde zaak een uiterste schikkingsaanbod te geven en vroegen vervolgens hoe zij zouden reageren op een schikkingsaanbod dat werd uitgebracht onder de gelding van de op *Rule 68* gebaseerde regel en dat in negatieve zin afweek van het uiterste schikkingsaanbod. Tot slot testten A&R de effecten van de *Sincerity Rule*.

Uit het onderzoek van A&R komt naar voren dat de op *Rule 68* gebaseerde regel schikkingen bevordert, omdat zij het maximumbedrag dat een gedaagde wil betalen verhogen en het minimumbedrag dat een eiser wil ontvangen verlagen. Het gebruik van een *Sincerity Rule* verhoogt de kans op schikken nog meer, omdat de *Sincerity Rule* de gedaagde dwingt een bod te doen dat overeenkomt met de voorkeuren van de gedaagde.

Voor het onderwerp van ons onderzoek is het van belang om op te merken dat A&R geen onderzoek hebben gedaan naar de effecten van een verliezer-betaalt-regel. Methodologisch is het experiment van A&R problematisch, omdat de onderzoekers de vragen voor de verschillende regels aan dezelfde personen en steeds in dezelfde volgorde stellen. Dit heeft als nadeel dat het niet uit te sluiten is dat de veranderingen in antwoorden veroorzaakt worden door de vraagstelling en de volgorde waarin de regels aan bod komen. Wij zullen in ons design de volgorde van condities en manipulaties binnen en tussen proefpersonen zodanig kiezen dat we beter uitspraken over causaliteit kunnen doen.

30 D.A. Anderson en T.D. Rowe Jr., 'Empirical Evidence on Settlement Devices: Does Rule 68 Encourage Settlement?', *Chi.-Kent L.Rev.* 1995, p. 519-545.

31 Ibid., p. 524.

32 Ibid., p. 521.

33 Ibid., p. 525.

8.4.3 *Hughes en Snyder*

Hughes en Snyder (H&S) hebben veldonderzoek gedaan naar het effect van een meeromvattende proceskostenveroordeling voor zaken van medische aansprakelijkheid die in Florida heeft gegolden tussen 1980 en 1985.³⁴ Zij geven aan dat het aantal door de eiser gewonnen zaken toeneemt onder een verliezer-betaalt-regel.³⁵ Bovendien stijgt de hoogte van het bedrag (exclusief de proceskostenveroordeling) waartoe de gedaagde wordt veroordeeld onder een meeromvattende proceskostenveroordeling.³⁶ Dit kan worden verklaard doordat een zaak met een gering geldelijk belang niet langer tot een procedure leidt, terwijl het in zaken met een hoog geldelijk belang wel vaker tot een procedure komt.³⁷ Ook het schikkingsbedrag stijgt onder een meeromvattende proceskostenveroordeling.³⁸ Dit kan verband houden met het wegvallen van ‘kleine’ schikkingen onder een meeromvattende proceskostenveroordeling.³⁹ Hoewel hier dus duidelijke aanwijzingen lijken te zijn dat het aantal *nuisance claims* vermindert door een proceskostenveroordeling in te voeren, is het toch moeilijk om op grond van deze gegevens causale uitspraken te doen. Het voornaamste probleem ligt in het feit dat de gegevens alleen zaken bevatten die echt tot een procedure geleid hebben of waarvan schikkingsgegevens bekend zijn, maar er zijn geen gegevens over schikkingen die in stilte zijn overeengekomen. Het kan dus bijvoorbeeld ook zo zijn dat het schikkingsbedrag omhoog gaat, omdat de kosten voor de partijen hoger kunnen worden. Daarnaast zou ook een gewone historische trend de stijging van schikkingsbedragen kunnen verklaren. Het voordeel van een experiment zoals wij dat hierna voorstellen, is dat we dit soort alternatieve verklaringen kunnen uitsluiten.

8.4.4 *Inglis, McCabe, Rassenti, Simmons, en Tallroth*

Inglis en haar coauteurs (IMRST) hebben onderzoek gedaan naar de gevolgen van een proceskostenveroordeling op het bereiken van een schikking.⁴⁰ Zij lieten proefpersonen over een schikking onderhandelen. Bij deze onderhandelingen wisten de proefpersonen dat als zij niet tot een schikking zouden komen, de eiser een door de computer bepaald

34 J.W. Hughes en E.A. Snyder, ‘The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory’, *J.L. Econ & Org.* 1990, p. 345-380; J.W. Hughes en E.A. Snyder, ‘Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence’, *Journal of Law and Economics* 1995, p. 225-250.

35 Hughes en Snyder 1995, p. 238.

36 *Ibid.*, p. 238.

37 *Ibid.*, p. 240.

38 *Ibid.*, p. 243.

39 *Ibid.*, p. 243.

40 L. Inglis, K. McCabe, S. Rassenti, D. Simmons en E. Tallroth, ‘Experiments on the Effects of Cost-Shifting, Court Costs, and Discovery on the Efficient Settlement of Tort Claims’, *Florida State University Law Review* 2005, p. 89-117.

bedrag ontving dat tussen een gegeven minimum en maximum zou liggen. Bovendien moesten de eiser en de gedaagde kosten betalen. IMRST onderzochten het verschil in gedrag tussen een proceskostenveroordelingsregel die inhield dat iedere partij zijn eigen kosten draagt en de proceskostenveroordelingsregel van *Section 998* van de *Californian Code of Civil Procedure*. Deze laatste regel is vergelijkbaar met *Rule 68*, maar biedt beide partijen de mogelijkheid tot het doen van een bod. In dit experiment werd in de *framing* iedere associatie met de juridische werkelijkheid vermeden.

Voor deze bijdrage is relevant dat uit het onderzoek blijkt dat hogere kosten schikkingen in de hand werken. IMRST vinden bij lage proceskosten 58,7% schikkingen, terwijl bij hoge proceskosten 77,7% van de zaken wordt geschikt.⁴¹ Net als H&S richt het onderzoek van IMRST zich op de werking van proceskostenveroordelingsregels zoals *Rule 68* en niet op de regel dat de verliezer betaalt.

8.4.5 Conclusie literatuuroverzicht

Ons literatuuroverzicht suggereert dat er weinig empirische literatuur is die dicht aansluit bij onze vraagstelling. Als wij de door ons gevonden onderzoeken overzien, dan komen wij tot een aantal conclusies. Ten eerste dat er weinig empirisch onderzoek naar effecten van de hoogte van de proceskostenveroordeling is. De tweede conclusie is dat het beschikbare onderzoek focust op de Amerikaanse context en zich nauwelijks richt op de Europese context. Daardoor richt het onderzoek zich veelal op de werking van regels zoals *Rule 68* en niet op de werking van een verliezer-betaalt-regel. Het andere gevolg is dat waar wél wordt gekeken naar de werking van een verliezer-betaalt-regel alleen het hele extreme contrast tussen de verliezer betaalt alle kosten van de winnaar of de verliezer betaalt niets wordt bekeken. Deze versimpeling is vanuit een Amerikaans perspectief zeer begrijpelijk, omdat, zoals gezegd, een proceskostenveroordeling daar in de regel afwezig is. In de Europese context zijn we ook geïnteresseerd in meer subtiele verschillen, waarbij de hoogte van de proceskostenveroordeling met een bepaald percentage wordt verhoogd. Een derde aspect dat opvalt, is dat er weinig onderzoek is waarin wordt geprobeerd om een onderscheid te maken tussen de voorkeuren van de eiser en die van de gedaagde. In plaats daarvan richt het onderzoek zich op de uitkomst van de onderhandelingen. Omdat de eerder besproken standaard theoretische voorspelling juist is dat het veranderen van de *hoogte* van de proceskostenvergoeding een verandering met zich mee brengt in het schikkingsbedrag maar niet zo zeer in de *kans* op schikking, is het juist van belang ook te onderzoeken voor welke bedragen de verschillende partijen willen schikken. Ten slotte

⁴¹ Ibid., p. 107.

valt op dat eerder onderzoek ofwel veldonderzoek is ofwel experimenteel onderzoek waarbij de juridische context volledig wordt weggelaten.

8.5 OPZET VAN HET EXPERIMENT

Wij bespreken nu de opzet van een experiment waarmee wij de aspecten die niet aan bod komen in de hierboven besproken literatuur proberen aan te vullen. Wij willen met dit experiment de bovengenoemde hypothesen over de effecten van het veranderen van de hoogte van de proceskostenveroordeling toetsen. Om deze hypothesen te toetsen zullen wij onze proefpersonen de rol van eiser en gedaagde in een juridisch geschil laten spelen. Wij beschrijven de keuzes in het experiment dus expliciet in een juridische context. De proefpersonen verdienen punten of moeten punten inleveren als gevolg van hun keuzes in het experiment en deze punten worden aan het einde van het experiment uitbetaald volgens een bij de proefpersonen bekende wisselkoers.

Aan het begin van het experiment krijgen de proefpersonen instructies, waarin wordt uitgelegd dat zij de rol spelen van een in een juridisch geschil verwikkelde persoon. In dit geschil eist de eiser een schadevergoeding van de gedaagde. Wij hebben voor een casus gekozen, die naar verwachting bij onze proefpersonen geen sterke gevoelens zal oproepen over wie meer ‘recht’ op de schadevergoeding heeft. In onze casus is de eiser een bedrijf dat de *Energy Saving Device* (ESD) heeft uitgevonden. Een ESD is een computeronderdeel dat ervoor zorgt dat een computer minder energie gebruikt. De eiser heeft op deze uitvinding een octrooi verkregen. De gedaagde is een bedrijf dat een computeronderdeel genaamd *Low Energy Device* (LED) produceert. Dit is een computeronderdeel dat evenals de ESD ervoor zorgt dat een computer minder energie gebruikt. De eiser beweert dat de gedaagde met het produceren van de LED inbreuk maakt op het octrooi op de ESD. De gedaagde beweert echter dat de LED op een ander principe werkt dan de ESD, zodat het fabriceren van de LED geen inbreuk maakt op het octrooi van de eiser.

In ons experiment vordert de eiser telkens een schadevergoeding. De proefpersonen wordt uitgelegd dat de kans bestaat dat deze schadevergoeding door de rechter wordt toe- of afgewezen en wat de gevolgen hiervan zijn. Wijst de rechter de schadevergoeding toe, dan moet de gedaagde deze aan de eiser betalen. Wijst de rechter de schadevergoeding af, dan hoeft de gedaagde niets aan de eiser te betalen. De vraag of de rechter de vordering van de eiser zal toe- of afwijzen wordt door de computer beslist op basis van de kans die de eiser heeft om te winnen. De proefpersonen krijgen steeds per zaak te horen welke kans de eiser heeft om te winnen. Ze weten bovendien dat al deze informatie voor iedereen hetzelfde is, zodat een eiser en een gedaagde die met elkaar in een zaak verwikkeld zijn,

weten dat ze beide dezelfde informatie hebben over de kans dat de eiser de zaak wint bij een eventuele procedure.

In de instructies wordt ook duidelijk gemaakt dat procederen niet gratis is. Voor een procedure moeten beide partijen proceskosten betalen. Deze proceskosten moeten door beide partijen worden betaald. De proefpersonen krijgen steeds per zaak te horen wat hun eigen proceskosten zijn en tussen welke boven- en ondergrens de proceskosten van de wederpartij zich bevinden. Hoewel in de werkelijkheid ook de eigen proceskosten in een zaak enigszins onzeker zijn, proberen we met deze manier van omgaan met de kosten de situatie te creëren waarin partijen hun eigen kosten beter kunnen inschatten dan de kosten van de wederpartij. Dus ondanks dat het hier om een vereenvoudiging van de werkelijkheid gaat, is het een stapje dichterbij de echte situatie in vergelijking met de meeste experimenten waarbij de kosten van beide partijen bij iedereen bekend zijn.

Tot slot wordt de proefpersonen uitgelegd dat er een proceskostenveroordelingsregel geldt en wat die inhoudt. In de helft van onze sessies houdt deze regel in dat de verliezer de winnaar 20% van zijn proceskosten moet vergoeden. In de andere helft geldt dat de winnaar 90% van zijn proceskosten vergoed ziet. We passen hiermee opnieuw een vereenvoudiging van de werkelijkheid toe. In de juridische werkelijkheid is het – zoals hierboven uiteengezet – niet zo eenvoudig om één percentage te noemen. Toch is dit de manier om effecten te onderzoeken van een verandering in de regels waarbij de hoogte van de proceskostenveroordeling omhoog of omlaag gaat. Bovendien voeren wij hier ook een subtielere manipulatie uit dan in de meeste voorgaande experimenten, waarbij alleen de ‘alles-of-niets’-vergelijking werd gemaakt.

In ons experiment worden de proefpersonen op een willekeurige manier toegewezen aan de twee condities voor de proceskostenveroordelingsregel en nemen alle proefpersonen hun beslissing in alleen de ene of de andere conditie. De twee groepen proefpersonen worden verder aan identieke condities onderworpen. Verschillen tussen de twee groepen kunnen alleen komen door de experimentele manipulatie of doordat per toeval toch de ene groep proefpersonen anders is dan de andere. Door voldoende proefpersonen te kiezen kunnen we dit toevalselement statistisch uitsluiten en door een aantal persoonskenmerken van de proefpersonen te meten kunnen we nog controleren voor eventuele verschillen tussen de proefpersonen in de ene en de andere conditie.

Het experiment bestaat uit drie fasen. Eerst krijgen de proefpersonen een aantal proefrondes, zodat ze vertrouwd raken met het soort keuzes dat ze moeten maken. In de tweede fase heeft de helft van de proefpersonen de rol van gedaagde en de andere helft de rol van eiser. In de laatste fase zijn de rollen omgedraaid. In de laatste twee fases moeten de proefpersonen keuzes maken in negen zaken (‘rondes’). Zij worden steeds aan anonieme andere partners

gekoppeld om te voorkomen dat ze hun keuzes gaan aanpassen aan de eerdere ervaringen die ze met een bepaalde partner hadden.

De rondes verschillen in de hoogte van de proceskosten (laag, gemiddeld, hoog) en de kans dat de eiser wint (0,25; 0,5; 0,75). Door middel van deze variaties kunnen we kijken of het effect van het verhogen van de proceskostenveroordeling anders is bij andere kosten of bij andere kansen voor de eiser om te winnen. Hypothese 4 gaat bijvoorbeeld over zo een effect. De volgorde waarin proefpersonen deze negen zaken krijgen, wordt gevarieerd tussen proefpersonen, zodat we kunnen uitsluiten dat effecten van het hoger worden van de kansen of de kosten worden veroorzaakt door de volgorde waarin de zaken aan de proefpersonen worden aangeboden.

Tijdens elke ronde behandelen de eiser en de gedaagde één zaak. Een ronde in het spel verloopt inhoudelijk als volgt. Eerst worden de eisers en de gedaagden door de computer op willekeurige wijze aan elkaar gekoppeld. Hierna krijgen de proefpersonen de gegevens van de zaak op het scherm. Deze gegevens zijn:

- de hoogte van de vordering van de eiser;
- de kans van de eiser om te winnen;
- de hoogte van de eigen proceskosten;
- de onder- en bovengrens van de proceskosten van de wederpartij; en
- de proceskostenveroordelingsregel.

De eiser en de gedaagde krijgen vervolgens de gelegenheid om een bedrag op te geven waarvoor zij de zaak willen schikken. De gedaagde moet daarbij het maximum opgeven dat hij wil betalen om de zaak te schikken. De eiser moet opgeven welk bedrag hij minimaal wil ontvangen om de zaak te schikken. Als het bedrag dat de gedaagde wil betalen hoger of gelijk is aan het bedrag dat de eiser wil betalen, dan wordt de zaak geschikt. In dat geval betaalt de gedaagde het gemiddelde tussen het bedrag dat de gedaagde bereid is te betalen en het bedrag dat de eiser wil ontvangen. Geeft de eiser bijvoorbeeld aan dat hij ten minste 500 punten wil ontvangen, terwijl de gedaagde aangeeft dat hij 600 punten wil betalen, dan ontvangt de eiser 550 punten van de gedaagde. Komen de eiser en de gedaagde niet tot een schikking, dan beslist de rechter – dat wil zeggen de computer – de zaak aan de hand van de kans die de eiser heeft om te winnen. Beslist de computer dat de eiser wint, dan krijgt de eiser de schadevergoeding. Beslist de computer dat de gedaagde wint, dan hoeft de gedaagde uiteraard de schadevergoeding niet te betalen. In beide gevallen moeten de eiser en de gedaagde ieder hun eigen proceskosten betalen. Bovendien moet de verliezer het aangegeven percentage van de proceskosten aan de winnaar terugbetalen.

Aan het einde van ons experiment meten wij nog de risicopreferenties van de deelnemers en nemen hen een korte enquête af om hun attitudes ten aanzien van het recht te achterhalen. Het meten van de risicopreferenties doen wij door de deelnemers de kans te bieden

aan een aantal 'loterijen' deel te nemen. Ook in deze loterijen staan punten op het spel die later uitbetaald worden. In de enquête vragen wij proefpersonen onder andere naar hun bekendheid met het juridische proces. Aan de hand van hun antwoorden kunnen wij controleren of tussen hun antwoorden en hun gedrag correlaties bestaan.

8.6 NADERE TOELICHTING BIJ ENKELE KEUZES IN DE OPZET VAN HET EXPERIMENT

8.6.1 *Wel of geen frame?*

Zoals in het bovenstaande literatuuroverzicht naar voren kwam, is een aantal van de experimenten op het gebied van de proceskostenveroordeling gedaan zonder de daarbij behorende context en terminologie. Zowel in het experiment van C&S als in het experiment van IMRST ontbreekt iedere verwijzing naar een juridische context. Bij het experiment van A&R werd juist wél gebruik gemaakt van een juridische context. Dit roept de vraag op welke keuze de civilologische onderzoeker moet maken. Moet hij de juridische context vermijden of juist opzoeken?

Tegen het aanbieden van een juridische context pleiten enkele praktische argumenten. Zo kan de juridische terminologie te ingewikkeld zijn om in korte tijd op eenduidige wijze aan de proefpersonen uit te leggen. Bovendien is het mogelijk dat de daadwerkelijk geldende regels te complex zijn voor de proefpersonen. Om het experiment overzichtelijk te houden, gebruiken wij enkel het begrip 'proceskosten' en doen wij alsof daarvoor één regel geldt, hoewel de juridische werkelijkheid ingewikkelder is. Daarnaast brengt het aanbieden van een juridisch frame het gevaar met zich mee dat proefpersonen hun eigen (culturele) concepties over het juridische proces laten meespelen in hun keuzes. Een proefpersoon zou zijn beslissingen kunnen baseren op gevoelens van rechtvaardigheid in plaats van te trachten zijn welvaart te maximaliseren. Om de effecten hiervan te minimaliseren hebben we voor een neutrale en gemakkelijk uit te leggen zaak gekozen. In de toekomst is het wellicht interessant onze resultaten te vergelijken met een zaak waarbij juist wel een zwaar beroep op rechtvaardigheidsgevoelens van proefpersonen wordt gedaan, bijvoorbeeld een zaak waarbij een ziekenhuis hoogstwaarschijnlijk nalatig is geweest. Het is zeker niet uit te sluiten en bovendien informatief voor de wetgever om te weten of een verandering van de proceskostenveroordelingsregel in dit soort zaken een ander effect heeft.

Een ander argument om de zaken expliciet in een juridisch frame te gieten is dat het experiment meer externe validiteit heeft richting juridische toepassingen en dat het daarmee eenvoudiger is om juristen van de waarde van de resultaten van het experiment te overtuigen. Daarbij geldt dat het argument dat een proefpersoon zijn eigen concepties over het

juridische proces meeneemt juist een voordeel kan zijn, aangezien dat in werkelijkheid ook zal gebeuren.

Tot slot pleiten ook enkele theoretische argumenten voor het toepassen van een juridisch frame. Allereerst blijkt uit onderzoek dat de wijze waarop een persoon een schikkingsaanbod beoordeelt afhankelijk is van de rol waarin hij dat doet. Rachlinski toont aan dat een eiser bij de beoordeling van een schikkingsaanbod relatief risicoaversief is, terwijl een gedaagde relatief risicozoekend is.⁴² Dit kan komen omdat de gedaagde vanuit een verliesperspectief zijn keuzes waardeert, terwijl de eiser dit doet vanuit een winstperspectief. Een abstract geformuleerd experiment zoals dat van C&S ontbeert deze perspectieven en de resultaten kunnen dan ook afwijken van de realiteit. Dit pleit ervoor om bij een juridisch experiment niet te veel af te laten wijken van de werkelijkheid, omdat dan mogelijk bepaalde (*framing*)effecten worden gemist.

Naast dit argument pleit ook psychologisch onderzoek voor een concreet frame. Het blijkt namelijk dat hoe adequaat een proefpersoon een taak kan verrichten, afhangt van het frame waarin hij dat doet. In hun overzichtsartikel geven Hertwig en Ortmann aan dat het voor proefpersonen vaak eenvoudiger blijkt om een taak in een concrete sociale context te verrichten, dan in een abstracte context.⁴³

8.6.2 *Schikkingsonderhandelingen of eenmalig bod?*

De wijze waarop eiser en gedaagde in ons experiment een schikking kunnen bewerkstelligen wijkt af van de praktijk. Doorgaans zal een schikking immers door onderhandelingen ontstaan. Uiteraard is het mogelijk om de gebruikelijke wijze van schikking in ons experiment te implementeren. Het nadeel daarvan is dat er een strategisch veel ingewikkelder proces ontstaat dat moeilijker is voor de proefpersonen, maar waarbij het voor de onderzoekers ook moeilijker is om alle argumenten waarom partijen verschillende biedingen doen theoretisch te analyseren. Onze methode heeft als voordeel dat ze eenvoudig is voor de proefpersonen en we een duidelijke voorspelling hebben voor de te maken keuzes.⁴⁴ Bovendien maakt deze methode het mogelijk om onderscheid te maken tussen de voorkeuren van de eiser en die van de gedaagde, terwijl in een onderhandeling met herhaalde mogelijkheden om een bod te veranderen, enkel het gezamenlijke effect van deze voorkeuren zichtbaar wordt. Het nadeel aan onze methode is dat onze resultaten minder voorspellende waarde hebben voor het exacte aantal schikkingen dat wordt bereikt. Wat we namelijk

⁴² Rachlinski 1996, p. 128 e.v.

⁴³ R. Hertwig en A. Ortmann, 'Experimental Practices in Economics: A Methodological Challenge for Psychologists?', *Behavioral and Brain Sciences* 2001, p. 386.

⁴⁴ Zie voor een bespreking van deze methode R.B. Morton en K.C. Williams, *From Nature to the Lab: The Methodology of Experimental Political Science and the Study of Causality*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 65 e.v.

niet weten is wat de proefpersonen denken dat de andere partij zal bieden. Het kan zijn dat een proefpersoon daar een verkeerd beeld van heeft, waardoor in onze opzet geen schikking wordt bereikt, terwijl bij daadwerkelijke onderhandelingen de gedaagde of eiser hun bod nog kunnen veranderen om toch tot een schikking te komen.⁴⁵

8.6.3 *Hoe betalen?*

In economische experimenten krijgen proefpersonen een uitbetaling die afhangt van de keuzes die ze maken.⁴⁶ Bij psychologische experimenten krijgen proefpersonen meestal een vast bedrag als vergoeding.⁴⁷ Dit roept de vraag op hoe proefpersonen het best beloond kunnen worden. Hertwig en Ortmann geven een tweetal redenen voor een keuzeafhankelijke beloning. Ten eerste sluit dit nauwer aan bij de aannames over nut die economen vaak in hun modellen gebruiken. Ten tweede reduceren deze beloningen de variatie in de data substantieel.⁴⁸ Daarbij moet worden opgemerkt dat het effect van keuzeafhankelijke beloningen niet bij alle typen experimenten even groot is. Dit effect lijkt echter het grootst te zijn bij taken die een bepaalde cognitieve inspanning kosten, zoals beoordelings- en beslissingsproblemen.⁴⁹ Ons experiment betreft een dergelijk type probleem en onze keuzeafhankelijke beloning zal naar verwachting ook leiden tot bewustere keuzes en keuzes die meer lijken op wat proefpersonen echt in zo een situatie zouden doen. Wij kiezen daarom voor een keuzeafhankelijke beloning.

8.6.4 *Leereffecten*

Proefpersonen hebben een bepaalde tijd nodig om de keuzes die ze moeten maken onder de knie te krijgen. De eerste schikking die zij zullen proberen te bewerkstelligen, zal hen moeilijker afgaan dan de laatste, omdat zij kunnen leren van de gevolgen van hun eerdere beslissingen. Wij zullen in ons experiment op twee manieren rekening houden met dit leereffect. Ten eerste zullen wij voor het begin van het 'echte' experiment de proefpersonen een aantal oefenrondes aanbieden. Ten tweede zullen wij de verschillende zaken in een verschillende volgorde aan de proefpersonen aanbieden. Op deze manier kunnen wij onderzoeken of de proefpersonen dezelfde zaak anders benaderen als zij meer ervaring

45 Anderson en Rowe Jr. 1995, p. 530 geven aan dat advocaten opmerken dat zij een verschil van USD 1.000 tussen het uiterste bod van hun partij en het bod van de wederpartij als onbelangrijk beschouwen.

46 C.F. Camerer en R.M. Hogarth, 'The Effects of Financial Incentives in Experiments: A Review and Capital-Labor-Production Framework', *Journal of Risk and Uncertainty* 1999, p. 7-42.

47 Hertwig en Ortmann 2001, p. 391.

48 Ibid., p. 395.

49 Camerer en Hogarth 1999, p. 34.

hebben opgedaan. Dit kunnen we doen, omdat we proefpersonen niet slechts één zaak voorleggen maar twee series van negen zaken.

8.6.5 Welke proefpersonen?

In vrijwel alle experimentele disciplines worden studenten als proefpersoon gebruikt. Een belangrijk argument daarvoor is de beschikbaarheid van deze groep. Een tweede argument voor het gebruiken van studenten als proefpersoon is het feit dat studenten betaalbaar zijn voor onderzoekers, terwijl de beloning voor andere proefpersonen veel hoger moet zijn om saillant te zijn. Het is echter de vraag of de resultaten die met studenten worden verkregen ook generaliseerbaar zijn naar de ‘echte wereld’. Toegepast op ons experiment: gedragen studenten zich op dezelfde wijze als bijvoorbeeld mensen die echt in een dergelijke zaak zijn verwikkeld en geadviseerd worden door advocaten? Omdat cliënten die in een zaak bijgestaan worden door een advocaat, hun mening sterk laten hangen van het advies van de advocaat, is dus de meest relevante vraag of de effecten die we zien bij studenten lijken op de effecten op de adviezen die advocaten zouden geven.

Voor het onderwerp van deze bijdrage is het onderzoek van A&R het meest relevant. In hun experiment bleek dat rechtenstudenten die de rol van de advocaat van de eiser spelen 17% meer vroegen dan advocaten met ervaring op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht en 8% meer dan advocaten zonder ervaring op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht.⁵⁰ Hierbij moet worden opgemerkt dat de belangrijkste hypothesen bij ons experiment niet gaan over de absolute niveaus van schikkingen, maar over de veranderingen als gevolg van de gemanipuleerde conditie, in ons geval de proceskostenveroordelingsregel. Toch realiseren we ons dat het debat of studenten goede proefpersonen zijn nog niet is beslecht. Voor dit experiment zullen wij studenten gebruiken. Als de mogelijkheid zich voordoet om dit experiment – al dan niet in een aangepaste vorm – te herhalen met advocaten, dan zullen wij deze mogelijkheid zeker aangrijpen.

8.7 SLOT

In deze bijdrage hebben wij een experiment besproken dat een bijdrage kan leveren aan de empirische toetsing van de theorie ten aanzien van de effecten van een proceskostenveroordeling op de waardering van vorderingen. Wij richten ons hierbij op de gevolgen van de *verhoging* van de proceskostenveroordeling, een onderwerp dat nauwelijks empirisch getoetst is. Bovendien gebruiken wij een juridisch frame, wat bijdraagt aan de externe

⁵⁰ Anderson en Rowe Jr. 1995, p. 534.

validiteit van onze resultaten. Tot slot kijken we niet alleen of er een schikking tot stand komt, maar maken we onderscheid tussen wat zowel de eiser als gedaagde wil doen om tot een schikking te komen.

Wat de resultaten van ons onderzoek zullen zijn, kunnen wij nog niet zeggen. We weten nog niet of onze resultaten de theorie zullen ontkrachten of bevestigen. Dit hopen we op korte termijn in een vervolgpublishatie te laten zien. Mochten onze resultaten de theorie ontkrachten, dan is duidelijk dat de theorie onze experimentele werkelijkheid onvoldoende beschrijft en verklaart en dan zullen wij adviseren dat de wetgever voorzichtig moet zijn om op basis van deze theorie de regelgeving over de proceskostenveroordeling aan te passen. Mochten onze resultaten de theorie bevestigen, dan versterkt dit ons vertrouwen in de getoetste theoretische voorspellingen en kan de wetgever deze theorie met meer vertrouwen als basis gebruiken voor veranderingen in de regelgeving over de proceskostenveroordeling. Beide resultaten zijn voor de rechtswetenschap en de wetgever van groot belang.

9 CLAIMCULTUUR EN BELONINGSSYSTEMEN

M. Faure en T. Hartlief

SAMENVATTING

In Nederland zijn resultaatgerichte beloningssystemen (zoals ‘contingency fees’, met uitzondering van de zogenaamde ‘success fee’) verboden. Dit heeft tot veel succes geleid, juist omdat op de letselschademarkt niet alleen advocaten, maar ook veel andere rechtshulpverleners actief zijn voor wie die beperkingen niet gelden. In deze bijdrage is betoogd dat de bezwaren die in Nederland bestaan tegen een resultaatgerelateerd beloningssysteem voor advocaten onterecht zijn. Uiteraard kan een ‘contingency fee’-systeem ertoe leiden dat een advocaat belang krijgt bij de uitkomst van een zaak, maar vanuit maatschappelijk perspectief is het voordeel daarvan dat de prikkels voor de advocaat om zich daadwerkelijk voor de zaak in te spannen zullen toenemen en dat deze ook geen onredelijke of kansloze zaken zal aannemen. Empirisch onderzoek toont juist aan dat het actuele systeem van een uurtarief sterkere negatieve effecten kan hebben wat betreft overfacturatie, maar vooral wat betreft het aannemen van weinig kanszaken. Wij betogen dat ervaringen in het buitenland en empirische gegevens leren dat de invoering van een resultaatgerelateerd beloningssysteem in feite alleen maar positieve effecten zal kunnen hebben. Mogelijk zal invoering tot meer claims leiden, maar dan alleen tot claims inzake die vandaag de dag ten onrechte niet worden aangebracht (door te hoge drempels). Invoering van een resultaatgericht beloningssysteem voor advocaten zou derhalve ook de belangen van slachtoffers van letselschade kunnen dienen.

9.1 INLEIDING

In deze bijdrage aan de ‘civilologie’ willen wij het thema van de ‘claimcultuur’ aansnijden en dat vanuit zowel een rechtseconomisch als een juridisch perspectief. De claimcultuur is door de Nederlandse regering in de vorige eeuw gedefinieerd als:

* Michael Faure is hoogleraar vergelijkend en internationaal milieurecht, Universiteit Maastricht en hoogleraar comparative private law and economics, Erasmus School of Law Rotterdam. Ton Hartlief is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht. Onze dank gaat uit naar de redactie van de bundel voor nuttige opmerkingen bij een eerdere versie van deze tekst.

‘Een cultuur waarin burgers elkaar veelvuldig en voor hoge bedragen in juridische zin aanspreken ter vergoeding van geleden schade’.¹

Niet alleen in Nederlandse beleidsstukken maar ook elders wordt gesuggereerd dat deze claimcultuur – kort gezegd een veelvuldig beroep op het aansprakelijkheidsrecht – onder meer gerelateerd is aan het beloningssysteem dat voor rechtshulpverleners wordt gekozen. In Nederland bestaat er een traditionele aversie tegen resultaatafhankelijke beloningssystemen voor rechtshulpverleners, in het bijzonder voor advocaten, waarbij één van de kernargumenten is dat een systeem waarbij de beloning voor de rechtshulpverlener afhankelijk zou zijn van het behaalde resultaat tot meer claims zou kunnen leiden. In dit verband wordt wel gesproken van ‘Amerikaanse toestanden’, waarmee dan wordt gerefereerd aan de excessen van de Amerikaanse claimcultuur.²

Onze stelling is dat de vrees voor resultaatgerichte beloningssystemen voor advocaten, in ieder geval voor zover het om letselschade gaat, grotendeels onterecht is. Voortbouwend op recent empirisch onderzoek kunnen we niet alleen laten zien dat Nederland ten onrechte een uitzonderingspositie in Europa inneemt, maar ook dat er van het aansprakelijkheidsrecht vandaag de dag eigenlijk eerder te weinig dan te intensief gebruik wordt gemaakt. Een (nog sterkere) claimcultuur zou vanuit dat perspectief geen kwaad kunnen, waarbij overigens nog maar de vraag is of een resultaatgerelateerd beloningssysteem voor rechtshulpverleners daaraan werkelijk zou bijdragen.

Hierna schetsen wij eerst de contouren van het beloningssysteem voor advocaten in Nederland (par. 9.2). Vervolgens geven wij een kort rechtseconomisch perspectief op de vraag of een resultaatgerelateerd beloningssysteem noodzakelijkerwijs tot meer claims aanleiding zal geven (par. 9.3); we bespreken enkele empirische gegevens zowel over het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht als over het gebruik van resultaatgerelateerde beloningssystemen in andere landen (par. 9.4) en bespreken een voorstel dat enkele jaren geleden door de vroegere staatssecretaris Albayrak werd gelanceerd (par. 9.5) om met enkele slotbedenkingen af te ronden (par. 9.6).

1 TK 1998/99, 26 630, nr. 1.

2 Zie M. Faure en T. Hartlief, ‘Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Brief van het Kabinet over de claimcultuur’, *Aansprakelijkheid en Verzekering* 1999 (Faure en Hartlief 1999a), p. 80-81 en F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht. De vergoeding van letselschade in de Verenigde Staten*, (diss. VU), Lelystad: Koninklijke Vermande 1996.

9.2 BELONINGSSYSTEMEN VOOR RECHTSHULPVERLENERS IN NEDERLAND

In Nederland bestaat een formeel verbod op *contingency fees* in de Verordening op de Praktijkuitoefening van 26 juni 2006 die op grond van artikel 28 van de Advocatenwet is vastgesteld door de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA). Volgens artikel 2 van deze Verordening mag een advocaat niet overeenkomen dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht; ook mag hij niet overeenkomen dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te bereiken gevolg. Dit houdt derhalve een verbod van een *no cure no pay*-afpraak in³ evenals een verbod van een *quota pars litis*.⁴ De combinatie van een *no cure no pay*-afpraak met een *quota pars litis* wordt dan als een *contingency fee* aangeduid. In Nederland is het verbod dus niet in de wet verankerd,⁵ maar in een door de NOvA vastgestelde verordening.

In ons land bestaat een sterke vrees voor resultaatgerelateerde beloningssystemen in de advocatuur. In de reeds aangehaalde claimcultuurbrief aan de Tweede Kamer uit 1998, waarin de Nederlandse regering haar zorgen uitte over de ontwikkeling van een claimcultuur in Nederland, werd ook gewezen op het feit dat deze claimcultuur in de hand kan worden gewerkt doordat bepaalde rechtshulpverleners en dan in het bijzonder letselschadebureaus werkzaam zijn op *no cure no pay*-basis.⁶

Deze letselschadebureaus spelen een belangrijke rol. Hun aandeel in de markt van letselschadebehandeling is de afgelopen jaren nog gestegen. Dat zij niet aan gedragsregels gebonden zijn en daardoor de markt ook agressiever kunnen bewerken, kan daaraan (mede) debet zijn. Een belangrijke(re) verklaring lijkt echter dat letselschadebureaus ongehinderd resultaatgerelateerde beloningssystemen mogen hanteren en dat ook op grote schaal doen.

Juist dat heeft ertoe geleid dat het verbod op *contingency fees* ter discussie kwam te staan. Een letselschadeadvocaat heeft het verbod met succes aangevochten bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) die stelde dat hem in strijd met de Mededingingswet werd belet om te concurreren met op dezelfde markt opererende rechtshulpverleners van buiten de advocatuur. De NMa was van oordeel dat het verbod van *contingency fees* wordt verboden door artikel 6 van de Mededingingswet. In dit verband is van belang dat het

3 Dit wordt in de literatuur gedefinieerd als de beloningsafpraak tussen advocaat en cliënt, op grond waarvan de advocaat alleen een beloning toekomt indien aan een van tevoren overeengekomen voorwaarde is voldaan (M.G. Faure, F.J. Fernhout en N.J. Philipsen, *Resultaatgerelateerde beloningssystemen voor advocaten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009).

4 Dit is een beloningsafpraak tussen advocaat en cliënt, op grond waarvan de beloning van de advocaat geheel of gedeeltelijk wordt berekend als een percentage van de opbrengst van de zaak (Faure, Fernhout en Philipsen 2009, p. xii).

5 Anders dan bijvoorbeeld in België waar art. 446 ter lid 1 van het Gerechtelijk Wetboek elk beding verbiedt waarbij de beloning wordt verbonden aan de uitkomst van het geschil.

6 Faure en Hartlief 1999a, p. 78.

Europees Hof van Justitie in twee bekende zaken heeft gesteld dat nationale regelgeving met betrekking tot het voor advocaten geldende beloningssysteem verenigbaar is met het gemeenschapsrecht op voorwaarde dat daarmee een algemeen belang wordt nagestreefd.⁷ De door de ordes opgestelde gedragsregels konden derhalve inderdaad aan het mededingingsrecht worden getoetst.

Teneinde aan de binnen de letselschadeadvocatuur gerezen problemen tegemoet te komen, heeft de NOvA begin 2004 voorgesteld een experiment voor de duur van vijf jaar te starten waarbij de advocaten met betrekking tot letsel- en overlijdensschade bij het behalen van een bepaald gevolg zouden mogen afzien van het in rekening brengen van enige financiële vergoeding (*no cure no pay*) of een resultaatgerelateerde honorariumafpraak zouden mogen maken op grond waarvan de advocaat een evenredig deel toekomt van de waarde van het door zijn rechtsbijstand bereikte gevolg.⁸ Eind 2004 heeft echter de toenmalige minister van Justitie Donner deze wijzigingsverordening die ertoe strekte het verbod op *no cure no pay* of *quota pars litis* tijdelijk en bij wijze van experiment voor letselschade op te heffen, vernietigd. Minister Donner maakte daarbij gebruik van zijn op de Advocatenwet gebaseerde vernietigingsbevoegdheid. Kernargument was dat het een advocaat niet past een dergelijk financieel belang bij de uitkomst van een zaak te hebben. Zelfs een experiment kon derhalve niet op de instemming van de minister rekenen. In dit verband meende hij overigens dat een uiteindelijke regeling niet tot personenschade beperkt zou kunnen blijven, omdat een uitzondering voor een bepaald segment van de markt niet haalbaar zou zijn.⁹ Sedert 2004 is daarom sprake van een patstelling. Enerzijds is de NMa van oordeel dat het verbod op *contingency fees* om redenen van mededingingsrecht niet kan worden gehandhaafd, anderzijds meent de minister van Justitie dat dit verbod gelet op de positie van de advocaat in de rechtspleging niet kan worden gemist. Voor de letselschadeadvocaten blijft het probleem dat de concurrentievervalsing doorgaat: advocaten mogen immers geen diensten aanbieden op *contingency fee*-basis, terwijl andere rechtshulpverleners (letselschadebureaus in het bijzonder) dat wel mogen. Slachtoffers kunnen in Nederland nog altijd geen *contingency fee*-arrangement afsluiten. Wil een slachtoffer slechts rechtshulp hebben op basis van een resultaatgerelateerd beloningssysteem dan is de enige mogelijkheid om dit via een letselschadebureau te doen.

Sedert 2005 zijn er nog wel enkele ontwikkelingen geweest waarbij in het bijzonder vermelding verdient dat de voormalige staatssecretaris van Justitie Albayrak een experiment heeft

⁷ Hof van Justitie EG 19 februari 2002, zaken Wouters en Arduino.

⁸ Zie Faure, Fernhout en Philipsen 2009, p. 17.

⁹ Faure, Fernhout en Philipsen 2009, p. 18-21.

voorgesteld op basis van een *no win no fee*-systeem. Tot op heden is ook dit experiment echter nog niet van de grond gekomen. We zullen hierop onder paragraaf 5 nader ingaan.

9.3 EEN RECHTSECONOMISCH PERSPECTIEF

In de economische analyse van het recht is aandacht besteed aan de vraag welke invloed het beloningssysteem zal hebben op de prikkels voor advocaten. In dat verband wordt wel een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de prikkels voor het geven van kwalitatief noodzakelijke en goede diensten (dus geen *overbilling*) en anderzijds de vraag of advocaten bij de selectie van zaken ook voldoende kritisch zullen zijn en geen zaken zullen aannemen louter omdat ze ervoor betaald worden.¹⁰ De basis van het rechtseconomisch debat is dat tussen de advocaat en de rechtzoekende een zogenaamde informatieasymmetrie bestaat. Dat betekent dat de advocaat wel goed op de hoogte is van de diensten die hij kan aanbieden, van zijn eigen kwaliteit en van de noodzakelijkheid om bepaalde diensten te verlenen, terwijl deze informatie voor de gemiddelde rechtzoekende minder gemakkelijk beschikbaar is.¹¹ Overigens betekent het probleem van de informatieasymmetrie niet altijd dat de rechtshulpverlener goed geïnformeerd zal zijn en de rechtzoekende niet. Er bestaan binnen de kring der rechtzoekenden uiteraard grote verschillen; sommigen (neem bijvoorbeeld de professionals) zullen zelf ook behoorlijk goed geïnformeerd kunnen zijn. Aan de andere kant beschikt ook een advocaat zelf niet altijd over de informatie om een goede inschatting te maken van de slagingskansen van een zaak.

Vanuit theoretisch perspectief is niet gemakkelijk aan te geven of een resultaatafhankelijk beloningssysteem (zoals *contingency fees*) per definitie beter of slechter in staat is het informatieprobleem op te lossen dan bijvoorbeeld een uurtarief. Ten aanzien van *contingency fee*-systemen wordt wel gezegd dat advocaten hun eigen belangen boven die van cliënten kunnen gaan stellen, omdat hun eigen inkomen in dat geval mede afhankelijk wordt van het resultaat van de zaak.¹² Of dat in het alternatief werkelijk beter is, is echter de vraag. Weliswaar wordt ten aanzien van een resultaatgericht beloningssysteem dan wel gesteld dat dit ertoe leidt dat advocaten zelf een belang bij de uitkomst van de zaak hebben, maar het alternatief, het aanrekenen van een uurtarief, is ook niet zonder problemen. Zo speelt daar in plaats van het probleem dat de advocaat voor zijn inkomen afhankelijk is

10 Zie voor een samenvatting van het rechtseconomisch gedachtegoed op dit terrein Faure, Fernhout en Philipsen 2009, p. 29-36.

11 Zie voor de basisliteratuur de bijdragen in M. Faure, J. Finsinger, J. Siegers en R. Van den Bergh (red.), *Regulation of Professions: A Law and Economics Approach to the Regulation of Attorneys and Physicians in the United States, Belgium, the Netherlands, Germany and the United Kingdom*, Antwerpen: Maklu 1993.

12 W. Gravelle en M. Waterson, 'No win, no fee: some economics of contingent legal fees', *Economic Journal* 1993, 103, p. 1205-1220.

van de uitkomst van de zaak, een mogelijk nog ernstiger probleem. Niet alleen is het voor cliënten vaak moeilijk om het reëel aantal gepresteerde uren te controleren, maar nog lastiger is het om na te gaan of het aantal gepresteerde uren werkelijk noodzakelijk is om de zaak te kunnen oplossen. Ook daar geldt uiteraard dat dit probleem erg afhankelijk is van de vraag of de cliënt in staat is zelf de prestaties van de advocaat behoorlijk te controleren. Bij grote bedrijven zal dat veelal geen probleem zijn, omdat zij als zogenaamde *repeat players* kunnen worden gekwalificeerd en het risico van overfacturatie bij gebruik van een uurtarief kunnen inperken.¹³ Dat geldt echter niet voor de cliënten waar wij in deze bijdrage de aandacht op richten, slachtoffers van letselschade. Zij zijn doorgaans, naar mag worden aangenomen, geen *repeat players*, maar juist *one shotters*. Zij zullen in de regel niet in staat zijn om overfacturatie bij een uurtarief te controleren. Niet voor niets is reeds eerder, ook in Nederlands onderzoek, gewezen op de potentieel negatieve prikkelwerking van de betaling van rechtshulpverleners op basis van een uurtarief.¹⁴

De rechtseconomische literatuur richt zich vooral op de vraag hoe de verschillende beloningssystemen de prikkels van advocaten op het aanvaarden van een schikking zouden beïnvloeden. In bepaalde literatuur wordt gesteld dat een resultaatgericht beloningssysteem als potentieel nadeel heeft dat een advocaat sneller een schikking zal accepteren (hoewel er wellicht voor een cliënt meer uit te halen zou zijn geweest). Voordeel voor de advocaat zou zijn dat een zaak met relatief weinig inspanningen zou kunnen worden beëindigd, terwijl toch (via afdracht van een percentage) een mooi ereloon zou kunnen worden binnengehaald. Diezelfde literatuur wijst er echter ook op dat het gevaar van zo'n negatieve prikkelwerking ook bestaat bij het hanteren van een uurtarief, zij het dan in omgekeerde richting: dan zouden advocaten juist de neiging kunnen hebben elk redelijk schikkingsvoorstel af te wijzen om de eenvoudige reden dat dit de zaak en daarmee hun betaling per uur zou beëindigen. Op basis van de rechtseconomische literatuur kan daarom niet gesteld worden dat advocaten onder een resultaatgericht beloningssysteem (zoals *contingency fees*) meer en langer zouden procederen dan bij een uurtarief; vanuit een theoretisch perspectief zou juist het omgekeerde kunnen worden verwacht, namelijk dat te snel zou worden geschikt.¹⁵ Dit brengt ons tot het ook in de claimcultuurbrief van de Nederlandse regering gepresenteerde argument dat het invoeren van een resultaatgerelateerd beloningssysteem voor advocaten het aantal claims zou kunnen doen toenemen. De veronderstelling daarbij is dat vele slachtoffers van letselschade op dit moment geen claim zouden instellen, omdat zij zich rechtshulpverlening op basis van een uurtarief niet zouden kunnen permitteren.

13 Zie N. Garoupa en F. Gomez-Pomar, 'Cashing by the hour: why large law firms prefer hourly fees over contingent fees', *Journal of Law, Economics & Organisation* 2007, vol. 24, 2, p. 458-475.

14 Zie desbetreffend vooral J.M. Barendrecht en W.C.T. Weterings, 'Rechtshulp: een groot goed met schadelijke bijwerkingen', *Advocatenblad* 2000, p. 435-451.

15 Zie voor een samenvatting van de literatuur Faure, Fernhout en Philipsen 2009, p. 30-31.

Wanneer een slachtoffer een afkeer van risico heeft (en de betaling van een hoge advocatenrekening vormt een behoorlijk risico) zou dat risico voor de rechtszoekende aanzienlijk kunnen worden beperkt door invoering van een *contingency fee*-systeem. Dat zou in deze redenering dan wel tot meer claims leiden. Los van de vraag of dit een onwenselijk effect zou zijn (in deze hypothese zouden er immers op dit moment mogelijk vele gerechtvaardigde letselschadeclaims niet worden aangebracht, omdat de financiële drempels daarvoor te hoog zijn)¹⁶ moet worden opgemerkt dat voor deze veronderstelling geen enkele ondersteuning kan worden gevonden in rechtseconomische literatuur. Een recent onderzoek desbetreffend concludeerde:

‘Veel economische modellen lijken echter juist het tegendeel te bewijzen, geven geen uitsluitel of spreken elkaar tegen op dit punt.’¹⁷

Cruciaal is het feit dat onder een resultaatgericht beloningssysteem een risicoverdeling plaatsvindt tussen advocaat en rechtzoekende. Een resultaatgericht beloningssysteem brengt *ex ante* voor de advocaat veel meer risico mee dan een uurtarief. Er bestaat immers een risico dat de advocaat veel tijd aan een zaak besteedt die uiteindelijk geen succes (en derhalve geen honorarium) zal opleveren. De literatuur wijst er dan ook op dat het effect van een *contingency fee*-systeem juist is dat advocaten slechts zaken zullen aannemen waarvan zij inschatten dat deze ook een redelijke winstkans zullen hebben (in de literatuur gekwalificeerd als *high quality cases*).¹⁸ Het uurtarief heeft volgens de rechtseconomische literatuur juist als nadeel dat dit veel meer prikkels aan advocaten zal geven om ook zaken aan te nemen waarvan de winstkansen gering zijn. In dat geval is het recht op uitbetaling van het uurtarief immers onafhankelijk van de uitkomst van de zaak. Invoering van een *contingency fee*-systeem zou daarom vanuit rechtseconomisch perspectief juist als positief effect kunnen hebben dat alleen waardevolle claims¹⁹ door de advocaat worden aangenomen. Vanuit dit rechtseconomisch perspectief kan daarom worden gesteld dat de voor velen voor de hand liggende gedachte dat een *contingency fee*-systeem tot meer claims zou leiden niet opgaat. Veeleer kan het tegenovergestelde worden verwacht, namelijk dat juist een uurtarief ertoe zal leiden dat teveel claims worden aangebracht, omdat het risico bestaat

16 Zie daarover M. Faure en T. Hartlief, ‘Het Kabinet en de claimcultuur. Over de (onbezonnen) Hollandse vrees voor Amerikaanse toestanden of het Hollands medicijn voor Amerikaanse ziektes’, *NJB* 1999b, p. 2007-2015.

17 Faure, Fernhout en Philipsen 2009, p. 34.

18 Zie H.M. Kritzer, *The Justice Broker: Lawyers and ordinary Litigation*, Oxford: Oxford University Press 1990 en D.L. Rubinfeld en S. Scotchmen, ‘Contingent Fees for Attorneys: An Economic Analysis’, *The RAND Journal of Economics* 1993, 24, p. 343-356.

19 In de economische literatuur aangeduid als *meritorious claims*. Zie voor een gelijklopende conclusie ook H.O. Kerkmeester, ‘Contingency fees en letselschade: een rechtseconomische analyse’, *Verkeersrecht* 1999, p. 257-261.

dat advocaten hun ‘zeeffunctie’ niet goed vervullen. Invoering van een *contingency fee*-systeem zou eerder een remmend effect kunnen hebben. Dan kunnen advocaten immers een rol als poortwachter (*gate keeper*) vervullen door enkel potentieel kansrijke claims in het rechtssysteem toe te laten.²⁰

9.4 EMPIRIE

We gaven al aan dat in het debat over invoering van een *contingency fee*-systeem vaak wordt uitgegaan van veronderstelde effecten van een resultaatgerelateerd beloningssysteem, terwijl daarvoor vanuit theoretisch perspectief weinig ondersteuning lijkt te bestaan. Daar komt bij dat in het debat weinig tot geen rekening wordt gehouden met de (beperkt) beschikbare empirische gegevens die eigenlijk geen steun bieden voor de Nederlandse achterdocht tegen *contingency fee*-systemen.

Een eerste vraag die naar aanleiding van het debat over een claimcultuur gesteld moet worden, is of meer claims noodzakelijkerwijs als een probleem moeten worden beschouwd. Dat zou eigenlijk alleen het geval kunnen zijn wanneer vaststaat dat op dit moment alle slachtoffers die mogelijk een claim hebben deze ook daadwerkelijk aanbrengen en via het rechtssysteem ook daadwerkelijk vergoeding van hun schade krijgen. Als daarnaast dan nog meer claims zouden worden ingediend, bestaat het risico dat deze *unmeritorious* zijn. Maar is het inderdaad zo dat reeds nu teveel gebruik zou worden gemaakt van het aansprakelijkheidsrecht, zodat een groei van het aantal claims per definitie onwenselijk zou zijn? Eerder hebben wij hieromtrent reeds onze twijfel uitgesproken²¹ en recent empirisch onderzoek lijkt fundament te geven aan die twijfel. Uit een Rand-onderzoek blijkt dat 90 van de 100 mensen die in de Verenigde Staten letselschade leden geen enkele actie ondernamen. Van de 10% die enige actie ondernamen, heeft slechts 2% een vordering ingesteld. Bovendien meenden 29 van de 100 personen met letselschade dat deze schade aan een ander te wijten was.²² Er zou dus een behoorlijk groot aantal zogenaamde *false negatives* bestaan, dat wil zeggen zaken waarin het aansprakelijkheidsrecht ten onrechte niet wordt gebruikt.²³ Onderzoek naar medische aansprakelijkheid geeft eenzelfde beeld: slechts 1,5% van de patiënten met letsel als gevolg van verwijtbaar medisch handelen dienden een vor-

20 Faure, Fernhout en Philipsen 2009, p. 35.

21 Faure en Hartlief 1999b, p. 2007-2015.

22 D.R. Fenzler e.a., *Compensation for accidental injuries in the United States*, Santa Monica/California: Rand Institute for Civil Justice 1991.

23 Zie voor een overzicht B.C.J. van Velthoven, ‘Empirics of tort’, in M. Faure (red.), *Tort Law and Economics*, vol. 1, Cheltenham: Edward Elgar 2009.

dering in.²⁴ In een recent overzicht van het empirisch onderzoek dat in de Verenigde Staten beschikbaar is, trekt Van Velthoven de volgende conclusie:

‘More disturbing for the proper working of the system seems to be the high rate of false negatives, mainly because a large fraction of valid claims is not filed, but to a lesser degree also because not all valid claims that are filed get honoured. If that result is combined with the finding that compensation generally falls short of victims’ losses, the deterrent function of the system might be insufficient after all’.²⁵

Daarbij moet worden bedacht dat deze resultaten betrekking hebben op het Amerikaanse systeem waarin de sociale zekerheid veel minder dekking geeft dan in Europa het geval is. Slachtoffers in Amerika zouden daarom in principe veel sterkere prikkels moeten hebben om van het aansprakelijkheidsysteem gebruik te maken. Dat zegt genoeg: wanneer zelfs voor de Verenigde Staten geconcludeerd kan worden dat een groot aantal *false negatives* (ten onrechte geen gebruik van het aansprakelijkheidsrecht) aan de orde is, kan dat voor Europa en ook voor Nederland moeilijk anders zijn.

Gegeven het voorgaande, zou de stelling kunnen worden ingenomen dat ook in Nederland gerechtvaardigde claims gegrond op wanprestatie of onrechtmatig handelen niet worden ingesteld. Dat is bijvoorbeeld op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid het geval. Verkruijsen heeft betoogd dat in ons land niet alleen jaarlijks 3.000 personen zouden sterven ten gevolge van ‘vermijdbaar medisch handelen’, maar dat dit bovendien ook nog aanleiding zou geven voor 25.000 gevallen van letselschade.²⁶ Toch werden er, nog steeds volgens Verkruijsen, in 1992 slechts 100 claims uitgebracht wegens medische aansprakelijkheid.

Op basis van dit materiaal kan derhalve worden geconcludeerd dat er waarschijnlijk inderdaad wel een probleem van claimcultuur is, maar dan juist in omgekeerde richting: er wordt eerder te *weinig* van het aansprakelijkheidsrecht gebruik gemaakt dan teveel. Als slachtoffers vandaag de dag in Nederland nog geen volledig gebruik maken van de mogelijkheden die het aansprakelijkheidsrecht hen nu reeds biedt, zou dat zeer wel toe te schrijven kunnen zijn aan belemmeringen aan het front van de toegang tot de rechter. Mogelijk dat voor slachtoffers die barrière wordt verlaagd door overschakeling naar een *contingency fee*-systeem. Wanneer dat dan tot gevolg heeft dat tot nu toe latent gebleven

24 A. Localio e.a., ‘Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence: results of the Harvard medical practice study III’, *New England Journal of Medicine* 1991, 325, p. 245-251.

25 Van Velthoven 2009.

26 W.G. Verkruijsen, ‘De medische aansprakelijkheidsexplosie in Nederland: de voorgeschiedenis en het te verwachten gevolg’, *NJB* 1997, p. 846-853.

claims alsnog worden geactiveerd, kan dit moeilijk als een maatschappelijk onwenselijke ontwikkeling worden gezien.

Voor de veronderstelling dat een resultaatgebonden honoreringssysteem tot te veel (onwenselijke) claims zou leiden, bestaat dus geen theoretische basis. Vanuit theoretisch perspectief is aangegeven dat invoering van een *contingency fee*-systeem het voordeel heeft dat advocaten als poortwachter functioneren en derhalve *unmeritorious* claims zouden afwijzen. Daarvoor blijkt ook empirisch bewijs te bestaan. Kritzer onderzocht 511 advocaten die in de staat Wisconsin op basis van een *contingency fee*-systeem werken.²⁷ Zijn onderzoek laat zien dat de betrokken advocaten minstens evenveel zaken afwijzen als dat zij aannemen. De reden is dat de klanten in dat geval geen goede basis hebben voor een rechtszaak. Interessant is eveneens dat Helland en Tabarrok hebben aangetoond dat het hanteren van een uurtarief er juist toe kan leiden dat teveel zaken worden aangenomen.²⁸ Op basis van een analyse van het aantal claims na medische fouten in Florida komen zij tot de conclusie dat het hanteren van een uurtarief het aanbrengen van *low quality cases* juist stimuleert. Gelet op dit empirisch onderzoek lijkt de vrees, dat juist het actuele systeem van het uurtarief tot meer zinloze rechtszaken zou leiden, gerechtvaardigd. Invoering van *contingency fees* zou dan het maatschappelijk gewenste effect kunnen hebben dat advocaten *ex ante* de haalbaarheid van een zaak inschatten en vervolgens alleen *high quality cases* aanbrengen.

Er is, wat Nederland betreft, ook nog een interessant empirisch gegeven over de rol van andere rechtshulpverleners dan advocaten (meestal letselschadebureaus) in letselschadezaken. Recent onderzoek naar de honoraria van belangenbehartigers in letselschadezaken was gebaseerd op een analyse van ruim 1000 door verzekeraars behandelde dossiers waarin buitengerechtelijke kosten werden betaald in de periode 2001-2006. Van de 1063 dossiers die in de gehele periode werden onderzocht, werden er 489 door een advocaat behandeld en 574 door een niet-advocaat (meestal schaderegelingbureau).²⁹ In meer dan de helft van de letselschadezaken hebben slachtoffers klaarblijkelijk een andere belangenbehartiger dan een advocaat. Uiteraard kan gespeculeerd worden over de verklaring voor dit succes van de letselschadebureaus.³⁰ Eén van de redenen kan zijn dat de uurtarieven van letsel-

27 H.M. Kritzer, 'Contingency fee lawyers as gate keepers in the civil justice system', *Judicature* 1997, 81, 1, p. 22-29.

28 E. Helland en A. Tabarrok, 'Contingency fees, settlement delay, and low-quality litigation: empirical evidence from two datasets', *Journal of Law, Economics & Organisation* 2003, 19, p. 517-542.

29 Zie M.G. Faure, N.J. Philipsen en F. Fernhout, *Honoraria van belangenbehartigers in letselschadezaken. Onderzoek in opdracht van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars* 2007, <www.stichtingpiv.nl> en Faure, Philipsen en Fernhout 2009, p. 21.

30 Het aandeel van de letselschadebureaus in de markt van letselschadebehandeling is de afgelopen jaren ook gestegen en hun relatieve aandeel in de markt (gemeten aan het totaal aantal bureaus) stijgt eveneens.

schadebureaus lager zijn, maar doorslaggevend kan dat niet zijn;³¹ het feit dat de letselschadebureaus niet aan gedragsregels gebonden zijn kan onder meer als gevolg hebben dat zij de markt agressiever kunnen bewerken, bijvoorbeeld door reclame met het oog op het aantrekken van rechtzoekende slachtoffers. De belangrijkste reden (volgens geïnterviewden althans) is dat de letselschadebureaus (anders dan de advocatuur) *no cure no pay* of gelijkaardige honoreringsmethoden mogen hanteren en dat daadwerkelijk op grote schaal doen.

Interessant is ten slotte ook dat in 2008-2009 in opdracht van het ministerie van Justitie onderzoek werd gedaan naar beloningssystemen voor advocaten in enkele landen.³²

Uit dat onderzoek blijkt dat in bijna alle onderzochte landen één of andere vorm van resultaatgerichte beloning toegelaten is. Er is geen enkel land waarin iedere vorm van resultaatgerichte beloning verboden is. Zo is bijvoorbeeld zowel in België als in Nederland de succesfee³³ toegelaten. België en Nederland zijn echter de enige landen waar de *no cure no pay*-afpraak per definitie verboden is; in andere landen is deze wel toegestaan.³⁴ In veel landen blijkt resultaatgerelateerde beloning wel mogelijk te zijn. Waar zij is ingevoerd, is dat vaak mede ingegeven door de wens om de drempel voor de rechtstoegang te verlagen.³⁵ Dit alles brengt ons tot de opvallende conclusie dat België en Nederland met een algeheel verbod van *no cure no pay* Europees uit de pas lijken te lopen. De meeste andere landen gaan niet zo ver, zonder dat dit vooralsnog ongewenste effecten op de effectiviteit van de rechtspleging lijkt te hebben gehad.

Uit dit korte overzicht van het beschikbaar empirisch materiaal blijkt met andere woorden dat:

- er een behoorlijk aantal *false negatives* zou zijn, dat wil zeggen gevallen waarin het aansprakelijkheidsrecht ten onrechte niet wordt gebruikt, mogelijk doordat het huidige systeem van financiering van rechtshulp nog te hoge barrières voor in het bijzonder slachtoffers van letselschade opwerpt;

31 Het hiervoor vermelde onderzoek toonde aan dat gemiddeld advocaten slechts een kleine twintig euro duurder waren dan letselschadebureaus, maar dat wederom de tarieven van letselschadebureaus de laatste jaren sterker tegen die van de advocatuur aangroeien.

32 Het betrof meer bepaald België, Denemarken, Duitsland, Engeland en Wales, Frankrijk, Griekenland, Ierland en Hong Kong, zie Faure, Fernhout en Philipsen 2009.

33 Gedefinieerd als een extra vergoeding die de cliënt aan de advocaat dient te voldoen, die toekomt aan de advocaat indien aan een in de overeenkomst uitgedrukte voorwaarde is voldaan, welke vergoeding niet is gedefinieerd als een percentage van de opbrengst (Faure, Fernhout & Philipsen 2009, p. xii).

34 Ibid., p. 93 en p. 106.

35 Ibid., p. 106.

- invoering van een *contingency fee*-systeem er niet toe leidt dat meer *unmeritorious claims* of *low quality cases* zouden worden aangebracht, maar veeleer dat advocaten als poortwachter de kwaliteit van een zaak kritisch zullen beoordelen;
- invoering van een resultaatgericht beloningssysteem tot meer claims aanleiding zal kunnen geven en daarmee de toegang tot de rechter zal kunnen verhogen, maar uiteraard alleen voor de *high quality cases* die door de advocaat worden geselecteerd;
- een uurtarief tot meer *low quality cases* aanleiding zou geven;
- Nederland met een algeheel verbod van *no cure no pay* Europees uit de pas loopt.

9.5 HET NO WIN NO FEE-EXPERIMENT

We hebben hiervoor al aangestipt dat de NOvA aan het begin van deze eeuw een experiment wilde starten met een resultaatgerelateerd beloningssysteem. Dat is er door ingrijpen van minister Donner destijds niet van gekomen. In 2007 heeft de toenmalige staatssecretaris van Justitie, Albayrak, voorgesteld *no win no fee*-arrangementen voor advocaten mogelijk te maken.³⁶

Kern van zo'n systeem is dat de cliënt de advocaat geen vergoeding hoeft te betalen wanneer hij de zaak verliest; bij een gewonnen zaak kan de vergoeding echter oplopen tot maximaal twee keer het gebruikelijke uurtarief van de advocaat. Bij een negatief resultaat is het resultaat dus nul, bij een positief resultaat volgt er wel een beloning, maar die is dan, anders dan bij *no cure no pay*, steeds gekoppeld aan het door de advocaat gewerkte aantal uren.

Volgens Albayrak is gebleken dat vooral op het terrein van de letselschade behoefte bestaat aan toepassing van resultaatgerelateerde beloningsvormen, omdat enerzijds de kosten voor de rechtzoekende in letselschadezaken hoog kunnen zijn en anderzijds de belangen van het slachtoffer groot:

‘Indien in letselschadezaken de aansprakelijkheid niet aanstonds vast staat of wordt erkend, kan dit hoge kosten met zich brengen. Dit doet zich voor in die zaken waarin de causaliteit tussen daad en schade moeilijk is aan te tonen. Goede rechtsbijstand is dan van belang. Toepassing van de “no win no fee”-methode kan de kosten in deze zaken draaglijk maken.’

Zal een advocaat graag meedoen aan het door Albayrak voorgestelde experiment en daarmee dus het aanbod verbeteren? Bij een resultaatafhankelijk beloningssysteem zal een

³⁶ Brief van de staatssecretaris van Justitie van 4 december 2007, TK 2007/08, 31 200 VI, nr. 93 en zie ook haar recentere brief van 7 mei 2008 waarin zij, mede naar aanleiding van Kamervragen, aangeeft dat meer tijd nodig is voor een zorgvuldige aanpak van het experiment (TK 2007/008, 31 200 VI, nr. 149).

advocaat *ex ante* een afweging maken van de kans op een gunstige afloop van de zaak en zal hij op basis daarvan een percentage bepalen dat betaald zal worden wanneer een dergelijke gunstige afloop verkregen wordt. Vanuit economisch perspectief weerspiegelt het percentage dus de risicoperceptie van de advocaat. Een belangrijk punt bij *no win no fee* is derhalve dat de risicoperceptie van advocaat en cliënt redelijk parallel moeten lopen, anders zal een overeenkomst waarbij het honorarium (deels) van het resultaat afhankelijk is, niet tot stand komen.

Uit het door de staatssecretaris uitgewerkte model volgt min of meer dat zij ervan uitgaat dat de advocaat als succesfee nooit meer mag rekenen dan tweemaal het normaal aangerekende tarief. De succesfee is derhalve maximaal 200%. Een eenvoudige rekensom leert dat wanneer de advocaat *ex ante* geen al te groot risico wil lopen, hij een zaak slechts kan aannemen wanneer er minstens 50% kans op winst bestaat. Bij 50% kans op winst zal 200% succesfee dus *de facto* tot een normale honorering leiden.³⁷ Dat klinkt zeer aantrekkelijk op voorwaarde dat in alle zaken de kans op succes exact 50% zou zijn en dat een advocaat ook een zodanig groot aantal zaken kan genereren dat statistisch gezien goede en slechte zaken zich ‘uitmiddelen’.

Deze redenering gaat er bovendien vanuit dat de advocaat neutraal staat ten opzichte van risico. Een advocaat met een afkeer van risico mag geen additionele risicopremie in rekening brengen (in de vorm van bijvoorbeeld een hogere succesfee).

Ook veronderstelt dit systeem dat, zelfs al zouden niet alle zaken exact 50% kans op succes opleveren, een advocaat slechts een zaak met minder dan 50% kans kan aannemen, wanneer hij dit kan compenseren door enkele zaken aan te nemen waar de kans op succes boven de 50% ligt.³⁸ Daarin schuilt nu juist een probleem, omdat de advocaat volgens de staatssecretaris geen zaak onder *no win no fee* mag behandelen wanneer problemen van enige importantie in de sfeer van schade of causaliteit niet te verwachten zijn. De facto komt dit erop neer dat zaken waarbij de advocaat zijn winstkansen boven de 50% schat, dus niet zouden mogen aannemen.

Er is geen hogere wiskunde nodig om te concluderen dat het door de staatssecretaris voorgestelde model vanuit het perspectief van de advocatuur nogal riskant is: het model kan slechts werken wanneer advocaten ook zeer goede zaken zouden kunnen aannemen. Anders gezegd: wanneer een advocaat ook zaken waarin nauwelijks risico zou bestaan zou

37 In dit systeem mag het uurtarief maximaal verdubbeld worden. Minder mag natuurlijk ook. Men moet zich echter goed realiseren wat dit betekent: dan zou er dus sprake dienen te zijn van een zaak waar de advocaat inschat dat zijn kansen boven de 50% liggen.

38 Er vanuit gaande dat hij risiconeutraal is moet een zaak met een 40% probabilliteit dan al worden gecompenseerd met een andere zaak met een probabilliteit van 60%, in de veronderstelling dat de bedragen identiek zijn.

mogen aannemen. De te beperkte succesfee maakt, zeker voor zaken waarbij lastig in te schatten is of het succes ook beneden de 50% zou kunnen uitvallen, het aannemen van *no win no fee* voor de advocatuur buitengewoon riskant. Voorspeld kan dan ook worden dat een rationele nutmaximaliserende advocaat dit *no win no fee*-systeem niet zal toepassen, tenzij in zaken waarbij de winstkans duidelijk ruim boven de 50% ligt, juist ook om zich tegen zijn afkeer van risico in te dekken.

Daar komt bij dat het zelfs voor een ervaren en bedreven letselschadeadvocaat niet in alle zaken even eenvoudig is om te voorspellen of de cliënt wel een zaak heeft. Ook op dat vlak heeft wetenschappelijk onderzoek aangetoond dat de zogenaamde calibratietesten (waarbij advocaten gevraagd wordt de uitkomst van hun zaak te voorspellen) vaak faliekant verkeerd voor de advocatuur aflopen, omdat advocaten de winst of verlieskansen bij procederen regelmatig verkeerd inschatten,³⁹ hetgeen op zich niets over de kwaliteit van de advocatuur hoeft te zeggen, doch alles met de materie te maken kan hebben.

Nadeel van dit model zou zijn dat vooral zaken waarin onzekerheid ten aanzien van de uitkomst bestaat, niet binnen dit systeem aangenomen zullen worden, zodat deze nog immer naar de letselschadebehandelaars zullen gaan. Het risico bestaat daarom dat in de huidige opzet van het experiment noch het probleem van concurrentievervalsing noch dat van onvoldoende *access to justice* wordt opgelost.

Eigenlijk ziet men hier een klassiek voorbeeld van, zoals dit door economen wel wordt aangeduid, een averechtse werking van rechtsregels: een te sterke regulering van *no win no fee* zal vermoedelijk het systeem zelf geheel uithollen. In het licht daarvan rijst ook de vraag of het *no cure no pay*-systeem niet te vlug werd afgeschoten. Een klassiek *no cure no pay*-systeem heeft, zo blijkt ook uit de literatuur, als voordeel dat een marktwerking ontstaat waarbij idealiter de wederzijdse risico-inschatting van partijen ten aanzien van de winstkansen wordt weerspiegeld in het vastgelegde percentage. Hoge winstkansen leiden derhalve tot een laag percentage en omgekeerd lage winstkansen tot een hoger percentage. Door *ex ante* de succesfee op het dubbele van het uurtarief te maximeren wordt regulering ingevoerd die als effect heeft dat de marktwerking uit het resultaatgericht honoreringssysteem wordt gehaald.

39 Uit het proefschrift van Malsch blijkt dat advocaten het wat betreft de voorspelling van de uitkomst van een zaak niet veel beter doen dan de gemiddelde leek. Ook blijken advocaten hun kansen op succes systematisch te overschatten. Zie M. Malsch, *Advocaten voorspellen de uitkomst van hun zaken*, Amsterdam: Swets & Zeitlinger 1990. Uit onderzoek van Bruinsma met betrekking tot het voorspellen van de uitkomst van een kort geding kwam overigens dezelfde conclusie naar voren. Zie J.F. Bruinsma, Het rechtsrealisme getoetst, *Rechtsuitgang*, bundel N.E. Algra 1991, p. 116-123.

9.6 SLOT

In deze bijdrage hebben wij aandacht gevraagd voor het feit dat resultaatgerelateerde beloningssystemen (zoals *contingency fees*) in Nederland (met uitzondering van de zogenaamde *success fee*) verboden zijn. Dit verbod heeft tot de nodige discussie geleid, juist vanwege het feit dat op de letselschademarkt niet alleen advocaten maar ook veel andere rechtshulpverleners actief zijn voor wie deze beperkingen niet gelden. Mogelijk mede als gevolg daarvan worden zeer veel letselschadezaken via de zogenaamde letselschadebureaus afgehandeld die daarbij op ruime schaal van *no cure no pay*- en *contingency fee*-arrangementen gebruik maken.

Wij hebben willen betogen dat de koudwatervrees die in Nederland bestaat tegen een resultaatgerelateerd beloningssysteem voor advocaten onterecht is. Een *contingency fee*-systeem kan er uiteraard toe leiden dat een advocaat een belang krijgt bij de uitkomst van de zaak, maar maatschappelijk gezien kan dat juist een wenselijk effect zijn. Niet alleen zullen zijn prikkels om zich daadwerkelijk voor deze zaak in te spannen toenemen, maar hij zal bovendien geen onredelijke of kansloze zaken aannemen. Empirisch onderzoek toont aan dat juist in het actuele systeem van het uurtarief sterkere negatieve effecten dreigen, niet alleen wat betreft overfacturatie maar vooral wat betreft het aannemen van weinig kansvolle zaken.

Tot voor enkele jaren stond deze zaak hoog op de politieke agenda. We bespraken het voorstel van de toenmalige staatssecretaris Albayrak voor invoering van een *no win no fee*-systeem, maar wezen erop dat dit systeem voor de advocaat grote risico's meebrengt en derhalve weinig aantrekkelijk lijkt. Albayrak heeft haar voorstel niet doorgezet en de discussie op dit vlak lijkt op dit ogenblik door andere problemen te worden overschaduwd. Toch tonen ook de gebreken die kleven aan het destijds voorgestelde *no win no fee*-systeem aan dat het van belang is aandacht te blijven houden voor de effecten die van een beloningssysteem kunnen uitgaan op de prikkels van advocaten (en andere rechtshulpverleners) om slachtoffers van letselschade op een optimale wijze bij te staan. Ervaringen in het buitenland en empirische gegevens leren dat van de invoering van een resultaatgerelateerd beloningssysteem in feite alleen maar positieve effecten kunnen worden verwacht. Mogelijk zal invoering tot meer claims leiden, maar dan alleen tot claims in zaken die vandaag de dag ten onrechte (door hoge drempels) niet worden aangebracht. Invoering van een resultaatgericht beloningssysteem kan derhalve de belangen van slachtoffers van letselschade juist dienen. Dat zou zeker nu de huidige regering op het punt staan om kostendekkende

griffierechten in te voeren en daarmee de *access to justice* verder onder druk lijkt te gaan zetten,⁴⁰ een conclusie moeten zijn die tot nadenken stemt.

⁴⁰ Wij volstaan met verwijzing naar het kritische en bezorgde bericht van T. Spronken, 'Recht als luxe', *NJB* 2011, p. 855.

10 CIVILOGIE: OOK IN PRIVAATRECHTELIJKE ANNOTATIES?

G. van Dijk*

SAMENVATTING

Civilologie is geïnteresseerd in een interdisciplinaire bestudering van het privaatrecht. Deze bijdrage richt zich op annotaties, meer in het bijzonder op de vraag of privaatrechtelijke annotaties zich lenen voor interdisciplinariteit. Aan de hand van eerder verricht empirisch onderzoek wordt bekeken wat de kenmerken van privaatrechtelijke annotaties zijn en of daarbinnen ruimte is voor het gebruiken van interdisciplinaire inzichten. De te verwachten conclusie is dat privaatrechtelijke annotaties overwegend positiefrechtelijk van aard zijn. Interessant is te bezien wanneer in annotaties inzichten uit andere disciplines waarde kunnen hebben. Kort wordt geïllustreerd hoe die inzichten complementair kunnen zijn aan annotaties met een positiefrechtelijke insteek.

10.1 INLEIDING

Deze bijdrage richt zich op een publicatievorm waarin van oudsher een positiefrechtelijke benadering centraal staat: de annotatie. Bekeken wordt of privaatrechtelijke annotaties in hun huidige opzet ruimte bieden voor het incorporeren van inzichten afkomstig uit andere disciplines. Dit gebeurt aan de hand van eerder uitgevoerd empirisch onderzoek naar de kwaliteit van annotaties (par. 2).¹ Dat onderzoek richt zich op de kenmerken van annotaties en op de vraag welke kenmerken als kwaliteitsindicatoren kunnen worden beschouwd. Uit de resultaten van de uitgevoerde studies volgt dat privaatrechtelijke annotaties overwegend positiefrechtelijk van aard zijn, maar dat inzichten afkomstig uit andere disciplines in ten minste een deel van privaatrechtelijke annotaties relevant zouden kunnen zijn. Bij het bespreken van de resultaten beperk ik mij, gezien de thematiek van deze bundel, tot de uitkomsten ten aanzien van privaatrechtelijke annotaties. Ik laat inzichten over

* Gijs van Dijk is verbonden aan de Research Group for Methodology of Law and Legal Research en het Departement Privaatrecht, Tilburg Law School.

1 G. van Dijk, *De kwaliteit van de juridische annotatie: Een empirische studie naar kenmerken en kwaliteitsindicatoren*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011. De onderzoeksopzet en -resultaten zoals besproken in par. 10.2 van deze bijdrage zijn aan die studie ontleend.

bestuursrechtelijke en strafrechtelijke annotaties dan ook buiten beschouwing. Afgesloten wordt met een bespreking van de ruimte voor andersoortige (dan positiefrechtelijke) inzichten in privaatrechtelijke annotaties, uitgaande van de huidige opzet en kenmerken van annotaties (par. 3).

10.2 KENMERKEN VAN PRIVAATRECHTELIJKE ANNOTATIES

10.2.1 *Achtergrond van het empirisch onderzoek*

Het empirisch onderzoek waar ik hierna aan refereer, had tot doel te achterhalen welke kenmerken bepalend zijn voor de kwaliteit van annotaties. Aan de hand van een bestudering van een hoeveelheid bestuursrechtelijke, privaatrechtelijke en strafrechtelijke annotaties is getracht te achterhalen wat indicatoren zijn voor kwalitatief goede of uitstekende annotaties. De kenmerken en de gevonden kwaliteitsindicatoren geven zicht op de vraag of bestaande privaatrechtelijke annotaties zich lenen voor het toepassen van resultaten en inzichten uit andere disciplines.

De achtergrond van de uitgevoerde studie is dat de academische kwaliteit van annotaties ter discussie is gesteld, annotaties daardoor onder druk zijn komen te staan en niet langer als academisch product worden aangemerkt. Verschillende ontwikkelingen hebben hier aan bijgedragen, waarbij oorzaak en gevolg niet altijd goed zijn te onderscheiden: de toename van het aantal tijdschriften met annotatierubrieken, de nationale en casusgebonden oriëntatie van annotaties, de dienstbaarheid aan de praktijk, de discussie over de wetenschappelijkheid van juridisch onderzoek als zodanig en, daaraan verbonden, de eisen van internationalisering en interdisciplinariteit die in toenemende mate aan juridisch onderzoek worden gesteld.

Tegelijk is er weinig feitelijk materiaal over wat er precies in annotaties gebeurt en wat een annotatie tot een goede annotatie maakt. Eerder empirisch onderzoek naar annotaties beperkt zich tot een in 1974 uitgevoerde studie.² Daarin is aan A.R. Bloembergen, een bekende *NJ*-annotator, gevraagd om zijn gedachten op een recorder in te spreken. Aan de hand daarvan is geanalyseerd wat de inhoud van een annotatie bepaalt. De conclusie was dat toeval een belangrijke rol speelt: de keuze van de literatuur berust voor een belangrijk deel op invallen, de mate waarin en de breedheid waarmee de annotator de literatuur bijhoudt en, meer in het algemeen, welke bronnen de annotator paraat heeft. Het was de bedoeling dat meer annotatoren zouden worden benaderd, maar wegens gebrek aan medewerking is het onderzoek stopgezet. Bovendien rijst de vraag hoe actueel de conclusies

2 H.F. Crombag en M.J. Cohen, *Over het annoteren van arresten: Bloembergen over het fluorideringsarrest*, Leiden: Rijksuniversiteit Leiden, bureau onderzoek van onderwijs 1974.

en hypotheses anno 2012 nog zijn. De opkomst van informatietechnologie (internet, zoekmachines) heeft hoogstwaarschijnlijk belangrijke veranderingen gebracht in het bronnengebruik, waaronder de hoeveelheid bronnen die kan worden getraceerd.

In internationale literatuur is de aandacht vooral uitgegaan naar de waardering van annotaties in verschillende rechtsstelsels. In Frankrijk, bijvoorbeeld, genieten annotaties een uitstekende reputatie.³ In Engeland en de Verenigde Staten is het aanzien veel lager.⁴ Het verschil in waardering is historisch gegroeid en lijkt voor een belangrijk deel te maken te hebben met institutionele factoren, meer in het bijzonder de verbinding van juridisch onderzoek met de rechtspraktijk en de mate waarin en de wijze waarop rechters hun beslissingen motiveren.⁵

10.2.2 *Methode*

Het onderzoek dat is uitgevoerd bestond uit drie fasen. In de eerste fase is bekeken aan de hand van welke criteria vakdeskundigen annotaties beoordelen. Daartoe heeft één vakdeskundige een zestiental privaatrechtelijke annotaties geselecteerd, met de opdracht om acht goede/uitstekende annotaties te selecteren en acht van matige/slechte kwaliteit. Bij een van de annotaties bestond bij de deskundige twijfel of deze als annotatie moest worden gekwalificeerd. Deze annotatie is daarom buiten de analyses gehouden.

De andere vijftien annotaties zijn vervolgens door twee andere deskundigen beoordeeld aan de hand van een vooraf opgestelde vragenlijst. Zij gaven een algemeen kwaliteitsoordeel (uitstekend / goed / matig / slecht) over de betreffende annotaties, waarna zij vragen beantwoordden over de kenmerken van de annotatie in kwestie. De vragen zijn afkomstig uit een literatuurstudie naar wat de kwaliteit van annotaties verklaart. Daaruit zijn kenmerken van annotaties geselecteerd en zijn deze omgezet in vragen. Door de kwaliteitsoordelen te relateren aan de antwoorden op de vragen kon worden berekend welke kenmerken positief dan wel negatief geassocieerd zijn met de kwaliteit van annotaties.

De tweede fase van het onderzoek bestond uit een inhoudsanalyse van de eerder geselecteerde annotaties. Dit onderdeel was nodig, omdat in de eerste fase van het onderzoek bleek dat deskundigen verschillende criteria leken te gebruiken, maar niet kon worden vastgesteld of dit het gevolg was van het gebruik van uiteenlopende criteria of van het feit dat deskundigen zelf niet goed voor ogen hadden aan de hand van welke criteria zij annotaties beoordelen. In de inhoudsanalyse zijn de kenmerken van annotaties rechtstreeks uit de annotaties zelf afgeleid. Door in de kantlijn de kenmerken van annotaties te noteren,

³ N. Duxbury, *Jurists and Judges: An Essay on Influence*, Oxford: Hart Publishing 2001, p. 54, p. 57.

⁴ Duxbury 2001, p. 55-56.

⁵ J. L. Goutal, 'Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A.', *Am. J. Compar. Law* 1976, p. 54-65; Duxbury 2001, p. 53, p. 57-58.

kon daarna een matrix worden opgesteld met daarin de kenmerken en kwaliteitsscores per annotatie en kan de relatie daartussen worden geanalyseerd.

Vanwege de veelzijdigheid en diversiteit van annotaties is het moeilijk om op basis van de inhoudsanalyse causale conclusies te trekken (bijvoorbeeld: 'kenmerk X leidt tot een hogere kwaliteit van annotatie Y'). Daarom is een experimentele studie uitgevoerd waarin is getoetst of er een causale relatie bestaat tussen de kwaliteitsscores en het kenmerk dat uit de inhoudsanalyse naar voren kwam als een goede voorspeller van de kwaliteit van (privaatrechtelijke) annotaties: het schetsen van implicaties, waarover hierna meer. De studie is uitgevoerd onder gepromoveerde privaatrechtjuristen verbonden aan een Nederlandse rechtenfaculteit. Van de 197 respondenten die zijn benaderd, beantwoordde 20% (n=40) een deel van de vragenlijst; 14% (n=28) vulde de vragenlijst volledig in.

De volledige versie van het onderzoek is gepubliceerd ten tijde van het verschijnen van deze bundelbijdrage.⁶

10.2.3 Resultaten

De eerste fase van het onderzoek bestond als gezegd uit het relateren van kenmerken van annotaties aan de kwaliteitsscores gegeven door vakdeskundigen. De vragenlijst die is gebruikt om te meten hoe annotaties 'scoren' op de verschillende kenmerken is ontwikkeld aan de hand van in de literatuur opgeworpen kenmerken van goede annotaties en annotaties in het algemeen. Heel algemeen geformuleerde criteria (bijvoorbeeld originaliteit, betrouwbaarheid, creativiteit) zijn buiten beschouwing gelaten. Dit vanwege de algemeenheid ervan, maar ook omdat zij waarschijnlijk opgaan in andere, meer concrete elementen.

De vragenlijst bestond uit een vraag over de kwaliteit (uitstekend / goed / matig / slecht) en vragen over bronnengebruik, de relevantie van uitspraak en annotatie en over in hoeverre annotaties beschrijven/interpreteren, verduidelijken (het uitleggen van het wettelijke systeem en achtergronden), ordenen/systematiseren (het vergelijken/inpassen van de uitspraak met/in eerdere uitspraken) en doorrekenen (het analyseren van (mogelijke) consequenties voor soortgelijke gevallen). Hier zijn vragen over structuur en leesbaarheid aan toegevoegd.⁷

Voor ieder van de vijftien annotaties die de twee beoordelaars hadden beoordeeld, is geanalyseerd welke kenmerken gerelateerd waren aan de kwaliteitsscores die de beoordelaars aan de annotaties hadden toegekend. Daartoe is de vierpuntsschaal (uitstekend / goed / matig / slecht) die is gebruikt om de kwaliteit te meten teruggebracht tot een tweepuntsschaal (uitstekend/goed; matig/slecht). Vervolgens zijn de scores op de items uit de vragenlijst voor de twee groepen annotaties vergeleken, dat wil zeggen voor de groep annotaties

⁶ Van Dijk 2011.

⁷ Voor de volledige versie van de vragenlijst en van de niet-significante verbanden, zie Bijlage 2 in Van Dijk 2011.

die als uitstekend/goed zijn aangemerkt en de annotaties die als matig/slecht zijn gekwalificeerd. De vragen uit de vragenlijst zijn gemeten met een vier- of vijfpuntsschaal, afhankelijk van de vraag.

Tabel 3 toont de resultaten. Voor de overzichtelijkheid zijn alleen statistisch significante resultaten (en trends) weergegeven, dat wil zeggen resultaten waarbij de kans klein is dat gevonden verschillen op toeval berusten.

Tabel 3 Verschillen in scores tussen matige/slechte annotaties en uitstekende/goede annotaties

Criterium / Kenmerk	Beoordelaar	Kwaliteit		Effect sizes (d)
		Matig/slecht	Goed/uitstekend	
Opbouw/toegankelijkheid	A (Pr)	2.89†	3.83†	.48
Wetsgeschiedenis (externe rechtsvergelijking)	B (Pr)	.00†	.25†	.11
Jurisprudentie (externe rechtsvergelijking)	B (Pr)	.00†	.50†	.38
Literatuur (binnen rechtsgebied)	A (Pr)	1.00*	1.83*	.67
Verduidelijken (voldoende uitgebreid)	B (Pr)	2.00*	3.50*	.73
Verduidelijken (voldoende diepgaand)	B (Pr)	2.36*	3.25*	.60
Toetsen (overig) (voldoende diepgaand)	B (Pr)	.27†	1.25†	.39
Uitspraak nieuw	B (Pr)	2.27†	3.25†	.998
Reikwijdte uitspraak	B (Pr)	2.27*	3.25*	.46
Signaleren vraag-/knelpunten	B (Pr)	1.73†	2.50†	.49
Onderbouwd standpunt	B (Pr)	2.14*	3.00*	.58
Praktische waarde annotatie	B (Pr)	2.18*	3.33*	.61

Noot: † $p < .10$. * $p < .05$. Resultaten op basis van T-toetsen. Indien een antwoord ontbrak of de vraag niet van toepassing was, zijn deze gegevens niet in de analyse meegenomen. Hierdoor kan het aantal annotaties dat per item in de analyse is betrokken, verschillen

Hoewel het aantal geanalyseerde annotaties in aantal gering is,⁸ laten de resultaten desalniettemin verschillen in scores zien tussen de twee groepen annotaties. Dit duidt erop dat bepaalde kenmerken gerelateerd zijn aan de kwaliteit van annotaties. De gevonden effecten zijn zwak tot matig ($d < .50$) tot groot ($d > .75$).⁹ De sterkte van de gevonden effecten blijkt

8 Het invullen van de vragenlijst nam gemiddeld 30 tot 45 minuten in beslag, inclusief het lezen van de annotatie en, eventueel, de bijbehorende uitspraak. Dit bemoeilijkt het verkrijgen van een grotere sample.

9 Zie nader Van Dijk 2011.

voorts wanneer wordt gekeken naar de verschillen. Deze variëren tussen de 0.8 punt en de 1.7 punten, wat vrij behoorlijk is op een vier- of vijfpuntsschaal.

Wat echter opvalt, is dat er grote verschillen zijn tussen de beoordelaars. Het verwijzen naar literatuur alsook de opbouw en toegankelijkheid lijken voor beoordelaar A relevant te zijn om goede/uitstekende annotaties van matige/slechte annotaties te onderscheiden, hoewel laatstgenoemd effect statistisch gezien slechts indicatief is ($p < .10$). Voor beoordelaar B blijkt verduidelijken, het signaleren van vraag- en/of knelpunten, het geven van een onderbouwd standpunt en de praktische waarde van de annotatie (mede)beslissend te zijn om een annotatie als goed/uitstekend aan te merken of juist als matig/slecht.

Daarnaast is bij beoordelaar B een aantal andere kenmerken gevonden dat aan de kwaliteit van annotaties kan worden gerelateerd, maar de gevonden effecten zijn hoogstens indicatief ($p < .10$). Het gaat om de volgende kenmerken: het verwijzen naar de bronnen wet (interne rechtsvergelijking), wetsgeschiedenis (externe rechtsvergelijking), jurisprudentie (binnen rechtsgebied), jurisprudentie (externe rechtsvergelijking) en literatuur (binnen rechtsgebied), een gebrek aan bronnen, het ordenen en toetsen, het distilleren van essentiële vragen/aspecten uit de uitspraak, de vraag of de uitspraak nieuw is, en de reikwijdte van de uitspraak. De lage scores geven echter aan dat in annotaties weinig naar bronnen wordt verwezen, zodat de invloed van het bronnengebruik op dit punt beperkt lijkt.

Er zijn geen criteria gevonden die beide beoordelaars zeggen aan te leggen om goede/uitstekende van matige/slechte annotaties te onderscheiden. Op zichzelf verbaast het niet dat beoordelaars mogelijk verschillende criteria aanleggen om een annotatie te beoordelen, maar het is wel verrassend dat er zo geen gemeenschappelijke factoren zijn gevonden. Dit stemt niet overeen met het beeld dat in de literatuur naar voren komt, waar toch een zekere mate van overeenstemming uit leek te volgen ten aanzien van de kenmerken van annotaties en wat annotaties tot goede annotaties maakt.

Waar wel overeenstemming over was tussen beoordelaars, is dat annotaties over het algemeen 'volgzaam' zijn, in die zin dat zij het oordeel van de rechter centraal stellen. In weinig annotaties behandelt de annotatie andere aspecten of probleempunten dan die in de uitspraak aan de orde zijn. Resultaten laten zien dat dit slechts gebeurt in twee van de vijftien annotaties (volgens beoordelaar A, privaatrecht) respectievelijk vijf van de vijftien annotaties (volgens beoordelaar B, privaatrecht).

Het was aanvankelijk de bedoeling om meerdere beoordelaars te benaderen. Nadat uit het onderzoek naar strafrechtelijke annotaties hetzelfde beeld rees, was de verwachting dat een uitbreiding van het onderzoek de conclusie zou bevestigen dat beoordelaars verschillende criteria aanleggen om de kwaliteit van annotaties te beoordelen. Dit, en het feit dat het beoordelen van de annotaties aan de hand van de opgestelde vragenlijst een tijdrovende klus is voor een beoordelaar (ca. 30-45 minuten per annotatie), is besloten om dit deel van het onderzoek niet uit te breiden. Bovendien rees de vraag of de gevonden ver-

schillen zijn veroorzaakt doordat beoordelaars andere criteria aanleggen of doordat zij zelf niet goed wisten welke criteria zij gebruikten voor het beoordelen van annotaties. De inhoudsanalyse moest daar meer duidelijkheid over verschaffen.

In de inhoudsanalyse is een hoeveelheid kenmerken achterhaald en opgesteld (zie de bijlage voor een omschrijving van de kenmerken).¹⁰ Om uit te sluiten dat beoordelaars niet goed weten welke criteria zij hanteren om annotaties te beoordelen, is gekozen om de kenmerken te achterhalen uit de annotaties zelf, zonder tussenkomst van deskundigen. Gekozen is voor een werkwijze waarbij de kenmerken gaandeweg de analyses zijn opgesteld, aangevuld en aangescherpt. Gezien de resultaten uit het eerste deel van het onderzoek was het niet zeker dat de kenmerken die in de literatuur of door deskundigen worden aangedragen, de kwaliteit van annotaties kunnen verklaren.

Annotaties zijn meerdere malen bekeken en bestudeerd om te voorkomen dat voortschrijdend inzicht tot andere coderingen zou leiden dan zoals die aanvankelijk waren aangebracht. Om na te gaan of het overzicht van kenmerken betrouwbaar was, dat wil zeggen, te controleren dat anderen de annotaties vergelijkbaar zouden coderen, is ongeveer de helft van de privaatrechtelijke annotaties samen met een student-assistent gecodeerd. Deze student-assistent heeft eerst zelf de annotaties gecodeerd, waarna de coderingen met elkaar zijn vergeleken. Soms leidde dat tot aanpassingen van de coderingen, maar over het algemeen was er een redelijke tot grote mate van overeenstemming. Gezien de relatief grote hoeveelheid kenmerken was het niet mogelijk deze overeenstemming in percentages of statistische waardes (kappa) uit te drukken.

De kenmerken zijn vervolgens gerelateerd aan de kwaliteitsscores die de deskundigen¹¹ hadden verbonden aan de annotaties. Bekeken is of het verschil in waardering kan worden verklaard door de aan- of afwezigheid van bepaalde kenmerken. Daartoe is een *fuzzy-set Qualitative Comparative Analysis* (fsQCA) uitgevoerd, kort gezegd een techniek die een cijfermatige schatting geeft van relaties tussen variabelen. Deze techniek is met name geschikt als de hoeveelheid observaties beperkt is en het aantal variabelen relatief groot.¹²

Tabel 4 geeft de matrix zoals die is gebruikt voor het uitvoeren van de analyses.¹³

10 Gezien de beperkte omvang van het aantal annotaties dat is bestudeerd, pretendeert het onderzoek geen volledigheid.

11 Degene die de annotaties heeft geselecteerd en de twee deskundigen die de annotaties hebben beoordeeld aan de hand van de vooraf opgestelde vragenlijst.

12 Zie Van Dijck 2011, hoofdstuk 3, § 4.

13 Bijlage afkomstig uit Van Dijck 2011.

Tabel 4 Matrix privaatrechtelijke annotaties

Rechtsgebied	Nr.	Hoogste rechter	Beschrijving feiten/uitspraak	Beschrijving geldend recht	Wijzen op belang uitspraak	Criterium ontwikkelen en vergelijken met uitspraak	Schetsen van implicaties	Opvatting van andere auteur(s) toetsen	Toetsen aansluiting bij eerdere uitspraken	Toetsen aan doel van de regeling	Evaluatie adhv andere mogelijke uitkomsten	Annotator zoekt verklaring voor uitkomst	Annotator eens / oneens met uitspraak	Onduidelijkheid / motiveringsgebrek	Bespreking processtrategie partijen	Score (... van de ... beoordelaars merkt de annotatie als goed/ uitstekend aan)
Pr	1	1	1	1	1				0.5							0 van de 3 (0.0)
	2	1	1	1			1		0.5		1		0.5	1		3 van de 3 (1.0)
	3	1	1	1			0.5		0.5							0 van de 3 (0.0)
	4	1	1	1		1	1	1							0.5	3 van de 3 (1.0)
	5	1	1	1	1		0.5*		0.5				1			1 van de 3 (0.333)
	6	1	1	1			0.5		0.5				0.5			1 van de 3 (0.333)
	7	1	1	1	1		0.5		0.5							1 van de 3 (0.333)
	8	1	1	1			1	0.5	0.5			0.5		0.5		2 van de 3 (0.667)
	9	1	1	1			0.5		0.5							0 van de 3 (0.0)
	10	1	1	1			1	0.5								2 van de 3 (0.667)
	11	1	1	1			1		0.5	0.5						1 van de 3 (0.333)
	12	1	1	1			1	0.5	0.5		1		0.5			2 van de 3 (0.667)
	13		1	1												0 van de 3 (0.0)
	14	1	1	1					0.5				1			1 van de 3 (0.333)
	15		1	1					0.5				0.5			0 van de 2 (0.0)

* Score gebaseerd op twijfels onder de beoordelaars of het schetsen van implicaties in dit geval reëel was.

Noot: Er wordt niet verwezen naar de vindplaatsen van de onderzochte annotaties. Dit was beloofd aan de deskundigen die aan het onderzoek mee hebben gedaan. Een score van '1' staat voor aanwezigheid van het betreffende kenmerk. Een score van '0.5' betekent dat het kenmerk is aangetroffen, maar dat de passage(s) van zeer geringe lengte zijn (één of enkele regels) in vergelijking met andere annotaties waarin het kenmerk is geobserveerd. Geen score houdt in dat het kenmerk in de betreffende annotatie niet is aangetroffen. Kenmerken die niet in de

onderzochte privaatrechtelijke annotaties terugkomen, maar wel in bestuursrechtelijke en/of strafrechtelijke annotaties zijn aangetroffen, zijn niet weergegeven

De uitgevoerde toets (fsQCA) suggereerde dat het schetsen van implicaties in positieve zin verbonden was aan de beoordelingen van de privaatrechtelijke annotaties.¹⁴ Met het schetsen van implicaties wordt in dit verband bedoeld het analyseren van de gevolgen. Dat gebeurt in de regel door de gewezen rechtsregel toe te passen op nieuwe, al dan niet zelfbedachte gevallen, aan de hand waarvan wordt beoordeeld of de regel wenselijk is, eventueel tegen de achtergrond van mogelijke alternatieven. Het schetsen van implicaties van een uitspraak kan aanleiding geven tot nuancering of aanpassing van de gewezen regel. Een andere mogelijkheid is dat in de annotaties wordt bekeken of de uitspraak relevant is voor andere leerstukken, rechtsfiguren of rechtsgebieden.

Om meer zekerheid te krijgen over het (causale) effect van het schetsen van implicaties, is een experiment uitgevoerd onder gepromoveerde privaatrechtjuristen. Daartoe is een annotatie met bijbehorende vragenlijst gestuurd aan 197 gepromoveerde juristen verbonden aan de vakgroep privaatrecht van de Nederlandse rechtenfaculteiten. Hiervan beantwoordde 20% (n=40) een deel van de vragenlijst en 14% (n=28) de volledige vragenlijst.

Van deze 26 respondenten was 69% (n=18) man en 31% (n=8) vrouw. De gemiddelde leeftijd was 47 jaar. Van de respondenten gaven er 9 aan voltijd hoogleraar te zijn (waarvan één 'bijna voltijd'), 4 personen bijzonder hoogleraar, 7 respondenten universitair hoofddocent en 6 personen universitair docent. Verder vulden 7 van de 26 respondenten in dat zij vóór 2000 gepromoveerd waren, terwijl 15 respondenten hebben aangegeven in 2000 of daarna te zijn gepromoveerd. Van drie respondenten was het promotiejaar onbekend. Eén respondent gaf het jaar 1900 op als promotiejaar. Allen bevestigden gespecialiseerd te zijn in het privaatrecht.

De deelnemers werden (random) verdeeld in twee groepen. De ene groep kreeg de volledige annotatie te lezen, de andere groep dezelfde annotatie maar dan zonder de passages waarin implicaties worden geschetst. Aan beide groepen is gevraagd om de annotaties te beoordelen door er een score aan toe te kennen. Daarnaast is een hoeveelheid vragen gesteld om alternatieve verklaringen voor eventuele verschillen uit te sluiten.¹⁵

De annotatie die is gebruikt voor het experiment, is annotatie nummer 2 uit de matrix. In deze annotatie beslaat het schetsen van implicaties een behoorlijk deel van de annotatie (ruim 20%). Bovendien leek het voor deze annotatie relatief eenvoudig om de passages weg te laten uit de annotatie zonder de structuur ervan aan te tasten.

¹⁴ FsQCA geeft geen coëfficiënten per variabele. Deze kunnen dan ook niet worden gerapporteerd.

¹⁵ Door het weglaten van passages zouden verschillen in scores bijvoorbeeld ook kunnen worden verklaard door structuur en leesbaarheid.

Ondanks het relatief lage aantal respondenten, bevestigen de resultaten van de experimentele studie dat de versie van de annotatie (met/zonder schetsen van implicaties) een effect heeft op de kwaliteitsoordelen van deskundigen (Tabel 5). Dit houdt in dat het schetsen van implicaties inderdaad in positieve zin bijdraagt aan de kwaliteit van een privaatrechtelijke annotatie.

Tabel 5 Resultaten regressie-analyse

Variabele	Model 2	
	B (s.e.)	β
Constant	5.539 (.782)	-
Versie (onvolledig / volledig)	.540 (.246)*	.36
Bekendheid met annotator (nee / ja)	.215 (.297)	.14
Affiniteit vakgebied	-.082 (.099)	-.17
Affiniteit schrijven annotaties	.519 (.217)*	.40
Opvatting over annotaties	.027 (.109)	.04
Leesbaarheid/structuur/omvang (perceptie)	-.165 (.102)	-.33
Leeftijd	-.017 (.011)	-.26
R²	.54	
F	2.99	
N	26	

Noot. *p < .05. Resultaten zijn overgenomen uit hoofdstuk 4, § 2.3 uit Van Dijck 2011.

10.3 DISCUSSIE: INTERDISCIPLINARITEIT IN PRIVAATRECHTELIJKE ANNOTATIES?

Het zal niet verbazen dat een belangrijk deel van de onderzochte privaatrechtelijke annotaties positiefrechtelijk van aard is, in die zin dat annotatoren uitspraken ter discussie stellen, en de consequenties van de uitspraak bespreken voor de interpretatie en toepassing van het privaatrecht, inclusief het beoordelen van de redelijkheid van de uitspraak. Hoewel het aantal annotaties te klein is om te kunnen generaliseren naar privaatrechtelijke annotaties in het algemeen, valt op dat in een groot deel van de onderzochte annotaties implicaties van de uitspraak worden geschetst. Ook valt op dat daarin een aanwijzing voor kwaliteit besloten ligt.

Bij het schetsen van implicaties gaat het deels om annotaties waarbij het positieve recht centraal staat, bijvoorbeeld wanneer wordt bekeken of de uitspraak ook gevolgen heeft

voor de interpretatie van een leerstuk. Het schetsen van implicaties gaat echter ook over het doen van uitspraken over rechtvaardigheid, kosten en werkbaarheid: is de uitspraak redelijk of werkbaar wanneer de rechtsregel wordt losgelaten op andere gevallen die zich voor hebben gedaan of zich voor zouden kunnen doen?

Het is met name in dit laatste soort annotaties waar inzichten uit andere wetenschapsdisciplines verrijkend kunnen zijn. In annotaties waarin wordt getoetst aan concepten als eerlijkheid, rechtvaardigheid of werkbaarheid, kan informatie uit andere wetenschapsdisciplines nieuwe inzichten opleveren. Concepten als redelijkheid worden vaak niet of weinig geconcretiseerd. Dit vergroot de kans op discussies, omdat wordt gesteld dat aan concepten als redelijkheid, rechtvaardigheid en werkbaarheid wordt getoetst, maar er verschillend wordt gedacht over de invulling ervan. Dit draagt niet bij aan de repliceerbaarheid en komt niet ten goede aan de betrouwbaarheid en overtuigingskracht van een analyse.

Inzichten uit disciplines (anders dan die met een positiefrechtelijke insteek) kunnen invulling geven aan dergelijke concepten. Ik geef een aantal voorbeelden. Het eerste heeft betrekking op waarschuwingsplichten. De Hoge Raad doet geregeld uitspraken waarin waarschuwingsplichten aan de orde zijn, onder meer in gevallen van gevaarstelling,¹⁶ maar ook in contractuele relaties zoals het waarschuwen van beleggers door banken in verband met onoplettendheid of zelfbescherming.¹⁷ Van waarschuwingen is bekend dat zij informatief en alarmerend dienen te zijn om effectief te zijn, maar ook dat zij kunnen leiden tot gewenning of overvoorzichtigheid, dat de druk van de groep sterker kan zijn dan de waarschuwing, dat waarschuwingen tegengestelde effecten kunnen hebben (bijvoorbeeld bij risicozoekenden) en dat niet-waarschuwen soms effectiever is.¹⁸ In nieuwe gevallen waarin waarschuwingsplichten al niet zijn aangenomen, kan de annotator aan de hand van dergelijke inzichten toetsen of het in de gegeven omstandigheden effectief is om een waarschuwingsplicht aan te nemen.

Een tweede voorbeeld is de aansprakelijkheid van de Nederlandse Postcodeloterij. Er zijn in eerste aanleg en in hoger beroep procedures gevoerd over de vraag of een vrouw die binnen het postcodegebied woonde waar de Kanjerprijs van 13,9 miljoen euro viel, recht had op schadevergoeding van de Postcodeloterij.¹⁹ De Postcodeloterij zou volgens eiseres, heel in het kort, onrechtmatig hebben gehandeld door in te spelen op spijtgevoelens. Voor het onderbouwen van de onrechtmatigheid is een beroep gedaan op empirisch onderzoek dat laat zien dat veel deelnemers aan de Postcodeloterij meedoen om te voorkomen dat zij later spijt krijgen, omdat hun burens een prijs in de loterij winnen en zij niet.

16 Zie onder andere HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 (*Jetblast*).

17 Bijvoorbeeld HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (*Rabobank/Kouwenberg*); HR 5 juni 2009, LJN BH2811/ BH2815/ BH2822.

18 I. Giesen, *Handle with care*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

19 Rb. Amsterdam 20 juni 2006, LJN BA7530; Hof Amsterdam 7 oktober 2008, LJN BF7313.

Eén studie is zelfs specifiek op de Postcodeloterij toegesneden. Het aanvoeren van het onderzoek gebeurt tevergeefs, want rechtbank en hof wijzen de vordering af.

Een annotator zou dieper in de studies over *regret aversion* kunnen duiken, om daarmee de vraag te beantwoorden in hoeverre dat onderzoek de onrechtmatigheid van de gedraging kan dragen of onderbouwen. In dit verband is het relevant te weten hoeveel studies er naar spijt-effecten bestaan, hoe sterk het effect is van spijt op de beslissingen van individuen (geldt het spijt-effect voor iedereen of voor een beperkte meerderheid?) en in hoeverre het onderzoek informatie oplevert over het individuele geval waarmee de rechter zich geconfronteerd ziet (gaat het om een vergelijking van groepen of is het effect op individueel niveau te bepalen?).

Een derde voorbeeld betreft de status van een onverschuldigde betaling in faillissement. Daar bestaat discussie over, in het bijzonder over de vraag of en waarom een onverschuldigde betaling in faillissement hoger in rang zou zijn dan andere vorderingen.²⁰ De vraag naar de status van een vordering kan positiefrechtelijk worden benaderd, in dit geval vanuit het wettelijke verdelingsmechanisme en de keuzes die hieraan ten grondslag hebben gelegen (wetsgeschiedenis, argumenten aangedragen in de literatuur). Een andere manier is door er psychologisch onderzoek bij te betrekken. In de psychologie is veel onderzoek gedaan naar wat als rechtvaardige verdelingen worden beschouwd.²¹ Uit het onderzoek volgt een aantal dominante verdelingsregels. Een annotator kan in zijn/haar annotatie nagaan hoe die verdelingsregels zouden uitwerken voor de onverschuldigde betaling in faillissement; of voorrang kan worden gebaseerd op de door psychologen vastgestelde verdelingsregels. Ook zouden de verdelingsregels kunnen worden losgelaten op het wettelijk verdelingsmechanisme als zodanig: in hoeverre voldoet het aan de regels die individuen aanleggen om een schaarste aan middelen te verdelen?

De voorbeelden illustreren hoe andere dan positiefrechtelijke inzichten een annotatie kunnen verrijken. Overigens betekent dit niet dat er geen plaats is voor dogmatiek. Integendeel. Empirisch onderzoek, bijvoorbeeld, *kán* invulling geven aan de onrechtmatigheid, maar is niet van doorslaggevende betekenis. Het geeft louter een feitelijke onderbouwing (of ontkrachting) van een bepaald argument. Doctrinaire en andersoortige inzichten zijn in de eerste plaats dan ook complementair.

Civilologie kan waarde hebben als aanvulling op positiefrechtelijk onderzoek, ook in annotaties, maar is niet zaligmakend, net zo min als positiefrechtelijk onderzoek dat is of andere vormen van onderzoek dat zijn. Dit is echter geen reden om er maar niet aan te beginnen. Nieuwe inzichten, met alle beperkingen die daarmee gepaard gaan, brengen het bestaande (positiefrechtelijke) onderzoek een stapje verder. Ze leggen de zwakheden van

²⁰ Zie bijvoorbeeld HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419 (*van der Werff/BLG Hypotheekbank*) m.nt. P. van Schilfgaarde.

²¹ Voor een overzicht van studies, zie J. Stouten, *Virtue Summons the Fury: Coordination Rules and Fairness in Social Dilemmas* (diss. Tilburg), Tilburg University 2005.

een bestaande benadering of theorie bloot, vullen deze aan en kunnen leiden tot nieuwe juridische concepten. Dat is de rol die civilologie in annotaties, en in juridisch onderzoek in het algemeen, zou kunnen vervullen.

BIJLAGE: TOELICHTING BIJ CATEGORIEËN INHOUDSANALYSE

- *Hoogste rechter*. Dit kenmerk gaat over welke rechter de uitspraak heeft gewezen waarbij de annotatie is geschreven (rechtbank, hof, hoogste rechter, nationaal, Europees, internationaal).
- *Beschrijving/samenvatting casus en/of uitspraak*. De annotator geeft de feiten en/of de uitkomst (de beslissing) weer dan wel vat deze samen. Hieronder valt ook het toelichten, interpreteren of uitleggen van passages, tenzij de annotator constateert dat er sprake is van een onduidelijkheid of van een motiveringsgebrek: in dat geval is sprake van ‘Onduidelijke passages constateren c.q. ophelderen / motiveringsgebrek opmerken’.
- *Beschrijven geldend recht / verwijzen naar literatuur of jurisprudentie daarover*. Hierbij gaat het om een bespreking van het geldende recht dat op de uitspraak van toepassing is. Verwijzingen naar literatuur over (achtergronden van) het geldende recht vallen tevens onder dit kenmerk. Ook indien de literatuur kritisch is over het geldende recht, of over de toepassing ervan, is sprake van dit kenmerk, tenzij de annotatie verschillende theorieën of opvattingen bespreekt en daarna nagaat bij welke theorie de uitspraak het beste aansluit (zie ‘Nagaan welke leer is toegepast (welke leer geldend recht is)’).
- *Wijzen op belang uitspraak voor rechtspraktijk of -theorie*. De annotator wijst op het belang van de uitspraak. Het gaat hierbij om een specifieke omschrijving van het belang (bijvoorbeeld: ‘de uitspraak is relevant voor praktijkjuristen die deze grond inroepen’) en niet om algemene bewoordingen (‘deze interessante uitspraak gaat over ...’). Wat ook niet onder dit kenmerk valt, is de situatie waarin de annotator het belang van de uitspraak omschrijft in termen van een evaluatie (‘de uitspraak is onduidelijk / deugt niet / gaat niet zonder kritiek enz.’).
- *Criterium/criteria ontwikkelen en toetsen of de uitspraak aan dit criterium (criteria) voldoet*. De annotator ontwikkelt een criterium om gevallen te beoordelen zoals aan de orde in de uitspraak, van welk criterium hij of zij vervolgens nagaat of het wordt gebruikt door de rechter.
- *Implicaties van de uitspraak bespreken (bijv. voor toepassing/interpretatie geldend recht)*. De annotator gaat in op de gevolgen van de uitspraak voor de toepassing of interpretatie van het recht. Te denken valt aan de situatie waarin de annotator de gewezen rechtsregel toepast op nieuwe, andere gevallen, of aan het geval dat de annotator bespreekt wat de betekenis van de uitspraak is voor andere leerstukken of rechtsgebieden. Mogelijk, maar niet noodzakelijk, concludeert de annotator aan de hand hiervan dat de regel al

dan niet bruikbaar, redelijk of anderszins wenselijk is. Het constateren van onduidelijkheden valt tevens onder dit kenmerk, mits wordt toegelicht wat de gevolgen zijn van de onduidelijkheid voor toekomstige gevallen. In andere gevallen is sprake van ‘Onduidelijke passages constateren c.q. ophelderen / motiveringsgebrek opmerken’ (zie hieronder).

- *Opvatting van andere auteur(s) toetsen / ter discussie stellen.* De annotator gaat aan de hand van de uitspraak na of de rechter een opvatting of benadering volgt die in de literatuur is voorgesteld of wordt aangehangen. Een andere mogelijkheid is dat de annotator een bepaalde opvatting of benadering, zoals die aan de orde is in de literatuur, ter discussie stelt, bijvoorbeeld door er kritische kanttekeningen bij te plaatsen of door haar te verwerpen. In tegenstelling tot het kenmerk ‘nagaan welke leer is toegepast’, hoeft bij dit kenmerk geen sprake te zijn van concurrerende opvattingen. Voldoende is dat kritiek wordt geuit op opvattingen of benaderingen van anderen.
- *Toetsen of uitspraak aansluit bij eerdere uitspraken.* De annotatie vergelijkt de besproken uitspraak met eerder gewezen uitspraken en gaat na of de besproken uitspraak afwijkt van eerdere jurisprudentie.
- *Toetsen of beslissing van de rechter beantwoordt aan doel van de regeling.* De annotatie beschrijft welk doel de regel of regeling nastreeft en of de uitspraak in overeenstemming is met dit doel.
- *Evaluatie van de uitspraak door andere denkbare uitkomsten af te zetten tegen de gekozen uitspraak.* De annotator gaat na wat er zou gebeuren als de rechter een andere beslissing zou hebben genomen (‘stel dat de rechter anders had besloten’) en gaat na of de beslissing die de rechter heeft genomen, de juiste is.
- *Annotator zoekt naar een verklaring voor de uitkomst of de gewezen rechtsregel.* De annotator gaat op zoek naar de reden waarom de rechter een bepaalde beslissing heeft genomen (‘wat is de verklaring voor ...?’, ‘Die keuze is wellicht mede ingegeven door ...’).
- *Annotator geeft (onderbouwd) aan of hij/zij het eens dan wel oneens is met de uitspraak.* De annotator beoordeelt of hij in de besproken uitspraak dezelfde beslissing zou hebben genomen. Hieronder valt ook het plaatsen van kritische kanttekeningen bij de individuele beslissing. De evaluatie en conclusies van de annotator blijven beperkt tot de individuele uitspraak en vallen niet onder een van de andere categorieën (bv. het bespreken van implicaties van de uitspraak).
- *Onduidelijke passages constateren c.q. ophelderen / motiveringsgebrek opmerken.* Dit kenmerk gaat over het opmerken van passages die bijvoorbeeld multi-interpretabel zijn, onzorgvuldig zijn geformuleerd, of tegenstrijdigheden bevatten. Ook kan sprake zijn van een gebrekkige motivering, in die zin dat de rechter volgens de annotator uitgebreider of beter had moeten uitleggen waarom zij tot een bepaalde beslissing is gekomen. De annotator kan onduidelijke passages of motiveringsgebreken opmerken

en ophelderen, in die zin dat de annotator een poging doet meer duidelijkheid te creëren. Indien de annotator de gevolgen van de onduidelijkheid bespreekt, is sprake van ‘implicaties van de uitspraak’.

- *Aangeven of een procespartij beter een andere keuze had kunnen maken in het proces (bijv. andere rechtsgrond invoeren) c.q. wat (andere) mogelijkheden zijn om rechtsposities te versterken / wat er zou zijn gebeurd als een procespartij een andere keuze zou hebben gemaakt.* De annotator betoogt of beschrijft dat een van de procespartijen beter een andere keuze had kunnen maken, bijvoorbeeld door te stellen of te laten zien dat een procespartij beter een andere rechtsgrond aan had kunnen voeren of een andere juridische constructie had kunnen kiezen.

11 WANNEER VERONTSCHULDIGINGEN DOEL TREFFEN: INZICHTEN UIT DE PSYCHOLOGIE

P.T.M. Desmet*

SAMENVATTING

Interesse voor de mogelijke rol die verontschuldigen kunnen spelen in de rechtspraak kende een gestage groei gedurende de laatste jaren. Deze bijdrage geeft een beknopt overzicht van wat we vanuit de psychologie zoal weten over de effecten van verontschuldigen. De focus ligt daarbij vooral op het identificeren van factoren die bepalen of verontschuldigen al dan niet succesvol zijn, zoals de componenten die ze bevatten, de gepercipieerde oprechtheid, de timing en eigenschappen van de relatie. Inzichten in hoe slachtoffers verontschuldigen percipiëren en hoe zij erop reageren, zijn met name interessant voor het ontwikkelen van procedures die ook rekening houden met de immateriële behoeften van de betrokken partijen.

11.1 INLEIDING

De laatste jaren is de interesse in de mogelijke rol die verontschuldigen kunnen spelen in de rechtspraak gegroeid.¹ Deze interesse uit de juridische hoek is niet onlogisch gezien de reeds langer bestaande trend in bedrijven en organisaties, waar het aanbieden van verontschuldigen een frequente strategie lijkt te worden om conflicten te bezweren en vertrouwen te herstellen. Nationale en internationale organisaties lijken steeds meer bereid om over te gaan tot het aanbieden van verontschuldigen wanneer er zaken mislopen. Denk aan hoe Floris Deckers en Dolf van den Brink namens hun banken verontschuldigen aanboden voor hun rol in de kredietcrisis, Tony Hayward namens BP voor het olielek in de Golf van Mexico of, recenter, Rupert Murdoch voor de malaise rond de afluister- en

* Dr. Pieter Desmet is als sociaal en economisch psycholoog verbonden aan het Rotterdam Institute for Law and Economics, Erasmus School of Law, Erasmus University. E-mailadres: desmet@law.eur.nl.

1 Ik gebruik de term 'verontschuldigen' om verwarring te vermijden met het onderscheid tussen *apologies* en *excuses* in de literatuur. Een excuus kan namelijk ook het niet accepteren van verantwoordelijkheid en het afschuiven van de schuld naar elders impliceren (verschonen), terwijl het opnemen van verantwoordelijkheid wel vereist is om van verontschuldigen te spreken. Zie bijvoorbeeld B. Schlenker, B. Pontari en A. Christopher, 'Excuses and character: Personal and social implications of excuses', *Personality and Social Psychology Review* 2001-1, p. 15-32; P. Schonbach, *Account episodes: The management and escalation of conflict*, Cambridge, UK: Cambridge University Press 1990.

omkooppraktijken bij *News of the World*. Heden ten dage worden vaak verontschuldigen geformuleerd, zo vaak zelfs dat sommige wetenschappers gewagen van een intussen ontstane ‘verontschuldigungs-cultuur’ of het ‘tijdperk van de verontschuldigen’, waarin te pas en te onpas verontschuldigen aangeboden worden.²

Verontschuldigen lijken dan ook een makkelijk en goedkoop middel om goodwill te creëren en vergevingsgezindheid te bewerkstelligen. Maar is dit wel altijd zo? Zijn verontschuldigen altijd zo effectief als men denkt en welke factoren bepalen hun doeltreffendheid? In deze bijdrage schets ik een beknopt overzicht van wat we vanuit de psychologie weten over verontschuldigen. Hierbij bespreek ik vooral de effecten die verontschuldigen hebben op hun recipiënten en welke factoren hun succes bepalen. Vervolgens stel ik ook telkens de vraag of en hoe deze inzichten relevant kunnen zijn voor het gebruik van verontschuldigen in de specifieke context van de rechtspraak.

11.2 VERONTSCHULDIGINGEN

Verontschuldigen zijn zo veelvoorkomend in onze dagelijkse interacties met anderen dat we ons kunnen afvragen waarom mensen er überhaupt nog waarde aan hechten. Kinderen wordt van kleins af aan aangeleerd om hun verontschuldigen aan te bieden als ze iets fout doen en eenmaal volwassen lijkt het thuis, op het werk of in de tram al even gemakkelijk om ‘sorry’ te zeggen als om iemand een goede dag toe te wensen. Tegelijkertijd is het aanbieden van verontschuldigen nog steeds een belangrijke sociale rite die de hoeken van ons sociaal functioneren verzacht, doordat het een escalatie van conflict en geweld kan vermijden. Dat mensen toch vaak veel belang hechten aan verontschuldigen is bijvoorbeeld zichtbaar in het feit dat slachtoffers van een inbreuk soms expliciet verontschuldigen verwachten, deze proberen af te dwingen voor een rechtbank en enkel tevreden lijken wanneer ze deze ook daadwerkelijk krijgen. Mensen zien in dergelijke gevallen het krijgen van verontschuldigen vaak als een doel op zich, zonder dat deze verontschuldigen een direct aanwijsbare, tastbare waarde hebben.

Gegeven de wijde verspreiding van verontschuldigen en gegeven de waarde die mensen er vaak aan hechten, zal het niet verbazen dat ook de wetenschappelijke interesse voor het concept, de antecedenten en de gevolgen van verontschuldigen reeds lange tijd bestaat. Talrijke auteurs hebben gewezen op de vele voordelen die het aanbieden van verontschuldigen met zich meebrengt en één van de meest gedocumenteerde effecten

2 Zie bijvoorbeeld B. Kellerman, ‘When should a leader apologize and when not?’, *Harvard Business Review* 2006-4, p. 72-81; R. Brooks, *When sorry isn’t enough: The controversy over apology and reparations for human injustice*, New York: New York University Press 1999.

is dat verontschuldigen vergiffenis en verzoening in de hand werken.³ Redenen hiervoor zijn onder meer dat verontschuldigen slachtoffers helpen om zich ook in de overtreder in te leven⁴ en deze als minder afkeurenswaardig en meer schuldbewust te gaan zien.⁵

Verontschuldigen zijn echter niet alleen belangrijk omdat ze de attributies kunnen veranderen die men maakt over de overtreder en de overtreding,⁶ maar ook omdat ze het imago en aanzien van het slachtoffer herstellen.⁷ Daarnaast brengen verontschuldigen ook opnieuw een sociaal evenwicht in de relatie tussen slachtoffer en overtreder, doordat de overtreder door het communiceren van spijt zich kwetsbaar opstelt en zich symbolisch onderwerpt aan het slachtoffer.⁸ Bovendien kan een weigering van overtredders om verontschuldigen aan te bieden een escalatie van boosheid en verontwaardiging bij slachtoffers veroorzaken met een intensivering van het conflict als gevolg.⁹ Ten slotte kunnen verontschuldigen ook een bredere impact hebben en herbevestigen ze sociale waarden, door de erkenning dat een sociale norm en belangrijke maatschappelijke waarden overtreden zijn.¹⁰

3 J.J. Exline, L. Deshea en V.T. Holeman, 'Is apology worth the risk? Predictors, outcomes, and ways to avoid regret', *J Soc Clin Psychol* 2007-4, p. 479-504; J.J. Exline en R.F. Baumeister, 'Expressing forgiveness and repentance: Benefits and barriers', in M.E. McCullough, K.I. Pargament en C.E. Thoresen (red.), *Forgiveness: Theory, research and practice*, New York: Guilford 2000, p. 133-155; M. Girard, E. Mullet en S. Callahan, 'Mathematics of forgiveness', *Am J Psychol* 2002-3, p. 351-375; M. Girard en E. Mullet, 'Forgiveness in adolescents, young, middle-aged, and older adults', *J Adult Dev* 1997-4, p. 209-220; M.E. McCullough, E.L. Worthington en K.C. Rachal, 'Interpersonal forgiving in close relationships', *J Pers Soc Psychol* 1997-2, p. 321-336; M.E. McCullough e.a., 'Interpersonal forgiving in close relationships: II. Theoretical elaboration and measurement', *J Pers Soc Psychol* 1998-6, p. 1586-1603; K. Ohbuchi, M. Kameda en N. Agarie, 'Apology as Aggression Control - its Role in Mediating Appraisal of and Response to Harm', *J Pers Soc Psychol* 1989-2, p. 219-227; N. Tavuchis, *Mea culpa: A sociology of apology and reconciliation*, Stanford, CA: Stanford University Press 1991; S. Takaku, 'The effects of apology and perspective taking on interpersonal forgiveness: A dissonance-attribution model of interpersonal forgiveness', *J Soc Psychol* 2001-4, p. 494-508; C. Witvliet, E.L. Worthington en N.G. Wade, 'Victims' heart rate and facial EMG responses to receiving an apology and restitution', *Psychophysiology* 2002, 39, p. S88-S88.

4 McCullough e.a. 1997; 1998.

5 D.L. Ferrin, M.C. Bligh en J.C. Kohles, 'Can I trust you to trust me? A theory of trust, monitoring, and cooperation in interpersonal and intergroup relationships', *Group Organ Manage* 2007-4, p. 465-499.

6 G.J. Gold en B. Weiner, 'Remorse, confession, group identity, and expectancies about repeating a transgression', *Basic Appl Soc Psychol* 2000-4, p. 291-300; Takaku, 2001.

7 M.H. Gonzales, 'A thousand pardons: The effectiveness of verbal remedial tactics during account episodes', *Journal of Language and Social Psychology* 1992, p. 133-151; H.S. Hodgins en E. Liebeskind, 'Apology versus defense: Antecedents and consequences', *J Exp Soc Psychol* 2003-4, p. 297-316.

8 M.N. O'Mally en J. Greenberg, 'Sex-Differences in Restoring Justice - the Down Payment Effect', *J Res Pers* 1983-2, p. 174-185; E. Walster, E. Berscheid en G.W. Walster, 'New directions in equity research', *Journal of Personality and Social Psychology* 1973-151, p. 176.

9 P. Schonbach, *Account episodes: The management and escalation of conflict*, Cambridge, UK: Cambridge University Press 1990; H. Wagatsuma en A. Rosett, 'The Implications of Apology - Law and Culture in Japan and the United States', *Law Soc Rev* 1986-4, p. 461-498.

10 T.G. Okimoto en M. Wenzel, 'Punishment as restoration of group and offender values following a transgression: Value consensus through symbolic labelling and offender reform', *Eur J Soc Psychol* 2009-3, p. 346-367.

Naast een helende invloed op degene die de verontschuldigen krijgt, heeft het aanbieden van verontschuldigen ook impact op degene die ze aanbiedt. Zo voelen overtreders die verontschuldigen aanbieden zich vaak opgelucht en bevrijd van spijt- en schuldgevoelens.¹¹ In het geval slachtoffers ook expliciet vergiffenis schenken of zich willen verzoenen na het ontvangen van verontschuldigen, verbetert dit bij overtreders niet alleen basale emoties zoals boosheid of droefheid, maar ook morele emoties.¹²

Het aanbieden van verontschuldigen lijkt dus op het eerste gezicht veel voordelen op te leveren, zowel voor de aanbieder als de ontvanger. Ondanks het feit dat veel academici al langer wezen op de voordelen van verontschuldigen, heeft het lange tijd geduurd eer ook juristen interesse toonden voor de mogelijke rol die verontschuldigen kunnen spelen in de rechtsgang. Deze aarzeling had onder meer te maken met het feit dat er lange tijd uit werd gegaan van een rationeel perspectief waarin partijen in een (juridische) procedure vooral geacht werden belang te hechten aan de uitkomsten en materiële aspecten van deze procedure, zoals bijvoorbeeld of er wel of niet een schadevergoeding betaald wordt en hoeveel deze dan bedraagt.

Echter, met de introductie van sociale rechtvaardigheidsconcepten uit de sociale psychologie werd in een juridische context meer en meer erkend dat partijen in een conflict of procedure niet louter door materiële belangen gedreven worden, zoals de uitkomst van een procedure (distributieve rechtvaardigheid), maar dat zij ook immateriële behoeften hebben die hun perceptie van rechtvaardigheid mee bepalen en waar dus evengoed rekening mee gehouden kan worden. Rechtvaardigheidsoordelen worden namelijk niet alleen gevormd door het resultaat van een bepaalde procedure, maar ook door procedurele en relationele aspecten, zoals de mate waarin men zich gehoord voelt en de manier waarop men behandeld wordt (i.e. procedurele en interactionele rechtvaardigheid).¹³ Onder invloed van deze inzichten zijn onderzoekers dan ook meer en meer gaan kijken hoe, zowel in privaat- als strafrechtelijke context, deze immateriële aspecten vorm krijgen en hoe hiermee rekening kan worden gehouden.¹⁴

11 K.R. Meek, J.S. Albright en M.R. McMinn, 'Religious orientation, guilt, confession, and forgiveness', *J Psychol Theol* 1995-3, p. 190-197.

12 Zoals bijvoorbeeld schaamte, schuld, dankbaarheid en hoop, zie C.V.O. Witvliet, T.E. Ludwig en D.J. Bauer, 'Please forgive me: Transgressors' emotions and physiology during imagery of seeking forgiveness and victim responses', *Journal of Psychology and Christianity* 2002, p. 219-233; Zie ook E.L. Worthington e.a., 'Forgiveness in health research and medical practice', *Explore-J Sci Heal* 2005-3, p. 169-176.

13 T.R. Tyler en E.A. Lind, 'A Relational Model of Authority in Groups', *Adv Exp Soc Psychol* 1992, p. 115-191; J.W. Thibaut en L. Walker, *Procedural justice: A psychological analysis*, Hillsdale, NJ: Erlbaum 1975; E.A. Lind e.a., 'Individual and corporate dispute resolution – using procedural fairness as a decision heuristic', *Adm Sci Q* 1993-2, p. 224-251; T.R. Tyler, 'The Role of Perceived Injustice in Defendants Evaluations of their Courtroom Experience', *Law Soc Rev* 1984-1, p. 51-74; E.A. Lind en T.R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York: Plenum Press 1988.

14 Zie bijvoorbeeld J.D. Casper, T.R. Tyler en B. Fisher, 'Procedural justice in felony cases', *Law Soc Rev* 1988-3, p. 483-507, voor een voorbeeld hoe immateriële aspecten rechtvaardigheidsgevoelens sturen in strafzaken; Voor meer privaatrechtelijke voorbeelden, zie T.G. Okimoto en T.R. Tyler, 'Is compensation enough?

Hoe immateriële aspecten rechtvaardigheidsoordelen en tevredenheid sturen, wordt ook duidelijk als we kijken naar de waarde die slachtoffers hechten aan een schadevergoeding. Terwijl schadevergoedingen vaak vooral bedoeld zijn om de ontstane materiële behoeften van een slachtoffer te compenseren, wordt de waarde die slachtoffers hechten aan compensatie ook niet louter bepaald door de mate waarin hun materiële belangen door deze compensatie behartigd worden. Zo wezen psychologen en juristen er enerzijds al op dat compensaties soms ook immateriële schade kunnen verlichten¹⁵ en recent onderzoek toonde aan dat zelfs het succes van compensatie voor louter financiële schade afhangt van immateriële factoren, zoals bijvoorbeeld de manier waarop die tot stand kwam (i.e. vrijwillig of afgedwongen).¹⁶ Het belang van immateriële aspecten blijft dus niet beperkt tot disputen waarin de schade hoofdzakelijk immaterieel is: zelfs als het mogelijk is om slachtoffers terug te geven wat zij verloren hebben, blijft het feit overeind dat er een regel overtreden is. Die overtreding op zich (zeker indien deze opzettelijk gebeurde) kan een gevoel van onrechtvaardigheid creëren waarvoor betrokken partijen een herstel willen dat restitutie alleen niet geeft.¹⁷

In het licht van deze inzichten en ook onder invloed van een groeiende belangstelling voor restoratieve rechtvaardigheid, waarin betrokken partijen meer als 'stakeholders' gezien worden en meer nadruk gelegd wordt op de behoeften van de overtredders en slachtoffers (en dus ook op immateriële behoeften), is men gaan bekijken of naast het zoeken naar adequate compensatie het aanbieden van verontschuldigen ook doeltreffend kan werken in privaatrechtelijke context. Immers, waar schadevergoedingen in beginsel eerder tegemoet komen aan de behoefte aan materieel, financieel herstel, zijn verontschuldigen er meer specifiek op gericht een antwoord te bieden aan immateriële behoeften van slachtoffers, zoals erkenning van fout en verantwoordelijkheid, erkenning als slachtoffer en medeleven.¹⁸

Relational concerns in responding to unintended inequity', *Group Process Intergroup Relat* 2007-3, p. 399-420; zie ook C.A. McEwen en R. J. Maiman, 'Mediation in small claims court: achieving compliance through consent', *Law Soc Rev* 1984-18, p. 11.

- 15 Zie bijvoorbeeld T.G. Okimoto, 'Outcomes as affirmation of membership value: Material compensation as an administrative response to procedural injustice', *J Exp Soc Psychol* 2008-5, p. 1270-1282; S.D. Lindenbergh en P.P.M. van Kippersluis, 'Non pecuniary losses', in M. Faure (red.), *Tort law and economics, encyclopedia of law and economics vol. 1* Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 215-227.
- 16 P.T.M. Desmet, D. de Cremer en E. van Dijk, 'On the psychology of financial compensations to restore fairness transgressions: when intentions determine value', *J Bus Ethics* 2010, p. 105-115; P.T.M. Desmet, D. de Cremer en E. van Dijk, 'Trust recovery following voluntary or forced financial compensations in the trust game: The role of trait forgiveness', *Pers Individ Differ* 2011a-3, p. 267-273.
- 17 J.M. Darley en T.S. Pittman, 'The psychology of compensatory and retributive justice', *Pers Soc Psychol Rev* 2003-4, p. 324-336; Okimoto en Tyler, 2007; R. Hogan en N.P. Emler, 'Retributive justice', in M.J. Lerner en S.C. Lerner (red.), *The justice motive in social behavior* New York: Academic Press. 1981, p. 125-144; J. Horai, 'Attributional conflict', *J Soc Iss* 1977-1, p. 88-100; M. Wenzel e.a., 'Retributive and restorative justice', *Law Hum Behav* 2008-5, p. 375-389.
- 18 Okimoto en Tyler, 2007; D.W. Shuman, 'The role of apology in tort law', *Judicature* 2000-4, p. 180-189; R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen*

Daarnaast bestaat er een economische drijfveer voor de toegenomen interesse in verontschuldigen. Studies suggereerden namelijk dat slachtoffers meer geneigd zouden zijn tot schikken en minder geneigd tot het doordrukken van een (veel duurdere) rechtszaak wanneer ze verontschuldigen zouden krijgen.¹⁹ Auteurs hebben daarom vaak advocaten geadviseerd om verontschuldigen te overwegen, niet alleen omdat op die manier een rechtszaak vermeden kan worden, maar ook omdat zelfs indien een rechtszaak onvermijdelijk blijkt, verontschuldigen de spanning, boosheid en polarisatie tussen partijen kunnen reduceren.²⁰

Hoewel verontschuldigen op het eerste gezicht dus veel voordelen kunnen hebben in de rechtspraak, zien we ook dat overtreders niet altijd bereid zijn deze aan te bieden, dat de waarde ervan door slachtoffers soms a priori overschat wordt en dat ze eenmaal aangeboden niet altijd even succesvol zijn.²¹ Daarom is het nuttig om te weten wanneer verontschuldigen positieve effecten sorteren, wanneer niet en welke factoren de mate van succes bepalen. In wat volgt, schets ik een overzicht van factoren die de effectiviteit van verontschuldigen kunnen beïnvloeden. Waar mogelijk geef ik ook aan of en hoe deze factoren ook van belang zijn in de context van de rechtspraak.

11.3 WELKE FACTOREN BEPALEN HET SUCCES VAN VERONTSCULDIGINGEN?

11.3.1 Componenten

Verschillende auteurs hebben geopperd dat verontschuldigen bepaalde componenten moeten bevatten om succesvol te zijn. Verontschuldigen kunnen bijvoorbeeld alleen een statement bevatten dat op verontschuldigen wijst, zoals 'het spijt me', 'mijn excuses' of 'ik verontschuldig mij'. Ook kunnen verontschuldigen gepaard gaan met een verkla-

van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. deel I, terreinverkenning, Den Haag: WODC 2007; A.J. Akkermans e.a., 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008, p. 778-784.

19 C. Vincent, M. Young en A. Phillips, 'Why do People Sue Doctors – a Study of Patients and Relatives Taking Legal Action', *Lancet* 1994-8913, p. 1609-1613; R. Korobkin en C. Guthrie, 'Psychological barriers to litigation settlement – an experimental approach', *Mich Law Rev* 1994-1, p. 107-192; S.S. Kraman en G. Hamm, 'Risk management: Extreme honesty may be the best policy', *Ann Intern Med* 1999-12, p. 963-967; D.L. Levi, 'The role of apology in mediation', *N Y Univ Law Rev* 1997-5, p. 1165-1210.

20 J.R. Cohen, 'Advising clients to apologize', *South Calif Law Rev* 1999-4, p. 1009-1069; J.K. Robbenolt, 'Apologies and legal settlement: An empirical examination', *Mich Law Rev* 2003-3, p. 460-516.

21 D. de Cremer, M.M. Pillutla en C. Reinders Folmer, 'How important is an apology to you? Forecasting errors in evaluating the value of apologies', *Psychological Science* 2011-1, p. 45-48.

ring over de oorzaak van de transgressie, een voorstel tot compensatie of een belofte om zich te beteren.²²

Hoewel veel auteurs van mening verschillen over de wenselijke samenstelling van verontschuldigen, bestaat er consensus over het feit dat ten minste twee componenten essentieel zijn willen verontschuldigen effectief zijn, namelijk een erkenning van verantwoordelijkheid en een uitdrukking van spijt.²³ Eaton en collega's observeerden bijvoorbeeld dat verontschuldigen die louter 'het spijt me' bevatten een stuk minder effectief zijn dan verontschuldigen die ook expliciet het op zich nemen van de verantwoordelijkheid bevatten.²⁴ Gold en Weiner daarentegen stelden spijt centraal en vonden dat de mate waarin spijt over de daden uitgedrukt wordt ook de mate van vergiffenis bepaalt.²⁵ Evenzo, in een experiment meer specifiek gericht op de strafrechtelijke context, observeerde Rumsey reeds in 1976 dat beklagden in een zaak over rijden onder invloed milder bestraft werden door derden wanneer ze als meer betrouwbaar beschreven werden.²⁶

Ook als we naar de juridische literatuur rond verontschuldigen kijken, kunnen we zien dat het erkennen van verantwoordelijkheid en het uitdrukken van spijt als vereiste criteria voor verontschuldigen gezien worden.²⁷ Jennifer Robbennolt liet proefpersonen bijvoorbeeld hypothetische incidenten van letselschade beoordelen en observeerde in die setting dat verontschuldigen die ook een erkenning van verantwoordelijkheid en een expressie van spijt bevatten, effectiever zijn dan gedeeltelijke verontschuldigen en het uitdrukken van medeleven alleen.²⁸

Succesvolle verontschuldigen zouden dus idealiter zowel een spijtbetuiging als een op zich nemen van de verantwoordelijkheid bevatten. Echter, het feit dat verontschuldigen ook het opnemen van verantwoordelijkheid zouden moeten bevatten, vormt tegelijkertijd een drempel voor overtreders om deze aan te bieden, aangezien deze dan ook als

22 S. Blum-Kulka, J. House en G. Kasper, *Cross-cultural pragmatics: Requests and apologies*, Ablex: Norwood, NJ 1989; E. Olshtain en A. Cohen, 'Apology: A speech act set', in N. Wolfson en E. Judd (red.), *Sociolinguistics and second language acquisition* Rowley, MA: Newbury House 1983, p. 18-35.

23 S.J. Scher en J.M. Darley, 'How effective are the things people say to apologize? Effects of the realization of the apology speech act', *J Psycholinguist Res* 1997-1, p. 127-140; B.W. Darby en B.R. Schlenker, 'Children's reactions to transgressions - Effects of the actor's apology, reputation and remorse', *Br J Soc Psychol* 1989 p. 353-364; B.W. Darby en B.R. Schlenker, 'Children's reactions to apologies', *J Pers Soc Psychol* 1982-4, p. 742-753; J. Eaton, C.W. Struthers en A.G. Santelli, 'The mediating role of perceptual validation in the repentance-forgiveness process', *Person Soc Psychol Bull* 2006-10, p. 1389-1401; V.T. Holeman, *Reconcilable differences: Hope and healing for troubled marriages*, Downers Grove, IL: Intervarsity Press. 2004; Gold en Weiner, 2000; M.H. Gonzales, J.A. Haugen en D.J. Manning, 'Victims as narrative critics - Factors influencing rejoinders and evaluative responses to offenders accounts', *Person Soc Psychol Bull* 1994-6, p. 691-704; Tavuchis 1991.

24 Eaton e.a. 2006.

25 Gold en Weiner 2000.

26 M.G. Rumsey, 'Effects of Defendant Background and Remorse on Sentencing Judgments', *J Appl Soc Psychol* 1976-1, p. 64-68.

27 Shuman 2000; Robbennolt 2003.

28 Robbennolt 2003.

een schuldbekentenis geïnterpreteerd en misschien zelfs als bewijs voor aansprakelijkheid gebruikt zouden kunnen worden. Onderzoek wees bijvoorbeeld uit dat wanneer een beschuldigde zijn spijt betuigt door middel van verontschuldigen, dit inderdaad als een schuldbekentenis kan worden gezien, waardoor in dergelijke gevallen een overtreder beter geen verontschuldigen aan kan bieden, maar beter kan blijven ontkennen.²⁹

Op basis van deze argumenten raden advocaten cliënten vaak af om al te snel hun verontschuldigen aan te bieden. Echter, belangrijk hier is dat deze onderzoeken, uitgevoerd ofwel buiten de juridische context ofwel in een strafrechtelijke context, alle keken naar hoe externe beoordelaars en niet slachtoffers zelf of hun vertegenwoordigers de verontschuldigen evalueren. Zoals reeds beschreven, betekenen verontschuldigen voor *slachtoffers* meer dan een schuldbekentenis alleen. Zo hebben ze ook een therapeutische waarde, geven ze erkenning als slachtoffer en getuigen ze van medeleven. Aangezien onderzoek daarenboven duidelijk heeft uitgewezen dat ook in privaatrechtelijke context verontschuldigen net zo belangrijk kunnen zijn in het vermijden van rechtszaken,³⁰ hebben veel auteurs daarom niet alleen gepleit voor een prominentere rol voor verontschuldigen in het privaatrecht, maar ook voor een juridische bescherming van verontschuldigen in een vroege fase, zodat zij hun positieve effecten kunnen uitoefenen, zonder later gebruikt te kunnen worden om schuld of aansprakelijkheid te bepalen.³¹

11.3.2 Oprechtheid

Naast het feit dat verontschuldigen bepaalde componenten moet bevatten om succesvol te zijn, hebben diverse auteurs aangetoond dat het succes van verontschuldigen staat of valt met de mate waarin ze als oprecht beschouwd worden door het slachtoffer.³² Tom-

29 Zie bijvoorbeeld P. Kim e.a., 'Removing the shadow of suspicion: The effects of apology versus denial for repairing competence- versus integrity-based trust violations', *J Appl Psychol* 2004-1, p. 104-118. Om vergelijkbare redenen hebben auteurs ook geopperd dat verontschuldigen in een strafrechtelijke context enerzijds beklagden kunnen schaden in de beschuldigingsfase, maar hen anderzijds wel kan helpen in de straffase, zie K.E. Niedermeier, I.A. Horowitz en N.L. Kerr, 'Exceptions to the rule: The effects of remorse, status, and gender on decision making', *J Appl Soc Psychol* 2001-3, p. 604-623; A. Jehle, M.K. Miller en M. Kemmelmeier, 'The Influence of Accounts and Remorse on Mock Jurors' Judgments of Offenders', *Law Hum Behav* 2009-5, p. 393-404.

30 Korobkin en Guthrie 1994; Robbennolt 2003; Vincent e.a. 2010.

31 Cohen 1999; E. Latif, 'Apologetic justice: Evaluating apologies tailored toward legal solutions', *Boston Univ Law Rev* 2001-1, p. 289-320; A. Allan, 'Apology in civil law: A psycho-legal perspective', *Psychiatr Psychol Law* 2007-1, p. 5-16.

32 Darby en Schlenker, 1989; E.C. Tomlinson, B.R. Dineen en R.J. Lewicki, 'The road to reconciliation: Antecedents of victim willingness to reconcile following a broken promise', *J Manage* 2004-2, p. 165-187; D.P. Skarlicki, R. Folger en J. Gee, 'When social accounts backfire: The exacerbating effects of a polite message or an apology on reactions to an unfair outcome', *J Appl Soc Psychol* 2004-2, p. 322-341; Y. Ohtsubo en E. Watanabe, 'Do sincere apologies need to be costly? Test of a costly signaling model of apology', *Evol Hum Behav* 2009-2, p. 114-123.

linson en collega's onderzochten bijvoorbeeld in welke mate slachtoffers zich wilden verzoenen na een inbreuk en constateerden dat de gepercipieerde oprechtheid van verontschuldigen de sterkst bepalende factor was (naast factoren als relatiegeschiedenis en timing van de verontschuldigen). Oprechte verontschuldigen zijn beter geschikt om ook daadwerkelijk attributies over de overtreder en zijn intenties te veranderen en op die manier maken ze ook meer kans om aanvaard te worden en vergeving in de hand te werken.

Bij dit belang van oprechtheid dient zich meteen ook een interessante vraag aan naar de waarde die slachtoffers hechten aan verontschuldigen die opgelegd werden door een derde partij. Immers, net zoals een overtreder die vrijwillig compenseert als meer berouwwol gezien wordt dan een overtreder die gedwongen wordt om een schadevergoeding te betalen,³³ zo ook zouden afgedwongen verontschuldigen als minder oprecht gezien kunnen worden en daarom ook minder succesvol zijn.

Daarnaast dient vermeld te worden dat onderzoek heeft uitgewezen dat oprechte spijt en berouw ook niet altijd een voorwaarde hoeven te zijn voor vergeven.³⁴ Zo hechten slachtoffers bijvoorbeeld ook waarde aan hoe zij zelf gepercipieerd worden en willen ze vaak niet overkomen als iemand die niet wil vergeven. Bennett en Dewberry hebben hieromtrent zeer interessant onderzoek verricht.³⁵ Zo toonden zij niet alleen aan dat derden slachtoffers strenger beoordelen wanneer deze oprechte verontschuldigen niet aanvaarden, maar ook wanneer deze *onoprechte* verontschuldigen niet aanvaarden. Daarenboven constateerden zij dat slachtoffers geneigd zijn om ook twijfelachtige verontschuldigen te aanvaarden. Bevindingen van Risen en Gilovich bevestigden deze these: ook zij observeerden dat slachtoffers niet altijd onderscheid maken tussen spontane en afgedwongen verontschuldigen in hun beslissing om verontschuldigen te aanvaarden.³⁶ Dus, waar spontane, oprechte verontschuldigen meer kans zullen maken om aanvaard te worden, hoeft het feit dat verontschuldigen afgedwongen werden ook niet altijd te betekenen dat deze niet aanvaard worden door slachtoffers.

33 Desmet e.a. 2011a.

34 R.D. Enright, S. Freedman en J. Rique, 'The psychology of interpersonal forgiveness', in R.D. Enright en J. North (red.), *Exploring forgiveness*, Madison: The University of Wisconsin Press 1998, p. 46-62; Desmet e.a. 2011a.

35 M. Bennett en C. Dewberry, '“I've said I'm sorry, haven't I?” A study of the identity implications and current restraints that apologies create for their recipients', *Curr Psychol* 1994-1, p. 10-20.

36 J.L. Risen en T. Gilovich, 'Target and observer differences in the acceptance of questionable apologies', *J Pers Soc Psychol* 2007-3, p. 418-433.

11.3.3 Timing van de verontschuldigen

Een andere factor die uit de literatuur naar voren komt en die sterk gelinkt is aan de gepercipieerde oprechtheid van verontschuldigen, is het tijdstip waarop een overtreder tot verontschuldigen overgaat. Wanneer precies een overtreder verontschuldigen aanbiedt kan met name beïnvloeden of ze als oprecht beschouwd worden en of het slachtoffer er genoeg mee neemt. In verband hiermee heeft onderzoek enerzijds aangetoond dat het beter is om verontschuldigen niet te vroeg aan te bieden, zodat slachtoffers eerst hun gevoelens kunnen communiceren en zich begrepen kunnen voelen.³⁷ Anderzijds kan een te lange vertraging in het aanbieden ervan ook het succes ervan in de weg staan.³⁸ De reden hiervoor is dat indien verontschuldigen laat gegeven worden, deze als minder oprecht en eerder als strategisch beschouwd worden.³⁹

Ook in de juridische literatuur wordt aangehaald dat vroege verontschuldigen beter zouden werken dan late.⁴⁰ Een te lang uitstellen van verontschuldigen zou volgens deze auteurs ernstige gevolgen kunnen hebben voor slachtoffers, die *closure* nodig hebben om te herstellen. Hoe langer slachtoffers moeten wachten op verontschuldigen, hoe waarschijnlijker ook dat zij in hun eigenwaarde aangetast worden, het gevoel krijgen gezichtsverlies geleden te hebben en wrok en wraakgevoelens beginnen te koesteren, wat een escalatie van het conflict tot gevolg kan hebben.⁴¹ Interessant genoeg stelt ook Robbennolt niet alleen dat vroege verontschuldigen beter zullen werken, zij geeft ook aan dat als verontschuldigen vroeg genoeg gebeuren slachtoffers deze verontschuldigen nog niet associëren met de bezwarende component van verontschuldigen (i.e. schuldbekentenis), terwijl hun advocaten en externe beoordelaars hiertoe wel eerder geneigd kunnen zijn (zie hierboven).⁴²

37 C.M. Frantz en C. Bennisson, 'Better late than early: The influence of timing on apology effectiveness', *J Exp Soc Psychol* 2005-2, p. 201-207; M.J.A. Wohl en A.L. McGrath, 'The perception of time heals all wounds: Temporal distance affects willingness to forgive following an interpersonal transgression', *Person Soc Psychol Bull* 2007-7, p. 1023-1035.

38 L.N. May en W.H. Jones, 'Does hurt linger? Exploring the nature of hurt feelings over time', *Curr Psychol* 2007-4, p. 245-256; Tomlinson e.a. 2004.

39 Tomlinson e.a. 2004.

40 S.B. Goldberg, E.D. Green en F.E.A. Sander, 'Saying you're sorry', *Negot J -Process Disput Settl* 1987-3, p. 221-224; J. Brown, 'The role of apology in negotiation', *Marquette Law Review* 2004 p. 665-673; Tavuchis 1991.

41 B.R. Brown, 'The effects of need to maintain face on interpersonal bargaining', *Journal of Experimental Social Psychology* 1968, p. 107-122; R.F. Baumeister, J.J. Exline en K.L. Sommer, *The victim role, grudge theory, and two dimensions of forgiveness*, Radnor, PA: Templeton Foundation Press 1998.

42 Robbennolt 2003.

11.3.4 Aanwezigheid compensatie of niet

Gegeven dat een compensatie op zich ook belangrijk kan zijn voor slachtoffers,⁴³ hebben auteurs beargumenteerd dat verontschuldigen beter werken wanneer deze gepaard gaan met het geven van een schadevergoeding.⁴⁴ Schadevergoedingen kunnen namelijk, los van het feit dat ze in beginsel gericht zijn op het herstellen van materiële schade, ook een antwoord bieden op immateriële behoeften en ook relationele bezorgdheid communiceren, zeker als ze vrijwillig aangeboden worden.⁴⁵

Sommige van deze auteurs gaan zelfs zover om te stellen dat een voorstel tot compensatie een noodzakelijke voorwaarde is voor verontschuldigen om als oprecht gezien te worden.⁴⁶ Ohtsubo en Watanabe observeerden dat verontschuldigen vooral als oprecht worden gezien als deze ook kosten impliceren voor de overtreder.⁴⁷ Volgens Bottom en collega's moet wanneer een slachtoffer een tastbaar verlies lijdt door toedoen van de overtreder, dit verlies ook aangepakt worden, omdat anders de verontschuldigen afgedaan kunnen worden als *cheap talk*.⁴⁸ Zij zagen die redenering bevestigd in hun experiment, waaruit bleek dat terwijl enerzijds verontschuldigen alleen al een (beperkt) positief effect hadden, het aanbieden van compensatie bovenop het geven van verontschuldigen positievere reacties teweegbracht bij slachtoffers. Compensaties kunnen dus op twee manieren bijdragen aan de doeltreffendheid van verontschuldigen. Enerzijds maken ze de weg vrij voor verontschuldigen door eerst materiële schade te herstellen, anderzijds kunnen ze de doeltreffendheid van verontschuldigen vergroten doordat ze de overtreder 'wat kosten' en zo tonen dat verontschuldigen oprecht zijn en dat de overtreder wil investeren in herstel.

43 P.T.M. Desmet, D. de Cremer en E. van Dijk, 'In money we trust? The use of financial compensations to repair trust in the aftermath of distributive harm', *Organ Behav Hum Decis Process* 2011b-2, p. 75-86.

44 E. Goffman, 'Interaction ritual: Essays on face-to-face behavior', Garden City, NY: Anchor Books. 1967; A. Lazare, *On apology*, New York: Oxford University Press 2004; E.A. O'Hara en D. Yarn, 'On apology and consilience', *Washington Law Rev* 2002-4, p. 1121-1192; B.R. Schlenker en B.W. Darby, 'The use of apologies in social predicaments', *Soc Psychol Q* 1981-3, p. 271-278; Wagatsuma en Rosett 1986; Witvliet e.a. 2002; W.P. Bottom e.a., 'When talk is not cheap: Substantive penance and expressions of intent in rebuilding cooperation', *Organ Sci* 2002-5, p. 497-513; M. Schmitt e.a., 'Effects of objective and subjective account components on forgiving', *J Soc Psychol* 2004-5, p. 465-485; Scher en Darley 1997; J.S. Zechmeister e.a., 'Don't apologize unless you mean it: A laboratory investigation of forgiveness and retaliation', *J Soc Clin Psychol* 2004-4, p. 532-564.

45 Okimoto 2008.

46 Schmitt e.a. 2004.

47 Ohtsubo en Watanabe 2009.

48 Bottom e.a. 2005.

11.3.5 Relatie tussen slachtoffer en overtreder

Een andere factor die het succes van verontschuldigen kan bepalen, is gelegen in de eigenschappen van de relatie en de interactiegeschiedenis tussen slachtoffer en overtreder. Onderzoek heeft aangetoond dat wanneer een inbreuk plaatsvindt in relaties zonder uitgebreide interactiegeschiedenis, herstel moeizamer verloopt dan in relaties met een langere (positieve) interactiegeschiedenis.⁴⁹ De reden die de auteurs hiervoor aanhaalden, is dat vroege informatie, zeker als ze negatief is, zwaarder weegt en langer onthouden wordt.⁵⁰ Een onmiddellijke inbreuk in een relatie tussen mensen zonder voorgaande interactiegeschiedenis, creëert op die manier een *seed of distrust*, wat ook de doeltreffendheid van herstpogingen in de weg staat. Immers, het ontstane gevoel van wantrouwen kan ook beïnvloeden in welke mate verontschuldigen als oprecht gezien worden. Ook Tomlinson en collega's observeerden dat slachtoffers meer geneigd zijn tot verzoening wanneer zij een langere, positieve interactiegeschiedenis hebben met de overtreder.⁵¹ Verontschuldigen, zo vonden zij, waren doeltreffender wanneer beide partijen een positieve interactiegeschiedenis hadden en de inbreuk een geïsoleerd gebeuren was.⁵²

Hierop verder bordurend is het plausibel te veronderstellen dat oprechte verontschuldigen ook beter zullen werken wanneer slachtoffers een hechte relatie met elkaar hebben. In dergelijke relaties staan namelijk relationele behoeften centraler en inbreuken, zelfs met een materieel verlies als gevolg, tasten dan niet alleen materiële belangen aan. Aangezien verontschuldigen explicieter dan bijvoorbeeld compensaties inspelen op deze relationele aspecten, zouden verontschuldigen in dergelijke gevallen ook belangrijker kunnen zijn voor slachtoffers. Dit is in lijn met Levi die stelt dat 'slachtoffers die meer aandacht hebben voor de relatie ook waarschijnlijk eerder verontschuldigen zullen willen en appreciëren dan slachtoffers die minder waarde hechten aan de interpersoonlijke relatie'.⁵³

11.4 CONCLUSIES

In deze bijdrage heb ik een beknopt overzicht gegeven van wat we vanuit de psychologie weten over verontschuldigen. De focus lag hierbij expliciet op de identificatie van factoren die hun succes bepalen. Een bloemlezing van de literatuur leert ons enerzijds dat er inderdaad een paar factoren zijn die bepalen of verontschuldigen doeltreffend zijn of

49 R.B. Lount Jr. e.a., 'Getting Off on the Wrong Foot: The Timing of a Breach and the Restoration of Trust', *Person Soc Psychol Bull* 2008-12, p. 1601-1612.

50 J.J. Skowronski en D.E. Carlston, 'Negativity and Extremity Biases in Impression-Formation - a Review of Explanations', *Psychol Bull* 1989-1, p. 131-142.

51 Tomlinson e.a. 2004.

52 Tomlinson e.a. 2004.

53 D.L. Levi, 'The role of apology in mediation', *NY Univ Law Rev* 1997-5, p. 1165-1210.

niet. Zo zullen verontschuldigen waarschijnlijk beter werken als ze zowel verantwoordelijkheid aanvaarden als spijt betuigen, als oprecht gezien worden, op een adequaat tijdstip gegeven worden, eventueel met een schadevergoeding gepaard gaan en ook zullen ze in bepaalde relaties beter werken dan in andere. Het is minder duidelijk hoe dergelijke factoren zich vertalen naar het specifieke geval van verontschuldigen in een juridische context. Zo staat het feit dat verontschuldigen voor slachtoffers beter ook een op zich nemen van verantwoordelijkheid bevatten, ogenschijnlijk lijnrecht tegenover de neiging om verontschuldigen in dat geval als het toegeven van verantwoordelijkheid of erkenning van aansprakelijkheid te zien, waardoor ze soms ook minder effectief werken. Evenzo lijkt het feit dat percepties van oprechtheid cruciaal zijn voor verontschuldigen meteen ook het nut van opgelegde verontschuldigen te ondergraven.

Wil dit dan zeggen dat het geven van volledige verontschuldigen of het opleggen ervan weinig nut kan hebben in juridische context? Ondanks de schijnbare tegenstellingen, lijkt de literatuur toch in het voordeel van verontschuldigen te wijzen. Zo is het belangrijk te weten dat slachtoffers kunnen verschillen van derden in hun perceptie en in hun reactie op verontschuldigen. Waar derden bijvoorbeeld eerder negatief kunnen reageren op het toegeven van verantwoordelijkheid,⁵⁴ kunnen slachtoffers hierop toch positief reageren.⁵⁵ Evenzo wijzen bevindingen erop dat slachtoffers opgelegde verontschuldigen eerder zullen aanvaarden dan observatoren.⁵⁶

Verontschuldigen kunnen dus wel degelijk een nuttige rol spelen in een (privaat)rechtelijke context. Tegelijk roepen deze bevindingen een interessante vraag op voor juristen. Bij het verschil tussen slachtoffers en derden in de perceptie van verontschuldigen kunnen we ons namelijk de vraag stellen wat de rol is van advocaten (in bijvoorbeeld schikkingen). Zien zij verontschuldigen op dezelfde manier als slachtoffers of reageren zij hier anders op?

Recent onderzoek van Robbennolt werpt hier een eerste interessant licht op.⁵⁷ Zij onderzocht namelijk de percepties van verontschuldigen bij zowel slachtoffers als hun advocaten in de context van schikkingen. Wat zij observeerde was enerzijds dat zowel advocaten als slachtoffers verontschuldigen positiever percipieerden dan geen verontschuldigen (en meer complete verontschuldigen die ook verantwoordelijkheid opnemen bevatten als positiever dan uitdrukkingen van sympathie alleen). Daarnaast schatten zowel advocaten als hun cliënten hun winstkansen groter in na het verkrijgen van volledige (verantwoordelijkheid opnemende) verontschuldigen. Waarin slachtoffers verschilden van hun advocaten, was hun *reactie* op de verontschuldigen: waar slachtoffers eerder geneigd waren vergiffenis te schenken en minder straf te willen zien voor de

54 Kim e.a. 2004.

55 Robbennolt 2003.

56 Bennett en Dewberry 1994; Risen en Gilovich 2007.

57 J. K. Robbennolt, 'Attorneys, apologies, and settlement negotiation', *Harv Negot. L Rev* 2009-13, p. 349-362.

tegenstander wanneer deze verontschuldigen aanbod, werden advocaten hier niet door beïnvloed. Integendeel, advocaten werden wel beïnvloed door verontschuldigen, in die zin dat zij bij verontschuldigen hogere aspiraties hadden en hogere schattingen van een eerlijke schikking. Dus, waar slachtoffers' reactie op verontschuldigen een eerder verzoenende, vergevende respons inhoudt, lijken hun advocaten meer gevoelig voor het 'bezwarende' element van verontschuldigen (erkenning van verantwoordelijkheid) en lijken zij eerder bereid verontschuldigen daarom ook te zien als bewijslast. Dit patroon wordt des te duidelijker indien we kijken hoe de advocaten van beklaagden reageren op verontschuldigen van hun cliënt. Wat Robbennolt namelijk bij hen observeerde was dat ook zij hun schattingen van de schikking aanpasten onder invloed van verontschuldigen, maar dan alleen wanneer verontschuldigen ook toegelaten werden als bewijslast.⁵⁸

Advocaten en cliënten kunnen dus anders kijken naar verontschuldigen en de vraag voor advocaten in een dispuut betreft dan ook hoe zij het belang van hun cliënten het best dienen. Door de ruimte te laten om verontschuldigen hun helende werking te laten doen, of door het meer instrumenteel als een eerste stap naar een groter (of kleiner) deel van de koek te zien? Rekening houden met de psychologie van verontschuldigen voor overtreders en slachtoffers of enkel rekenen? Hoe dan ook, voor een rechtspraak die meer rekening wil houden met de immateriële behoeften van slachtoffers en overtreders is de waarde van verontschuldigen niet te onderschatten.

58 Robbennolt 2009.

12 CIVILOGIE EN DE VAART DER PRIVAATRECHTELIJKE VOLKEREN

W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit*

SAMENVATTING

Het doel van de slotbijdrage aan deze bundel is lering te trekken uit wat er in de voorgaande hoofdstukken aan bod is gekomen. Dat 'lering trekken' ziet dan op enkele belangrijke en lastige kwesties en discussiepunten die de civilologie oproept, zoals de vraag voor wie die civilologie bedoeld is, of die civilologie alomvattend moet worden gehanteerd, of het hierbij niet gewoon om 'cherry picking' gaat en of er nog ruimte is voor andere dan beleidsmatige overwegingen. Kernvraag is uiteindelijk of de civilologie de nieuwe 'mainstream' is of gaat worden. Wij geven hierna een eerste antwoord op die punten.

12.1 INLEIDING

Het doel van deze bijdrage die de bundel ter gelegenheid van het eerste Civilologiecongres¹ afsluit, is om lering te trekken uit wat er hiervoor aan bod is gekomen. Dat 'lering trekken' ziet dan niet zozeer op specifieke uitkomsten van specifiek onderzoek op een specifiek terrein voor een bepaald deel van het privaatrecht, hoe belangrijk dat onderzoek en die uitkomsten ook zijn (we noemen in dit verband graag de conclusies van de opstellen van Van Dijck, Faure en Hartlief, Tuil en Buskens, en Desmet, elk op hun eigen deelgebied). Het gaat ons hier echter veeleer om de overkoepelende, het gehele terrein bestrijkende lessen die de civilologie – en haar beoefenaren – als jonge onderzoeksmethode met betrekking tot het privaatrecht *in algemene zin* ter harte zouden kunnen of moeten nemen (par. 12.2). Daarbij zijn de al genoemde bijdragen overigens evenzeer van belang als de overige bijdragen die aan dit slot vooraf gaan. Een uitnodiging om met ons de nabije toekomst van de civilologie te verkennen, besluit dit hoofdstuk (par. 12.3).

* Willem van Boom is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Ivo Giesen is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht, en Monika Smit is hoofd van de afdeling Rechtsbestel, Wetgeving en Internationale en vreemdelingenaangelegenheden (RWI) van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Veiligheid en Justitie te Den Haag.

1 Het betreft het eerste Civilologiecongres, dat op 24 juni 2011 werd gehouden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

12.2 LESSEN

12.2.1 *Introductie*

Uit de diverse hiervoor opgenomen bijdragen zijn vele lessen te leren. Niet alleen omdat deze verhelderend zijn, kwesties in perspectief zetten en antwoorden geven, maar misschien wel bovenal omdat er vele indringende en lastige vragen zijn gesteld die nog op een antwoord wachten. Wij voelen ons als organisatoren van het seminar dat aan deze bundel ten grondslag lag en natuurlijk ook als redacteurs van de bundel, uitgedaagd om te proberen om juist die indringende, maar ook inspirerende vragen te bespreken. In de hierna volgende paragrafen (par. 12.2.2-12.2.10) zullen wij steeds een vraag bij de kop pakken en daarop een antwoord formuleren dat als een les voor de civiloloog zou kunnen dienen. Die vragen zijn in eerste instantie gebaseerd op en geïnspireerd door enkele van de algemene vragen die Hartlief in (het slot van) zijn bijdrage heeft aangeroerd, en vervolgens aangevuld met vragen die anderszins gerezen zijn in het kader van het civilologiecongres dat het aanknopingspunt vormde voor deze bundel. Bij onze antwoorden proberen wij steeds de verschillende bijdragen aan deze bundel te betrekken. In paragrafen 2.9 en 2.10 volgen twee vragen die specifiek en direct raken aan de toekomst van de civilologie: hoe groot gaat of wil deze stroming (is het dat eigenlijk al?) worden, en wat is dat in wezen, die ‘civilologie’?

Daarbij nemen we de ook in het inleidende hoofdstuk al genoemde omschrijving van de civilologie van Van Boom, Giesen en Verheij² als uitgangspunt. Civilologie is volgens hen:

‘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’.

12.2.2 *Ieder voor zich of de civilologie voor ons allen?*

Hartlief stelt in zijn bijdrage dat het bij de civilologie gaat om een nieuwe discipline (een stelling die Croes en Leeuw overigens trachten te weerleggen, zie par. 2.10) waaraan vooralsnog slechts enkelen hun krachten wijden. De vraag die hij ons voorhoudt, is vervolgens of het bij die enkelingen zal blijven of dat wij ‘het’ (lees: civilologie bedrijven) allemaal (moeten) gaan doen.

2 W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, ‘Inleiding’, in Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 20.

In antwoord daarop stellen wij vooreerst vast dat Hartlief terecht over ‘enkelen’ spreekt als hij het over de huidige stand van zaken heeft. De Nederlandse civilologie is wat dat betreft een minder breed beoefende tak van wetenschap dan het geval is in sommige andere landen.³ Dit blijkt alleen al uit meerdere bijdragen in deze bundel, waarbij wij in het bijzonder wijzen op het onderzoek dat besproken wordt door Akkermans, Faure en Hartlief, Tuil en Buskens, en Croes en Leeuw.

Toch is het niet nodig om al te negatief of pessimistisch te zijn. Civilologie bestaat niet alleen als term al enige tijd (vgl. Croes en Leeuw), maar ook afgezien van de gebruikte labels wordt empirisch onderzoek naar privaatrechtelijke fenomenen natuurlijk al jarenlang en onder verschillende noemers gedaan. Dat blijkt evenzeer uit de diverse bijdragen, maar bijvoorbeeld ook uit het bestaan van en vooral de taakinvulling bij het WODC.⁴ Er vindt dus sinds jaar en dag empirisch onderzoek – de vormen en diepgang verschillen uiteraard – plaats naar privaatrechtelijke verhoudingen,⁵ zij het in beperkte mate. Die kwantitatieve ‘schaarste’ laat echter onverlet dat er ook nu al prachtige voorbeelden van dit type onderzoek bestaan, zoals de RCT’s (*Randomized Controlled Trials*), het neusje van de zalm binnen de empirische wetenschappen, waar Akkermans over rapporteert, en het (inmiddels uitgevoerde) experiment van Tuil en Buskens. Wij mogen dus ook best een beetje trots zijn; dat men elders meer en indringender bezig is, is geen reden voor treurnis. Het biedt de gelegenheid om hier te leren van de ontwikkelingen en het debat aldaar. Bovendien moeten wij misschien ook wel een beetje geduld hebben. De elders inmiddels bloeiende interdisciplinaire samenwerking tussen juristen en politicologen op het gebied van het internationale recht heeft ook tijd nodig gehad om zich te ontwikkelen, zo lieten Slaughter, Tulumello en Wood⁶ ons zien.

Gegeven de achterstand en de kansen die daarin ook schuilen, mogen wij er dan van uitgaan dat de enkelingen van nu gewoon de eerste schapen zijn die over de dam zijn gegaan, zodat, met andere woorden, de rest wel snel zal volgen? Wij zijn voorzichtig; wij verwachten geen snelle opmars van civilologisch onderzoek. Vanuit civielrechtelijk

3 Zoals, binnen Europa, het Verenigd Koninkrijk. Daarbij dient te worden aangetekend dat men in het Verenigd Koninkrijk in dit opzicht bijvoorbeeld weer een achterstand voelt ten opzichte van de Verenigde Staten van Amerika. Er is daar vooral onderzoeksbudget voor onderzoek op criminologisch en strafrechtelijk terrein en nauwelijks voor civielrechtelijke onderwerpen, zie de Special 21st anniversary session Socio-legal newsletter (2011), 54, p. 4-5 (een verslag van een bijeenkomst naar aanleiding van het 21-jarig bestaan van de *Social-Legal Studies Association*). Zie ook Genn, Partington en Wheeler 2006.

4 Hoewel – zoals Veerman terecht constateert – het WODC nog relatief weinig privaatrechtelijk empirisch onderzoek doet of uitzet.

5 Een ‘civilografie’ voor het Nederlandstalige domein ontbreekt op dit moment nog. Een eerste inventarisatie zou bijv. kunnen betreffen het werk dat in de jaren zeventig en tachtig in Rotterdam werd gedaan, zoals bijv. P.J. van Koppen en J. ten Kate, ‘Individual Differences in Judicial Behavior: Personal Characteristics and Private Law Decision-Making’, *Law & Soc. Rev.* 1984, vol. 18, 2, p. 225 e.v.

6 A.-M. Slaughter, A.S. Tulumello en S. Wood, ‘International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship’, *The American Journal of International Law* 1998, vol. 92, 3, p. 367-397.

gespecialiseerde juristen bezien, is er een gapend gat tussen wat zij kunnen en wat empirisch onderzoek nodig heeft. Juristen worden opgeleid, zo denken wij de Nederlandse rechtenopleidingen te kunnen kenschetsen, in een maatschappijbetrokken hermeneutisch-epistemologische traditie gebaseerd op taligheid, logica, retorica en parate kennis. Sommige opleidingen zullen ook nog nadruk leggen op economische, filosofische of beleidsgerichte aspecten van het recht. Maar wij vinden (nog) nergens in de rechtenopleiding werkelijk serieuze aandacht voor methoden en technieken van empirisch onderzoek. Voor de klassieke beroepsopleiding tot togaberoepen zou dergelijke bagage vermoedelijk ook het eerste onderdeel zijn dat zou sneuvelen bij elke voorgenomen curriculumherziening. Maar daarmee zijn wij, als vanzelf, bij de volgende prangende vraag beland, die naar de status van het civilologisch onderwijs.

Alvorens wij daarop echter nader ingaan, eerst nog dit. Voor de huidige generatie juridische academici is er nog een andere reden om te verwachten dat de civilologie niet direct een stormloop zal ontketen. De outputnormering van juridisch onderzoek is in een aantal, misschien wel de meeste faculteiten kwantitatief van aard, waarbij als rolmodel geldt de individuele auteur die de vruchten van zijn juridische denkkraft met enige vaart aan het papier toevertrouwt, en waarbij de Nederlandstalige juridische bladen een doorloopsnelheid hebben (van manuscript tot publicatie) van – zo schatten wij – maximaal zes maanden. Dat resulteert gemiddeld in normen van twee of drie wetenschappelijke publicaties per jaar, afhankelijk van de omvang van iemands aanstelling. Dergelijke normen, die niet steeds eisen dat in het Engels en/of *double blind peer reviewed* wordt gepubliceerd, stimuleren echter niet om uitgebreid empirisch onderzoek te gaan doen, zeker niet als de onderzoeker denkt aan een internationaal *peer reviewed* tijdschrift als publicatieplatform. De academische omgeving is dus momenteel niet van dien aard dat een snelle groei van empirisch onderzoek te verwachten valt. Dat zou anders worden als alle rechtenfaculteiten vandaag nog zouden kiezen voor een andere outputnormering, maar zij lijken, ook op dit punt, niet makkelijk op één lijn te krijgen.

Gelukkig hoeft ook niet iedereen ‘aan de civilologie te gaan’. Die civilologie, zoals wij hierna in paragraaf 2.9 nog zullen onderstrepen, voedt idealiter de dogmatische privaatrechtsbeoefening en omgekeerd. Het gaat er niet om het recht in de rechtszaal te verdringen door wetenschappelijke afwegingen, maar om vanuit het juridische een manier te vinden om niet-juridische aspecten mee te nemen in de besluitvorming.⁷ De civilologie beoogt dus niet de nieuwe mainstream te worden; het komt niet in de plaats van het ‘traditionele’ of gebruikelijke juridische, privaatrechtelijke onderzoek. Naast de goede civiloloog van nu en straks staat ook nog altijd een goede civilist.

⁷ Zie ook A. Hol en E. Mak, ‘Van legaliteit naar pragmatisme. Over rechterlijke rede, emotie en intuïtie’, in Hoe rechters denken: wat Posner ons leert, *Rechtstreeks* 2010, 4, p. 23-39.

12.2.3 *Civilologisch onderwijs?*

De civilologische ‘vaart der volkeren’ wordt mede bepaald, zo bleek zojuist, door wat het juridische onderwijs (straks) te bieden heeft. Als het onderwijs aan rechtenfaculteiten in de toekomst wel (betere) ondersteuning aan de empirische bestudering van het privaatrecht zou willen gaan bieden, roept dat de vraag op – zie de bijdrage van Hartlief – welke consequenties dat voor het onderwijs zal hebben. Naarmate de civilologie belangrijker wordt in het onderzoek, ligt het minder voor de hand om het onderwijs ongemoeid te laten. Maar, zo vraagt Hartlief zich vervolgens af, kunnen wij dan volstaan met een ‘relativerend vakje’ dat het privaatrecht in een breder perspectief plaatst in de masterfase of moet juist van meet af aan aandacht worden besteed aan de werking van het privaatrecht? Kunnen wij het ons veroorloven onze studenten pas vlak voor het verlaten van de poort zicht te geven op het recht der werkelijkheid? De vraag stellen is haar ontkennend beantwoorden, lijkt ons. Maar wij zouden al heel tevreden zijn als wij vandaag konden vaststellen dat alle privaatrechtelijke opleidingen dat ‘relativerende mastervakje’ zouden aanbieden... Voor de toekomst lijkt het ons van belang om in een vroeg stadium binnen de rechtenopleiding serieuze aandacht te besteden aan methoden en technieken van sociaalwetenschappelijk onderzoek en om juristen te leren om te gaan met de uitkomsten van dergelijk onderzoek, zodat zij een basaal gevoel ontwikkelen van wat andere disciplines kunnen betekenen voor het (privaat)recht. Dat wil echter niet zeggen dat iedere jurist tot in de finesses geschoold hoeft te worden in de onderzoeksmethodologie en (bijvoorbeeld) de multivariate analyse-technieken. Akkermans laat zien dat dat niet alleen erg ver gaat,⁸ maar ook dat het niet nodig is wanneer er samenwerking wordt gezocht tussen juristen en sociale wetenschappers.

Het ontbreekt ons dus momenteel aan een onderwijstraditie in het doen van empirisch onderzoek, zodat het eens te meer, zie al paragraaf 2.2, onwaarschijnlijk is dat empirisch onderzoek een snelle groei zal doormaken. Civilisten zijn niet geschoold in het methodologisch doorgronden van sociaalwetenschappelijk onderzoek en dus is het verwerken van inzichten uit bijvoorbeeld psychologie in een verder klassiek-juridisch artikel voor een juridisch vakblad op zich al niet eenvoudig en dus niet zonder risico’s.⁹

8 Rachlinski (‘Evidence-based law’, *Cornell Law Review* 2011, vol. 96, 4, p. 901-923), betoogt overigens dat het doen van empirisch onderzoek door internet en desktopcomputer veel simpeler is geworden, onder meer omdat wij ons niet hoeven te verdiepen in de werking van complexe statistische analysepakketten. Daarbij gaat hij echter voorbij aan de kern van de zaak: het was en is nog steeds zaak te weten welke analyses je bij welke data onder welke omstandigheden waarvoor kunt gebruiken. In die zin leiden de ‘lagere gebruiksdrempels’ tot serieuze risico’s op verkeerd gebruik. Dat gevaar is latent aanwezig bij Nederlandse academische sociaalwetenschappelijke opleidingen, wanneer vooral veel aandacht is voor ‘welke knoppen ingedrukt moeten worden in SPSS’ in plaats van voor de achtergrond van de analyses.

9 Daarmee willen wij zeker niet suggereren dat het verwerken van inzichten van elders niet zou kunnen (en moeten) geschieden. Wel is daarmee gezegd dat het ‘pionieren’ blijft, en dus oppassen. Het helpt overigens de jurist al een heel eind op weg wanneer deze zijn onderzoek voorlegt aan een ‘loog’ of ‘-noom’ om te checken of hij (i.e. de jurist) het goed gezien heeft.

12.2.4 *Fragmentarisch of all the way?*

Gaan wij 'het' – te weten: civilologisch onderzoek – vanaf nu over de gehele linie doen of pakken wij het meer fragmentarisch aan door bijvoorbeeld alleen op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht met de civilologische benadering aan de slag te gaan? Dat was een volgende pregnante vraag die Hartlief zijn gehoor en ons voorhield. In zekere zin is dat ook een voor de hand liggende vraag als men bedenkt dat in het Amerikaanse recht, althans volgens Monahan en Walker, de sociale wetenschappen voornamelijk worden toegepast om geschillen op het terrein van aansprakelijkheidsrecht te beslechten.¹⁰ De vraag is betrekkelijk eenvoudig te beantwoorden. Uitvoering geven aan dat antwoord, zal wellicht lastiger blijken.

Voor zover wij er iets over te zeggen hebben, zal er van een fragmentarische aanpak geen sprake zijn. De civilologie ziet op het privaatrecht als geheel, inclusief het burgerlijk procesrecht, de privaatrechtelijke rechtspleging en de wetgeving op dat terrein. Als het ons alleen om het aansprakelijkheidsrecht te doen was, dan was al wel eerder de term 'aansprakelijkologie', 'aansprakologie' of 'liabilologie' gemunt. De reden daarvoor is simpel. Wat wij willen met de civilologie is immers om bij de bestudering van het civiele recht niet vanuit zuiver juridisch perspectief tot de analyse te komen, maar om dat te doen vanuit of met gebruikmaking van inzichten uit sociaalwetenschappelijke disciplines zoals economie, psychologie en sociologie. Dat geldt niet alleen voor het aansprakelijkheidsrecht maar ook voor het ondernemingsrecht, het goederenrecht, het familie- en erfrecht enz. Die verschillende niet-juridische disciplines in onderlinge samenhang aanschouwen wanneer wij het privaatrecht onderzoeken, kan, zo menen wij, onze kennis vergroten van de gedragsassumpties waar het gehele privaatrecht zich van bedient. Die brede benadering zal de effecten die dat privaatrecht heeft op het gedrag van individuen en organisaties en de betekenis die deze assumpties en effecten hebben voor privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en regeltoepassing, kunnen verhelderen.

Als gezegd, dat antwoord is helder en in wezen eenvoudig te geven, maar is de uitvoering van dat streven ook zo gemakkelijk? Helemaal niet. Waarschijnlijk zal de relatieve buitenstaander de civilologie in eerste instantie koppelen aan het aansprakelijkheidsrecht, bijvoorbeeld omdat er op dat terrein al de nodige activiteit is ontplooid. Zo is de link tussen civilologie en het aansprakelijkheidsrecht snel gelegd. Het eerste Nederlandstalige civilologische handboek, *Gedrag en Privaatrecht* (2008), heeft echter meteen al laten zien dat de stroming een breder bereik heeft dan aansprakelijkheid alleen. Alleen kon toen nog niet de volle breedte van het privaatrecht bestreken worden. Zo ontbraken het familierecht, het erfrecht en het intellectuele eigendomsrecht en was het goederen- en insolventierecht

¹⁰ J. Monahan en L. Walker, 'Twenty-five years of social science in law', *Law Hum Behav.* 2011, 35, p. 72-82, naar aanleiding van het verschijnen van de zevende editie van *Social science in law*.

magertjes bedeed. In de momenteel in voorbereiding genomen tweede druk van dat boek wordt daaraan echter gewerkt.

Ook het civilologiecongres liet zien dat de civilologie breder is dan alleen het aansprakelijkheidsrecht. Van Dijck besprak tijdens zijn workshop het verdelingsmechanisme binnen het faillissementsrecht, terwijl de civiele rechtspleging centraal stond in de bijdragen van Faure en Hartlief (over de rol van beloningen voor rechtshulpverleners), Tuil en Buskens (over proceskostenveroordelingen) en Ter Voert (over geschilbeslechting). Daarmee is overigens niet alles gezegd, want mede naar aanleiding van voornoemd congres is het voornemen geuit door enkele aanwezigen uit de familierecht- en sociologie-hoek om op familierechtelijk terrein nader samen te gaan werken. De bijdrage van Schrama aan deze bundel preludeert daar al op en Ter Voert noemt een aantal vragen rond kinderalimentatie die alleen beantwoord kunnen worden door systematisch empirisch, dus civilologisch onderzoek op familierechtelijk terrein. Zo gezien was op het congres eerder dat laatste terrein oververtegenwoordigd dan het aansprakelijkheidsrecht dat figureerde in de bijdragen van Akkermans en van Hartlief.

‘Fragmentarisatie’ is ook in een ander opzicht een obstakel voor de verdere opkomst en bloei van de civilologie. De onderzoekers aan Nederlandse rechtenfaculteiten die zich met de empirische bestudering van het privaatrecht willen bezighouden, lopen tegen de volgende, aan fragmentarisatie verbonden problemen aan: te weinig expertise, beperkte middelen en het ontbreken van massa. Deze problemen hangen sterk met elkaar samen: als er weinig massa is, komen de middelen niet snel los. En als de middelen beperkt blijven, komt het onderzoek niet van de grond en blijft de expertise beperkt.

Om fragmentarisatie van onderzoek te voorkomen, zou samenwerking voor de hand liggen. Er bestaan echter (te) weinig prikkels voor onderzoekers van verschillende faculteiten om de handen ineen te slaan en spontaan tot samenwerking te komen. Toch is samenwerking tussen rechtenfaculteiten, maar zeker ook binnen de eigen instelling met bijvoorbeeld criminologen, essentieel als wij meer massa, expertise en uiteindelijk middelen willen verkrijgen. Een concreet voorstel kan zijn om te gaan samenwerken op het punt van het opleiden van de volgende generatie civilologen.

12.2.5 *Civilologische multi- en interdisciplinariteit: ‘evidence based’ recht?*

Het voorkomen en wegwerken van de hiervoor beschreven gefragmentariseerde aanpak heeft nog een ander belangrijk voordeel: het kan de vanuit het juridische veld ingezette inter- of multidisciplinariteit op een belangrijk hoger niveau brengen dan nu het geval is. De daarmee gepaard gaande vergroting van kennis en kunde stelt juristen vervolgens beter in staat om het empirisch werk van anderen te beoordelen. Zo kan een dialoog gaan plaatsvinden die nu nog ontbreekt. Op dit moment is het immers niet eenvoudig om valse

en échte profeten van de empirie te onderscheiden en om kritiek op juristerij op juiste waarde te schatten. Neem bijvoorbeeld de kritiek vanuit de rechtspsychologie op het strafrechtelijk bedrijf. Veel daarvan lijkt wetenschappelijk verantwoorde kritiek te zijn,¹¹ maar zelden wordt constructief meegedacht over hoe het beter kan.

Dat leidt tot een ongewenste dynamiek. Juristen schieten in het defensief. En dan verzandt het debat al snel in een loopgravenoorlog met verwijten van irrelevante wetenschappelijkheid en te beperkt juridisch inzicht van sociale wetenschappers versus methodologische inferioriteit van het juridisch 'houtje-touwtje'-werk. Juristen wijzen er vervolgens graag op – en niet geheel ten onrechte – dat de juridische praktijk van de rechter geen wetenschappelijke praktijk is. Neem bijvoorbeeld de filterfunctie van stelplicht en bewijslastverdeling in het privaatrecht: die maken dat het civielrechtelijke proces kan uitmonden in juridische oordelen over feiten die zich niet hebben voorgedaan en causale verbanden die niet bestaan. Zoals voor het strafrecht geldt dat onschuldigen kunnen worden veroordeeld en schuldigen vrijgesproken. Dat kan men onwetenschappelijk noemen, maar daarmee miskent de empiricus – in elk geval voor het privaatrecht – dat het procesrecht er kennelijk niet alleen is om 'de' waarheid boven tafel te krijgen, maar ook om tegen minimale (of: aanvaardbare) kosten een (liefst bevredigende) maatschappelijke oplossing te vinden (door bijvoorbeeld toedeling of verdeling van pijn en ongenoegen).

Toch is deze benadering voor wetenschappelijk georiënteerde sociale wetenschappers onbevredigend. Een huisarts zal namelijk ook niet beweren dat zijn praktijk wetenschappelijk is, maar hij baseert zich in de regel wél op de nieuwste inzichten die de medische wetenschap genereert. Zijn praktijk is dus in grote lijnen ook *evidence based*. En waarom zou dat vereiste niet voor de rechter (kunnen of moeten) gelden? Daar zit wat in.¹² Voor civilisten zou dan bijvoorbeeld de opdracht kunnen zijn dat onderzocht wordt – voor zover

11 Hoewel het maken van rekenfouten bij serieuze beweringen over valse veroordelingen natuurlijk niet bijdraagt aan de acceptatie van uitkomsten van dergelijke betogen. Zie de reactie van D.J.C. Aben, *RM Themis* 2011/2, op een artikel van E.G.C. Rassin (*RM Themis* 2010/5-6).

12 Alhoewel juristen natuurlijk flauw kunnen zijn door erop te wijzen dat de overheidsbudgetten voor medisch wetenschappelijk onderzoek vele malen groter zijn dan die voor juridisch-empirisch onderzoek, zeker wanneer dat het privaatrecht betreft; maar wellicht verandert die verhouding nog eens. Een andere tegenwerping zou kunnen zijn dat de manier waarop behandelprotocollen kunnen worden aangepast aan de nieuwste inzichten, vermoedelijk flexibeler is dan de manier waarop de wetgever – die per definitie achter de feiten aanloopt – regels uitvaardigt. Een volwaardig legislatief equivalent van medisch-wetenschappelijke experimenten ontbreekt, en de praktijk van *ex post* evaluatie van wetgeving is vooralsnog onderontwikkeld. Een laatste mogelijke tegenwerping van juristenzijde is deze: daar waar empirici zich baseren op Amerikaans onderzoek over Amerikaans strafrecht, dienen zij zich beter rekenschap te geven van het feit dat het Amerikaans strafrecht afwijkt van het Nederlandse. Een systeem dat veroordeling mogelijk maakt op basis van slechts een bekende verklaring, werkt mogelijk anders dan een systeem waarin meer bewijsmiddelen nodig zijn. Hetzelfde geldt voor civilologisch onderzoek: Amerikaanse artsen die zeggen bang te zijn voor aansprakelijkheidsclaims en hun gedrag daardoor te laten beïnvloeden, zijn geen Nederlandse artsen in een Nederlandse systeem van gezondheidszorg. Het transponeren van onderzoeksresultaten uit het ene land naar het andere is dus niet zonder meer en altijd mogelijk.

dat mogelijk is – welke regels van stelplicht, bewijslast, enz., optimaal bijdragen aan het boven tafel krijgen van de echte feiten en de werkelijke causale verbanden.¹³

Maar voor de sociale wetenschappers die willen meewerken aan een rechtvaardiger privaatrecht is er ook een opdracht. In het strafrecht hebben rechtspsychologen vooral aandacht voor wat er fout gaat en waarom het fout gaat. Die fase is belangrijk, ook voor civilologen, maar zouden wij liefst overslaan. De opdracht moet dus ruimer zijn dan vanaf de zijlijn voornamelijk iets roepen over onwetenschappelijkheid. Die taak kan zijn om te bouwen aan *evidence based* privaatrecht door te werken aan betere methoden om feiten vast te stellen en om causaal-verbandvragen te benaderen. Dat ook de civielrechtelijke procedure tot ‘valse veroordelingen’ leidt – en ‘valse vrijspraken’ – nemen wij direct aan. Wat wij niet weten, is hoe vaak dat voorkomt in het privaatrecht, of het heel erg is dat dit (soms?) gebeurt en of het beter kan tegen kosten die nog aanvaardbaar zijn. Het zijn die vragen die civilisten en civilologen moeten samenbinden.

12.2.6 *Bottom up of top down interdisciplinariteit?*

Inter- of multidisciplinariteit of hoe wij de binding, de communicatie en samenwerking tussen verschillende disciplines ook willen noemen, wordt over het algemeen gezien als positief, als nastrevenswaardig, interdisciplinair onderzoek als iets dat meerwaarde heeft boven monodisciplinair onderzoek. Wij onderschrijven dat, zonder monodisciplinair onderzoek daarmee als ‘minder’ in welke vorm dan ook of zelfs ‘overbodig’ te willen bestempelen. Daarbij dient ook nogmaals gezegd te worden dat multidisciplinariteit niet gemakkelijk is. Akkermans en Schrama noemen in hun bijdragen diverse barrières, maar de overige bijdragen laten hetzelfde beeld zien, hoewel wellicht meer impliciet.

Interdisciplinariteit werd, zoals Croes en Leeuw laten zien, in de jaren zeventig van bovenaf aan de wetenschap opgelegd. Dat geldt ook voor de Verenigde Staten. Jacobs en Frickel¹⁴ geven aan dat het promoten van interdisciplinair onderzoek daar een algemeen verschijnsel is, vooral ingegeven door het management van universiteiten (van bovenaf dus), maar wel breed gedragen vanuit de overtuiging dat interdisciplinaire kennis beter is dan monodisciplinaire kennis. Disciplines en beleidsbepalers die dergelijke kennis in stand houden, vormen vanuit die opvatting barrières tegen interdisciplinair onderzoek en efficiënte kennisproductie. Toch is het (ook) voor deze auteurs de vraag of de onderliggende assumpties kloppen. Zij laten, refererend aan bibliometrisch onderzoek, ten eerste zien dat het beeld van geïsoleerde disciplines wellicht niet klopt: er is eerder sprake van een

13 Optimaal zou hier dan kunnen betekenen het maximaliseren van de epistemologie van het privaatrecht tegen minimale kosten (in termen van tijd, geld, belasting).

14 J.A. Jacobs en S. Frickel, ‘Interdisciplinarity: a critical assessment’, *Annual review of sociology*, 2009, 9, p. 43-65.

academisch netwerk. Ten tweede is er volgens hen nog erg weinig empirisch onderzoek gedaan naar de effectiviteit van interdisciplinair onderzoek. Dat is naar onze mening geen reden om het te laten, maar wel voldoende reden om kritisch te blijven bezien wat die opbrengt en om monodisciplinariteit niet meteen af te schrijven. De vraag of interdisciplinariteit op civielrechtelijk terrein, in de ruimste zin van het woord, meerwaarde heeft, en zo ja welke, moeten wij dus blijven stellen.

12.2.7 ‘Cherry picking’ of een methodisch onderbouwde aanpak?

De breedte die in de civilologische benadering ingebakken zit – zie de omschrijving in paragraaf 2.1 hiervoor – dwingt tot keuzes, want één persoon of onderzoeksgroep kan niet steeds alle kanten van de te onderzoeken medaille (laten) zien. De civilologie biedt weliswaar de ruimte om sociologische, psychologische, politicologische, economische en vele andere mogelijke inzichten te verzamelen, te analyseren en toe te passen op (in de zin van: te gebruiken in) het privaatrecht, maar alles tegelijk doen is voor niemand weggelegd.¹⁵ Deze breedte qua mogelijkheden roept daarmee minimaal twee prangende vragen op.

Ten eerste de vraag of wij als civilisten dit ook allemaal kúnnen? Kan de onderzoeker nu eens een psychologische onderzoekslijn hanteren en benutten, dan weer een sociologische en vervolgens een economische? Misschien wel, maar waarschijnlijk niet. Dat betekent dat de civilist/civiloloog een zekere mate van specialisatie (wij prefereren die terminologie boven die van *cherry picking*...) zal willen bereiken in die zin dat, mede afhankelijk van het te bestuderen thema, onderzoeker A vooral economische aspecten meeweegt in zijn of haar onderzoek en onderzoeker B vooral bestuurswetenschappelijk actief is, enz. Wellicht dat in een onderzoeksgroep diverse variaties bijeen gebracht kunnen worden en er een ‘totaalplaatje’ kan ontstaan, maar ook dat zal lastig te bereiken zijn en is nu in elk geval nog een utopie, zeker in Nederland.

De tweede vraag stelt het probleem aan de orde – zoals Hartlief dat deed – van ‘het kind in de snoepwinkel’. De brede mogelijkheden en de vele keuzes, leiden tot een vorm van overdaad, en dus onzekerheid over welke invalshoek gekozen moet worden. Het leidt er tevens toe dat het, als er al gekozen is, moeilijk te beoordelen is wat uit andere disciplines wel en niet waardevol is, wat daar de *state of the art* is. Daar komt bij dat ook sociale wetenschappers, zelfs als ze gebruik maken van dezelfde databronnen, soms tot verschillende conclusies komen.¹⁶

¹⁵ Zie ook Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 20 en p. 34-42. Civilologie omvat dus bijvoorbeeld ook *Empirical Legal Scholarship*, aldus I. Giesen, ‘Recht en... Psychologie: over de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben’, *WPNR* 6912 (2011), p. 1074.

¹⁶ Rachlinski 2011.

In wezen zijn hiermee twee gescheiden problemen aangeroerd. Dat er veel is, en dat het moeilijk kiezen is, het eerste aspect ervan, erkennen wij volmondig, maar daarin ligt juist ook de mogelijke winst en dus, om die lelijke, uitgeholde frase toch nog maar eens te gebruiken, de uitdaging. Er is nog zoveel meer te ontdekken en mee te nemen bij onze juridische afwegingen! Die kansen mogen wij niet laten lopen. Keuzes maken is dan het devies, en als civiloloog lichtelijk specialiseren in een ander gebied, zoals net beschreven. Daarmee mist de individuele civiloloog weliswaar veel terreinen die ook interessant zijn, maar wat hij of zij wel doet, brengt het geheel weer een stukje verder, biedt weer enig extra inzicht in de werkelijkheid die het privaatrecht probeert aan en bij te sturen.

Dat het lastig is te beoordelen wat waardevol en nuttig is, het tweede aspect, is wat ons betreft geen reden om te besluiten (of dat nu in wetgeving is of in rechtspraak) om dan maar alleen uit jurisprudentie, eigen ervaring en *common sense* te putten. Daarmee blijven kansen liggen. De state of the art bepalen is altijd lastig, ook als het gaat om een strikt juridisch onderzoek. Ook dan moet de onderzoeker bepalen wie wat geschreven heeft, wie daarbij enige autoriteit kan doen gelden, welke rechtspraak van welke rechter richtinggevend is, welke argumenten bepalend zijn, enz. Denk maar terug aan die momenten dat als student de eerste stappen gezet werden richting wat dan een scriptie zou gaan worden; denk aan het vele aftasten, proeven, proberen, testen en verwerpen. Dat gaat ons civilisten inmiddels makkelijker af omdat wij daarin getraind zijn, maar in de kern is de moeilijkheid bij civilologisch onderzoek dezelfde als die welke de jonge jurist-onderzoeker treft. Ook op dat vlak is training wezenlijk. Na verloop van tijd wordt het dan eenvoudiger te beoordelen welke *journals* echt meetellen en welke niet, welke namen steeds weer geciteerd worden, welke artikelen blijkbaar als klassiekers gelden, enz. Net als bij die scriptie vroeger, kan enige begeleiding daarbij echter niet gemist worden en dus is het goed een adviseur (en dan graag een topper, zoals Akkermans terecht aangeeft) uit het betreffende vakgebied te kunnen raadplegen en te laten meelesen.

Wat hierbij ook helpt, en dus extreem belangrijk is, is dat binnen verschillende disciplines zogenaamde *systematic reviews* en research syntheses worden gemaakt (zie ook de bijdrage van Croes en Leeuw en die van Akkermans). Het gaat dan om het op systematische wijze verzamelen van publicaties en de resultaten daaruit (op verantwoorde wijze) samenvatten.¹⁷ Zo kan vrij snel en op betrouwbare wijze inzicht worden verkregen op een bepaald terrein.

17 Zoals op verschillende terreinen bijvoorbeeld gestimuleerd en gefaciliteerd wordt door de *Campbell Collaboration* en de *Cochrane Collaboration*. De *Campbell Collaboration* is een internationaal netwerk van onderzoekers die *systematic reviews* maken over de effecten van sociale interventies op het gebied van onderwijs, welzijn en criminaliteit. Het bevordert op die manier goedgeinformeerde besluitvorming (zie <www.campbellcollaboration.org>). De *Cochrane Collaboration* doet hetzelfde op het gebied van gezondheidszorg (zie <www.cochrane.org>). Overzichtsartikelen in de belangrijke *journals* waarin de kennis die in het verleden over een bepaald fenomeen is verkregen, bijelkaar gezet wordt, kunnen eveneens een rol spelen. Bijv.: als een jurist meer wil weten over de *confirmation bias* is de bijdrage van R.S. Nickerson,

Als wij van het onderzoek naar de rechtspraktijk overstappen, blijft overigens de vraag interessant tot wiens verantwoordelijkheid het behoort dat dergelijke informatie deugdelijk wordt ingebracht, bijvoorbeeld in een rechtszaak. Bekend is dat met betrekking tot het gebruik van neurobiologische informatie in rechtszaken auteurs daarover van mening verschillen. Sommige auteurs vinden (de interpretatie van) bijvoorbeeld MRI-scans te specialistisch – met alle gevaar van misverstanden en zelfs misbruik van dien – om die in gerechtelijke procedures op te voeren, maar anderen pleiten voor het gebruik ervan met uitgebreide begeleidende voorlichting en educatie.¹⁸

In de Verenigde Staten is in dit verband een belangrijke stap gezet met de zogenaamde Daubert-uitspraak uit 1993,¹⁹ waarin bepaald is dat federale rechters niet kunnen volstaan met het bepalen van de mate van consensus op een bepaald terrein, maar zelf als *gatekeepers* verantwoordelijk zijn voor de validiteit van onderzoeksmethoden en analyses behorend bij door deskundigen ingebrachte (wetenschappelijke) informatie. Hiermee is overigens een stap gezet die wel aangeeft wiens verantwoordelijkheid het is, maar niet hoe de rechter dit oordeel dan vellen kan. Het heeft er volgens sommigen toe geleid dat de lat in civiel-rechtelijke zaken zo hoog wordt gelegd dat aansprakelijkheidsclaims weinig kans meer maken. Zo zou epidemiologisch materiaal pas wanneer het een twee keer zo hoge kans op verwezenlijking van een bepaald risico aangeeft, worden geaccepteerd als voldoende om de privaatrechtelijke maatstaf van *more probable than not* te halen.

Het is wat ons betreft passend bij een zoveel mogelijk methodologisch verantwoorde aanpak, om aandacht te vragen voor het pleidooi van Veerman om meer onderzoek te doen ter ondersteuning van privaatrechtelijke wetgeving, al zal dat in de vorm van experimenten niet gemakkelijk zijn. In de Verenigde Staten stimuleert en gebruikt de *Advisory Committee on Civil Rules* empirisch onderzoek naar voorgenomen veranderingen in de wetgeving.²⁰ Een adviescommissie *on experimentation in the law*, ingesteld door het *Federal Judicial Center*,²¹ heeft een aantal voorwaarden benoemd voordat experimenteren met betrekking tot (een onderdeel van) het juridische systeem gerechtvaardigd zijn:²²

-
- 'Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology* 1998, vol. 2, 2, p. 175-220, een goede eerste ingang. Ook de bijdrage van psycholoog Desmet aan deze bundel vervult een overzichtsfunctie voor juristen.
- 18 Zie daarover C.H. de Kogel, W.M. Schrama en M. Smit, 'Civiel recht en neurowetenschap', *WPNR* 6912 (2011), p. 1095-1104.
- 19 Project on Scientific knowledge and public policy, Daubert: the most influential Supreme Court ruling you've never heard of. A publication of the project on scientific knowledge and public policy, Boston: Tellus Institute 2003.
- 20 Er wordt ook daar – al enkele decennia zelfs – gepleit voor experimenten, maar ondanks een enorme toename in empirisch onderzoek om het wetgevingsproces te ondersteunen, zijn daaronder geen experimenten. De *Equal Protection Clause* – die bepaalt dat gelijke zaken gelijk behandeld zullen worden – in de Amerikaanse Grondwet en de gebruikelijke ethische bezwaren, beperken de mogelijkheden.
- 21 Dit is het onderzoeks- en opleidingsinstituut van de federale rechtbanken in de Verenigde Staten.
- 22 T.E. Willging, 'Past and potential uses of empirical research in civil rulemaking', *Notre Dame Law Review* 2001, p. 1121-1204.

- de huidige regel of praktijk behoeft substantiële verbetering;
- er moet significante onzekerheid zijn over de waarde van een voorgestelde verandering;
- er zijn geen andere manieren om de onzekerheden over de effectiviteit van de voorgestelde verbetering weg te nemen;
- het experiment moet de serieuze bedoeling hebben om een keuze te maken tussen het behouden van de status quo of het implementeren van de innovatie.

De genoemde voorwaarden zijn ook in de Nederlandse context interessant, met name als mogelijke aandachtspunten bij de afweging om wel of niet een wetgevingsexperiment te doen. Maar er zijn natuurlijk vele andere, zij het minder robuuste methoden die *legal-empirical* onderzoekers ter voorbereiding van wetgeving (kunnen) gebruiken: casestudies, vragenlijsten, focusgroepen en *reviews* van literatuur.²³

12.2.8 *Beleid, beleid en nog eens beleid?*

Hartlief stelt de civiloloog ook nog de indringende vraag of deze vanaf nu alleen nog maar beleidsgericht bezig wil zijn. Anders gezegd: is er nog ruimte voor ‘klassiek’ juridisch onderzoek, dat veeleer op de rechter en diens concrete rechtstoepassing en rechtsvorming is gericht, of is dat van een ‘te laag’ ambitieniveau en houdt dat dus verspilling van tijd en kwaliteit in? Met klem stellen wij vast, in aansluiting op wat wij hiervoor al stelden over de *aanvullende rol* van de civilologie, dat er wel degelijk blijvend ruimte is voor wat dan ten onrechte klassiek juridisch onderzoek heet. Ten onrechte, omdat er zodoende een tegenstelling wordt gesuggereerd die er wat ons betreft niet is.

Voor zover nog nodig worden wij in die opvatting gesterkt doordat wij ons moeten realiseren dat beleid uiteindelijk slechts in beperkte mate wordt bepaald door de uitkomsten van empirisch onderzoek. Rachlinski²⁴ geeft aan dat dit bijvoorbeeld geldt voor onderzoek op het – strafrechtelijke – gebied van de doodstraf, maar het geldt ook voor onderwerpen als verzwaring van strafmaxima en minimumstraffen, en voor civiele geschilbeslechting en de claimcultuur. Populaire boeken als *The litigation explosion* van Olson²⁵ en hardnekkige anekdotes over astronomische claims hebben volgens Rachlinski meer invloed dan resultaten uit empirisch onderzoek. Dat ligt hieraan dat dit soort anekdotes op juridisch gebied direct verbonden zijn met de fundamentele ideeën die mensen hebben over hun samenleving, en die denkbelden zijn moeilijk te veranderen. Empirisch juridisch onderzoek leidt volgens hem dus niet automatisch tot *evidence based* recht en beleid. Misschien heeft een

²³ Willging 2001.

²⁴ Rachlinski 2011.

²⁵ W.K. Olson, *The litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit*, 1991, geciteerd door Rachlinski 2011.

civilist die met klassiek juridische publicaties de Hoge Raad probeert te beïnvloeden dus meer kans op succes en aanzien dan een civiloloog die wel gelijk heeft maar het niet krijgt van ‘de’ wetgever als hij deze met harde data op ‘het rechte pad’ probeert te brengen.

12.2.9 *Civilologie als nieuwe mainstream?*

De belangrijkste vraag, in zijn ogen, formuleert Hartlief als volgt:

‘Uiteindelijk is de hamvraag of de civilologie een nieuwe tak van sport is die het bestaande “slechts” zal aanvullen, verrijken en verbeteren of dat zij de mainstream van het privaatrecht gaat uitmaken. Krijgen we nu nieuwe specialisten die werken op hun eigen gang, de afdeling Civilologie, wellicht lid zijn van een capaciteitsgroep “Privaatrecht en civilologie”²⁶ of is de laatste zo dominant dat er straks enkel nog plaats is voor een op *evidence* gebaseerd privaatrecht dat voorwerp van bestudering is voor onderzoekers werkzaam bij een *Department of Civilology*?’

Wat is ons antwoord op die inderdaad zeer gewichtige vraag? Aansluitend bij wat hiervoor al werd gesteld, gaan wij ervan uit dat de civilologie een aanvullende rol zal gaan spelen, en zeker niet de nieuwe mainstream gaat worden, althans niet nog in deze eeuw en niet voor deze en de volgende generatie juristen. Civilologie komt niet in de plaats van het tot nu toe gebruikelijke juridisch onderzoek. De rol van de jurisprudentie, en de commentaren daarop, zal bijvoorbeeld van belang blijven. Wel zal allicht de wijze van bestudering van die rechtspraak door de komende generaties (iets) anders opgezet gaan worden. Anders in de zin van systematischer, waarbij nadere verantwoording wordt afgelegd over de wijze waarop de besproken zaken zijn geselecteerd, en erkennend dat het verzamelen en analyseren van rechtspraak in wezen ook een empirische bezigheid genoemd kan worden. Uitspraken zijn immers de data van de juristen. Hier ligt dus ook een kans op toenadering tussen gebruikelijk, doctrinair, en civilologisch onderzoek.

De civilologie zal zich idealiter moeten ontwikkelen van onderaf. *Top-down*sturing werkt in de regel niet goed in de wetenschap, hier ook niet. In dat verband is bijvoorbeeld interessant te zien dat er ook faculteiten zijn waar strafrecht en criminologie niet met elkaar in een sectie, afdeling of vakgroep zitten, omdat de medewerkers blijkbaar mijlenver van elkaar af liggen qua belevingswereld. Wij zouden het liefst zien dat de civilologie wordt ondergebracht bij de sectie/afdeling privaatrecht, mits de kruisbestuiving die nodig is (zie ook de bijdragen van Ter Voert en van Schrama), gegenereerd kan worden. Juristen die empirisch onderzoek willen doen, zullen immers ofwel getraind moeten worden in

26 Naar het voorbeeld van de al bestaande Capgroepen/Afdelingen/Vakgroepen ‘Strafrecht en criminologie’.

methodologische vaardigheden uit andere disciplines,²⁷ ofwel moeten samenwerken met sociale wetenschappers.²⁸ Maar wij zien ook wel in dat dit potentieel capaciteitsproblemen (wie gaat dan de mastervakken in het privaatrecht doceren?) kan oproepen. Misschien moet de empirische benadering (van zowel het privaatrecht als het straf- en bestuursrecht) daarom veeleer, net als de rechtseconomie, een eigen plek krijgen in de rechtenfaculteiten: een ‘shared service center for empirical legal studies’. Als men dan van daaruit maar wel samenwerkt met de doctrinaire disciplines waaraan ze gelieerd zijn en waaruit hun onderzoeksvragen zouden moeten opborrelen!

12.2.10 Wat is civilologie?

De vraag wat civilologie is, is (ook) in dit boek niet beantwoord. En dat is bewust, want vooralsnog lijkt dit onderzoeksterrein, ook voor ons, op een *moving target*. Zelfs het antwoord op de vraag of er hier een nieuw fenomeen is opgedoken, dan wel dat er een bestaande tak van sport is afgestoft, is betwist. Is civilologie iets nieuws? Ja, zegt Hartlief. Nee, zeggen Croes en Leeuw. In de eerder door Van Boom, Giesen en Verheij²⁹ bepleitte variant is het wel nieuw; maar als de civilologie vergeleken wordt met andere benaderingen die erop lijken, lijkt het gedachtegoed daarachter veeleer van iets oudere datum te zijn. Misschien is het dus wel een vorm van ‘oude(re) wijn in nieuwe zakken’, maar geruststellend is dan dat het wel goede (en nuttige) wijn blijkt te zijn.

Croes en Leeuw zijn in hun betoog niet ingegaan op de vraag wat civilologie is in verhouding tot de rechtssociologie. Die vraag is wel aan de orde, maar vooralsnog willen wij (met die vraag in het achterhoofd) de beoogde en mogelijke vooruitgang in kennis niet belemmeren door te veel te focussen op bestaande hokjes, en in plaats daarvan vooral kijken wat civilologie (breed opgevat) opleveren kan. We volstaan hier met op te merken dat in de onlangs verschenen rechtssociologische bundel ‘Recht van onderop’³⁰ bijdragen staan over onderwerpen die ook in civilologische boekwerken aan de orde komen of hadden kunnen komen (wij denken bijvoorbeeld aan de bijdrage van Niemeijer over wetsevaluaties, die van Ter Voert over geschillen en die van Eshuis over naleving van rechterlijke uitspra-

27 Genn, Partington en Wheeler 2006, p. 45.

28 Dan zal ook wat gemakkelijker kunnen worden voldaan aan de voorwaarden voor civilologisch onderzoek die Croes en Leeuw, naast gebruik van *systematic reviews*, in hun bijdrage noemen: gebruik van probleemstellingen waarin onafhankelijke en afhankelijke variabelen precies zijn geformuleerd, gebruik van algemene en eerder getoetste gedragstheorieën en een goede match tussen probleemstelling en onderzoeksdesign.

29 Zie Van Boom, Giesen en Verheij 2008.

30 M. Hertogh en H. Weyers, ‘Recht van onderop: het perspectief van de rechtssociologie’, in M. Hertogh en H. Weyers (red.), *Recht van onderop. Antwoorden vanuit de rechtssociologie*. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 11-16.

ken).³¹ Het verschil is wellicht hierin te vinden dat, in de eerste plaats, (rechts)sociologie een discipline is, terwijl de civilologie openstaat voor alle sociaal- en gedragswetenschappelijke dimensies, waaronder de sociologische. Een tweede verschil is wellicht dat de rechtssociologie probeert 'het rechtssysteem van buitenaf te benaderen',³² terwijl de civilologie streeft naar meer empirisch onderzoek – eventueel interdisciplinair aangepakt – en meer benutting van resultaten uit empirisch onderzoek en uit andere disciplines vanuit en *binnen* het civiele recht.

Wat verder nog onder de aandacht gebracht kan worden, is dat inmiddels wel duidelijk is dat de civilologie verschillende toepassingsmogelijkheden kent: naast het vergroten van civilologische kennis in academische zin, is civilologisch inzicht mogelijk ook van nut bij de totstandkoming en evaluatie van wetgeving, bijvoorbeeld om de naleving ervan te optimaliseren, respectievelijk achteraf te meten (zie de bijdrage van Veerman). Mogelijk kan ook de rechtspraak – al dan niet na een civilologische annotatie onder een eerdere uitspraak (zie Van Dijck) – van dergelijke inzichten gebruik maken. Zo kan in een voorkomend geval de rechter de op civilologische wijze vergaarde wetenschappelijke kennis in algemene zin benutten, bijvoorbeeld om nadere regels en verfijningen aan te nemen waar het gaat over wilsbekwaamheid en dus de mogelijkheid van aansprakelijkheid vanaf een bepaalde leeftijd. Evenzeer kan hij in heel specifieke gevallen, bijvoorbeeld met behulp van de informatie uit een MRI-scan, een uitspraak doen over de wilsbekwaamheid van een specifieke bejaarde in een civielrechtelijke procedure over een huwelijksluiting die al dan niet onder invloed van gebrekkige geestelijke vermogens heeft plaatsgevonden.³³

12.3 DE BLIK NAAR VOREN

Enkele bestaande vragen zijn in de vorige paragraaf opgeworpen en van een (voorlopig) antwoord voorzien. Dat waren vooral vragen van methodologische aard: hoe werkt, wat wil, wat beoogt en wat doet de civilologie? Er rijzen echter ook geheel nieuwe vragen, ook over heel specifieke punten. Zo kan bij wijze van voorbeeld gewezen worden op de bijdrage van Desmet. Wij zien daarin een verbinding met de huidige discussie over het karakter en het toepassingsbereik van mediation: een verplichtend karakter als het om mediation gaat, bijvoorbeeld voorafgaand aan de mogelijkheid om een civiele procedure te starten, is misschien helemaal niet zo erg, civilologisch beschouwd. Het is – toegegeven – een speculatieve gedachte, gebaseerd op het inzicht dat opgelegde (en dus onvrijwillige) verontschul-

31 B. Niemeijer, 'Wat leren wetsevaluaties ons over de effectiviteit van wetgeving'; M. ter Voert, 'Hoe ontstaan en verlopen geschillen?'; en R. Eshuis, 'Worden rechterlijke uitspraken en schikkingsafspraken wel nageleefd?' alle in M. Hertogh en H. Weyers (red.) 2011, op resp. p. 41-60, p. 153-168 en p. 185-202.

32 Hertogh en Weyers 2011, p. 12.

33 Zie daarover nader De Kogel, Schrama en Smit 2011.

digingen toch functioneel zijn, maar daaruit blijkt in elk geval dat de civilologie ook nieuwe vragen oproept die vervolgens vanuit interdisciplinaire hoek getackeld zouden kunnen worden. Voor wie deze of een andere handschoen wil opnemen,³⁴ hebben wij, en met ons de overige auteurs in deze bundel, een aantal methodologische vragen, valkuilen, en tevens behoorlijk wat do's en vooral don'ts geschetst.

34 Wie mee wil doen aan toekomstige projecten, wordt van harte uitgenodigd zich te melden via I.Giesen@uu.nl.

Civilology | Civilologie

In de reeks **CIVIOLOGY | CIVIOLOGIE** staat de bestudering van het civiele recht centraal, niet vanuit zuiver juridisch perspectief maar met gebruikmaking van inzichten uit sociaal-wetenschappelijke disciplines zoals economie, psychologie en sociologie. Die disciplines in onderlinge samenhang kunnen onze kennis vergroten 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. De delen in de reeks **CIVIOLOGY | CIVIOLOGIE** beogen aldus een beter inzicht te geven in hoe privaatrecht écht werkt. De reeks staat onder redactie van Willem van Boom (EUR) en Ivo Giesen (UU).

In the **CIVIOLOGY | CIVIOLOGIE** series, the focus is on how private law works in real life. Rather than analysing private law from a strictly legal doctrinal perspective, this series encompasses the combined use of insights from social sciences – ranging from economics to psychology and sociology – in order to analyze the behavioural assumptions underlying private law, to understand the effects it has on individuals, organisations and businesses and to appreciate the impact of both assumptions and effects on policymakers, legislatures and courts. The **CIVIOLOGY | CIVIOLOGIE** series is edited by Willem van Boom (Erasmus Law School) and Ivo Giesen (Utrecht School of Law).