

Gedrag en privaatrecht

GEDRAG EN PRIVAATRECHT

*OVER GEDRAGSPRESUMPTIES EN GEDRAGSEFFECTEN
BIJ PRIVAATRECHTELIJKE LEERSTUKKEN*

W.H. VAN BOOM, I. GIESEN EN A.J. VERHEIJ (RED.)

BOOM JURIDISCHE UITGEVERS

Den Haag

2008

© 2008 de auteurs / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, 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 veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 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 1912) 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 978-90-5454-987-1

NUR 822

www.bju.nl

VOORWOORD

Het idee voor dit boek ontstond in 2006. Het viel ons op dat het Nederlandstalige standaardwerk over rechtspsychologie, *Het recht van binnen*, zo de nadruk legde op de verrijking die psychologie voor het strafrecht met zich bracht. Het privaatrecht kwam er bekaaid van af. Omdat wij alle drie geïnteresseerd waren (en zijn) in het toepassen in het recht van kennis uit andere sociale wetenschappen zoals de psychologie, vatten we daarom het plan op om een privaatrechtelijke variant op het boek *Het recht van binnen* te maken. Onze opzet was overigens van meet af aan breder, omdat we de plaats van ‘gedrag’ in het privaatrecht niet alleen vanuit de psychologie maar ook vanuit disciplines als sociologie en rechtseconomie onderzocht wilden hebben. Het boek dat voor u ligt is het resultaat van die ‘brede’ benadering.

Het boek, dat niet alleen geschikt is voor masteronderwijs maar ook als inleiding voor PhD-studenten en andere promovendi, brengt auteurs en onderwerpen samen met uiteenlopende achtergronden. De gemene deler is steeds dat de blik op het privaatrecht gericht wordt vanuit een andere discipline.

Wij zijn de auteurs zeer erkentelijk voor hun bijdragen en het bediscussiëren van het project tijdens de bespreking te Utrecht op 28 september 2007. Brigitte Bethlehem bedanken wij voor de verleende onderzoeksassistentie en Boom Juridische uitgevers, in het bijzonder Wirt Soetenhorst, danken wij voor de onmiddellijke, vrijwel spontane bereidheid deze uitgave ter hand te nemen en voor het aanbod de bundel in eigen huis op te maken.

Rotterdam/Utrecht/Amsterdam, 1 februari 2008

Willem van Boom, Ivo Giesen en Albert Verheij

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	5
Hoofdstuk 1 Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording	19
<i>W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij</i>	
1 Inleiding	19
2 Gedragspresumpties en gedragseffecten	21
2.1 Definities en verhoudingen	21
2.2 Van gedrag en kennis	22
2.3 Een voorbeeld: informatie in het privaatrecht	24
3 Het recht en de werkelijkheid, een historische context	27
3.1 Toen...	27
3.2 En nu	29
4 De indeling van dit boek	31
4.1 Algemeen	31
4.2 De indeling	32
5 De methode die ten grondslag ligt aan (de bijdragen in) dit boek	34
5.1 De multidimensionale benadering	34
5.2 Welke takken van wetenschap passen in die multidimensionale aanpak?	36
5.3 Afronding	42
6 Afsluitende opmerking	42
Contractenrecht	
Hoofdstuk 2 Het Beeld van de Consument in het Privaatrecht empirisch getoetst	51
<i>W.F. van Raaij</i>	
Samenvatting	51
1 Inleiding	51
2 Consument en privaatrecht	53
3 De rationele consument	55
4 De zwakke consument	56
5 De overladen consument	59
6 Conclusies	61

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 3 De juiste keuze	65
<i>E. Rassin</i>	
Samenvatting	65
1 Inleiding	65
2 De overschatting van bewuste keuzes	66
3 Te veel informatie	69
4 Onvolledig gebruik van relevante informatie	71
5 De eerste indruk	73
6 Halsstarrigheid	75
7 Verankering	77
8 Een kwestie van presentatie	78
9 Dan maar onwetend beslissen?	79
Hoofdstuk 4 Client satisfaction – incentive for service providers to warn their clients?	83
<i>J. Luzak</i>	
Samenvatting	83
1 Introduction	83
2 Satisfaction – definition	85
3 Satisfaction leads to loyalty? Benefits of having a satisfied client.	87
4 Duty to warn in Dutch construction law	90
5 When is the client satisfied concerning the duty to warn?	92
6 Conclusion – the relevance of satisfaction for the need of the duty to warn	95
Hoofdstuk 5 Informed consent: van juridische theorie naar medische praktijk – en weer terug!	103
<i>R. Giard</i>	
Samenvatting	103
1 Inleiding	104
2 Wat is ‘informed consent’?	104
2.1 Begripsomschrijving	105
2.2 De begrenzing van informed consent	106
3 De gezondheidsrechtelijke context	108
4 Het ideale gedrag bij informed consent	109
5 De ethische invalshoek	109

INHOUDSOPGAVE

6	De juridische invalshoek	111
	6.1 <i>Obligatoire overeenkomsten: interactie en informatie</i>	112
	6.2 <i>De rechtspraktijk: effectuerend privaatrecht?</i>	114
	6.3 <i>Een vergeten gebied: de expliciete vaststelling van de wils(on)bekwaamheid</i>	114
7	Het psychologische perspectief	116
	7.1 <i>Informatiebehoefte</i>	116
	7.2 <i>Cognitieve aspecten</i>	117
	7.3 <i>Communicatievaardigheden hulpverlener</i>	117
	7.4 <i>Het perspectief van de patiënt</i>	118
8	Reflectie over de praktische effecten	119
	8.1 <i>Kwalitatieve reflectie</i>	119
	8.2 <i>Kwantitatieve reflectie</i>	120
9	Conclusies	121
Hoofdstuk 6 Schuld in het contractenrecht; een exercitie naar een verbeterde samenhang tussen regels en gedrag		
		129
	<i>M.W. de Hoon</i>	
	Samenvatting	129
1	Inleiding	130
2	Schuld in het contractenrecht	131
	2.1 <i>De belangrijkste schuldregels in vogelvlucht</i>	131
	2.2 <i>Keuze voor schuldroute op basis van rationaliteit?</i>	133
3	Schuld in de sociale psychologie	134
	3.1 <i>Schuld als onderdeel van attributie</i>	134
	3.2 <i>Het proces van beschuldigen: intuïtie</i>	135
	3.3 <i>Het proces van beschuldigen: post hoc reasoning</i>	137
	3.4 <i>Motieven voor een biased information search</i>	137
	3.5 <i>Andere valkuilen en denkfouten</i>	139
4	Een betere afstemming tussen regels en gedrag	140
	4.1 <i>Nuanceringen en beperkingen</i>	140
	4.2 <i>Meer informatie over een neutrale manier om schade hersteld te krijgen</i>	140
	4.3 <i>Geen onnodig polariserende juridische instrumenten</i>	142
	4.4 <i>Andere verdelingsmaatstaven</i>	144
	4.5 <i>Meer aandacht voor sociale factoren die het conflict doen ontstaan</i>	145
5	Slot	146

Aansprakelijkheidsrecht

Hoofdstuk 7	Naming en shaming in het contractenrecht? Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen ondernemingen	153
<i>J. van Erp</i>		
	Samenvatting	153
1	Inleiding	154
2	Reputatie-effecten van contractbreuk	161
3	Bestaat het reputatie-effect in het Nederlandse handelsverkeer tussen ondernemingen?	167
4	Informatieverspreiding over schadevergoedingen	170
5	Conclusie	174
Hoofdstuk 8	Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking Over causaliteitstoerekening vanuit psychologisch perspectief en de mogelijke gevolgen daarvan voor (de preventieve werking van) het aansprakelijkheidsrecht	181
<i>I. Giesen</i>		
	Samenvatting	181
1	Introductie	182
	1.1 <i>Inleiding: vragen uit het recht en antwoorden uit de psychologie?</i>	182
	1.2 <i>Verdere opzet en plan van aanpak</i>	183
2	Het juridische kader geschetst	184
	2.1 <i>Causaliteit: regels inzake CSQN en TNR</i>	184
	2.2 <i>Gedragspresumpties en gedragseffecten?</i>	186
3	Psychologische inzichten	187
	3.1 <i>Diverse attributietheorieën</i>	187
	3.2 <i>De fundamentele attributiefout</i>	189
	3.3 <i>'Defensive attribution'</i>	191
	3.4 <i>'Actor-observer differences'</i>	192
	3.5 <i>'Self-serving bias'</i>	193
	3.6 <i>Tussenconclusie</i>	193
4	Terug naar de juridische afweging	194
	4.1 <i>Financiële compensatie en ziektebeeld: aard van de relatie niet duidelijk</i>	216
	4.2 <i>Aanwijzingen voor verbeterde regels of regeltoepassing?</i>	195
	4.3 <i>Tussenconclusie</i>	201

INHOUDSOPGAVE

5	Het effect van attributie op het beoogde gedragseffect?	201
6	Afronding	203
Hoofdstuk 9 Moeten slachtoffers met een psychische predispositie schadevergoeding krijgen?		209
<i>W. van Tilburg</i>		
Samenvatting		209
1	Inleiding en probleemstelling	210
2	Slachtofferschap, herstel en compensatie	211
3	'Predispositie' in de psychiatrische diagnostiek	213
4	Het probleem van de 'renteneurose'	216
	4.1 <i>Financiële compensatie en ziektebeeld: aard van de relatie niet duidelijk</i>	216
	4.2 <i>Abnormaal ziektegedrag</i>	218
	4.3 <i>Ziektewinst</i>	219
	4.4 <i>Simulatie en nagebootste stoornissen</i>	221
5	Slotopmerkingen	223
Hoofdstuk 10 Schokschade		227
<i>E.F.D. Engelhard, I.M. Engelhard</i>		
Samenvatting		
1	Inleiding	227
	1.1 <i>De juridische criteria voor 'schokschade'</i>	227
	1.2 <i>Een viertal juridische presumpties</i>	230
	1.3 <i>Plan van aanpak</i>	231
2	Wat is PTSS?	231
	2.1 <i>Klinisch beeld van PTSS</i>	231
	2.2 <i>Juridische relevantie van de diagnose PTSS</i>	233
	2.3 <i>Het vaststellen van de diagnose PTSS</i>	234
3	Analyse van de vier presumpties	235
	3.1 <i>Oorzaken en incidentie van PTSS</i>	235
	3.2 <i>Inzichten uit de klinische psychologie omtrent de risicofactoren van PTSS</i>	237
	3.3 <i>Het onderscheid tussen schok- en affectieschade</i>	239
4	Concluderende opmerkingen	240

Hoofdstuk 11 Productwaarschuwingen: psychologische lessen voor de jurist	245
<i>S.B. Pape</i>	
Samenvatting	245
1 Inleiding	246
2 Het Nederlandse beleid inzake productveiligheid	247
2.1 Letselpreventie	247
2.2 Publiekrechtelijke wetgeving	247
2.3 Privaatrechtelijke wetgeving	249
3 De productwaarschuwing vanuit psychologisch perspectief	251
3.1 Het C-HIP model	251
3.2 De waarschuwingsbron	253
3.3 Het communicatiemiddel	254
3.4 Aandacht voor de waarschuwing	255
3.5 Begrijpen van de waarschuwing	257
3.6 Attitudes en overtuigingen over de waarschuwing	258
3.7 Motivatie bij de ontvanger	261
3.8 Het opvolgen van de waarschuwing	261
4 Psychologische noties in het productaansprakelijkheidsrecht	266
4.1 Inleiding	266
4.2 Het juridische consumentbeeld	266
4.3 Gedragsregels voor producenten	267
4.4 Psychologische noties in het publiekrecht	269
5 Psychologische inzichten: een toegevoegde waarde voor het productaansprakelijkheidsrecht?	270
5.1 Inleiding	270
5.2 Effectieve gedragsregels	270
5.3 Een rechterlijk oordeel met positieve feedback	274
5.4 Een rechterlijk oordeel op basis van psychologisch bewijs	274
6 Conclusie	275

**Hoofdstuk 12 Preventie van arbeidsuitval: ontwikkelingen in
arbeidsomstandighedenbeleid en civiele aansprakelijkheid 283**

Y. Bacharias, S.D. Lindenbergh, P. Mascini

Samenvatting	283
1 Inleiding	284
2 De casestudy	287
2.1 <i>Analyse van het veiligheidsbeleid: intensivering en responsabilisering individuele medewerkers</i>	287
2.2 <i>Perceptie werknemers: onevenwichtig en persoonsgebonden veiligheidsbeleid</i>	288
2.3 <i>Reacties werknemers: fatalisme en de perceptie van een afrekencultuur</i>	289
3 Ontwikkelingen in werkgeversaansprakelijkheid	291
3.1 <i>Kenmerken in de ontwikkeling van de rechtspraak</i>	292
4 Discussie en verdere onderzoeksvragen	297
4.1 <i>Discussie</i>	297
4.2 <i>Toekomstige onderzoeksvragen</i>	299

Verzekeringsrecht

**Hoofdstuk 13 Hoe houdbaar zijn gedragsveronderstellingen
in verzekeringsrecht en -economie? 305**

M. Faure en W.H. van Boom

Samenvatting	305
1 Inleiding	306
2 Theoretische uitgangspunten	307
2.1 <i>Rationele vraag naar verzekeringen</i>	307
2.2 <i>Anti-selectie</i>	308
2.3 <i>Moreel risico</i>	309
3 Empirische houdbaarheid van de theorie	310
3.1 <i>Algemeen</i>	310
3.2 <i>De vraag naar verzekering, in empirisch perspectief</i>	310
3.3 <i>Anti-selectie of pro-selectie: empirisch bewijs?</i>	315
3.4 <i>Moreel risico: empirisch bewijs?</i>	317
3.5 <i>Hoe reageren verzekeraars in werkelijkheid?</i>	319
4 De relevantie van de empirische bevindingen voor privaatrecht en -beleid	323
5 Afsluitende opmerkingen	328

Hoofdstuk 14	<i>Fault en no-fault. Een theoretisch en empirisch onderzoek naar de gedragseffecten van fault en no-fault bij verkeersongevallen</i>	341
	<i>M. van Dam</i>	
	Samenvatting	341
1	Inleiding	341
2	Economische theorie van het ongevallenrecht	343
	2.1 <i>Aansprakelijkheid</i>	343
	2.2 <i>Aansprakelijkheid en veiligheidsregulering</i>	344
	2.3 <i>Aansprakelijkheid en verzekering</i>	345
	2.4 <i>No-fault verzekering</i>	348
3	Het empirisch onderzoek ten aanzien van <i>fault</i> en <i>no-fault</i>	349
	3.1 <i>De empirische toetsing van aansprakelijkheidsregels</i>	349
	3.2 <i>Het empirisch onderzoek naar (gedrags)effecten van no-fault</i>	351
	3.3 <i>Conclusie empirisch onderzoek naar de gedragseffecten van fault en no-fault</i>	356
4	Toetsing van de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid?	357
	4.1 <i>De Nederlandse verkeersaansprakelijkheid vanuit juridisch en economischperspectief</i>	357
	4.2 <i>De gedragseffecten binnen de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid</i>	359
5	Concluderende opmerkingen	361
Ondernemings- en effectenrecht		
	Hoofdstuk 15	
	<i>Het ‘Ken-Uw-Cliënt’-beginsel binnen de effectendienstverlening. Een juridische versus een economisch-psychologische benadering</i>	369
	<i>A.J.C.C.M. Loonen</i>	
	Samenvatting	369
1	Inleiding	370
2	Een korte toelichting op de regelgeving	371
3	Het Ken-Uw-Cliënt-beginsel in de praktijk: het cliëntenprofiel	374
4	Het cliëntenprofiel volgens de particuliere belegger	377
5	Het cliëntenprofiel in juridische procedures voor de Klachtencommissie DSI	380
6	Een economische benadering van het cliëntenprofiel	385
7	Conclusies	396

Hoofdstuk 16 Beloningsprikkels voor bestuurders en commissarissen	401
<i>G.T.M.J. Raaijmakers</i>	
Samenvatting	401
1 Inleiding	401
2 Bestuurdersbeloning	402
2.1 <i>Transparantie als toermiddel?</i>	402
2.2 <i>Opnieuw nieuwe regelgeving</i>	406
3 Commissarissenbeloning	410
3.1 <i>Inleiding</i>	410
3.2 <i>Resultaatafhankelijke beloning voor de commissaris?</i>	410
3.3 <i>Aantasting van onafhankelijkheid?</i>	414
3.4 <i>Wat betekent dit voor beloning?</i>	415
4 Slot	417
Hoofdstuk 17 Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen	423
<i>M.J. Kroeze</i>	
Samenvatting	423
1 Inleiding	424
2 De taakvervulling door het bestuur en de raad van commissarissen	425
3 Het bestuur en de raad van commissarissen als groep	427
4 De verhouding tussen de groepsleden onderling (conformisme)	428
5 Conformisme in het bestuur en de raad van commissarissen	431
6 De verhouding tussen de groep en buitenstaanders (bevoordeling)	435
7 De wijze waarop een groep (complexe) besluiten neemt	437
8 Toepassingen	439
9 Oplossingen	446
10 Tot besluit	452
Insolventierecht	
Hoofdstuk 18 Calculeren en benadelen	461
<i>G. van Dijck m.m.v. H. Lamers</i>	
Samenvatting	461
1 Waarschuwing vooraf	461
2 Verantwoording	462
3 Normen voor schuldeisersbenadeling	463
3.1 <i>Faillissementspauliana</i>	463
3.2 <i>Bestuurdersaansprakelijkheid (wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur)</i>	464

INHOUDSOPGAVE

4	Gedragseffecten bestaande regels	465
	4.1 <i>Literatuur betreffende schuldeisersbenadeling</i>	465
	4.2 <i>Inzichten uit gedragswetenschappelijke studies</i>	468
	4.3 <i>Conclusie</i>	471
5	Gedragsverandering	472
	5.1 <i>Alleen bij bekendheid</i>	472
	5.2 <i>Afshrikken door inzet punitive damages?</i>	473
	5.3 <i>Punitive damages</i>	474
	5.4 <i>Theorieën over effecten van punitive damages</i>	477
	5.5 <i>Empirische onderbouwing</i>	479
	5.6 <i>Conclusie: punitive damages bij schuldeisersbenadeling?</i>	479
6	Conclusie en discussie	480
 Hoofdstuk 19 Bedoelde en onbedoelde effecten van de Wsnp, in het bijzonder op crediteurengedrag		487
<i>N. Huls en N. Jungmann</i>		
	Samenvatting	487
1	Inleiding	488
2	Een onbedoelde daling van het slagingspercentage in het minnelijk traject	489
3	De beleidstheorie van de Wsnp	491
4	Empirische toetsing van de beleidstheorie	495
5	Evaluatie	496
6	De contra-indicaties vanuit het crediteurenperspectief	496
	6.1 <i>Informatie-asymmetrie</i>	496
	6.2 <i>Materiële voordelen</i>	497
	6.3 <i>Immateriële voordelen</i>	497
	6.4 <i>Wettelijke belemmeringen</i>	498
7	De crediteur als ontbrekende schakel in de beleidstheorie	498
8	Conclusies	499
	8.1 <i>Bedoelde en onbedoelde effecten</i>	499
	8.2 <i>Strategisch gedrag</i>	499
	8.3 <i>Formele en informele instrumenten</i>	501
	8.4 <i>De sociale constructie van problemen en de gebezigde terminologie</i>	502
	8.5 <i>Een nieuw rechtspolitiek klimaat</i>	503

Hoofdstuk 20 Onbedoeld effect nieuwe insolventiewetgeving: meer in plaats van minder faillissementen	507
<i>J.A.A. Adriaanse en J.G. Kuijl</i>	
Samenvatting	507
1 Inleiding	508
2 Communicerende vaten	510
3 Methodologie	511
4 Het begrip onderneming	511
5 Levensvatbaarheid of de perceptie ervan?	514
6 Proces van waardeherstel	516
7 Vertrouwen en samenwerking	524
8 Meer in plaats van minder faillissementen	525
9 Ter afsluiting	529
 Rechtspleging	
 Hoofdstuk 21 Hoeveel recht kunt u betalen?	
537	
<i>B. Niemeijer en C. Klein Haarhuis</i>	
Samenvatting	537
1 Inleiding	537
2 Drie tradities	540
3 Een multidisciplinair perspectief	544
4 Bouwgeschillen en hun verloop	546
4.1 <i>Problemen en oplossingen</i>	546
4.2 <i>Partijen, factoren en beslismomenten</i>	549
5 Conclusie	554
 Hoofdstuk 22 Gedragseffecten van Anti Social Behaviour Orders	
561	
<i>M.T. Croes</i>	
Samenvatting	561
1 Inleiding	562
2 Geschiedenis van de ASBO	566
3 De Crime and Disorder Act 1998	569
4 De ASBO ingezet	570
5 Regels als beleidsinstrument	576
6 Hervormingen en hun effecten	580
7 Theory of norms	585
8 ASBOs en gedragstheorie	588

INHOUDSOPGAVE

9	ASBOs en gedragseffecten	591
10	Conclusie	593
Hoofdstuk 23 Afsluitende observaties		601
<i>A.J. Verheij, I. Giesen en W.H. van Boom</i>		
1	Inleiding	601
2	Presumpties	602
2.1	<i>Presumptie 1: er zijn eenduidige niet-juridische of empirische gegevens beschikbaar</i>	602
2.2	<i>Presumpties 2 en 3: extrapolatie door een jurist is mogelijk</i>	603
2.3	<i>Presumptie 4: Empirische gegevens hebben meerwaarde voor de normatieve juridische besluitvorming door de rechter en de wetgever</i>	605
3	De rode draad?	609
4	Toekomst van de civilologie	610
Over de auteurs		613

HOOFDSTUK 1

GEDRAG EN PRIVAATRECHT:

INLEIDING EN VERANTWOORDING

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

1 INLEIDING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 GEDRAGSPRESUMPTIES EN GEDRAGSEFFECTEN

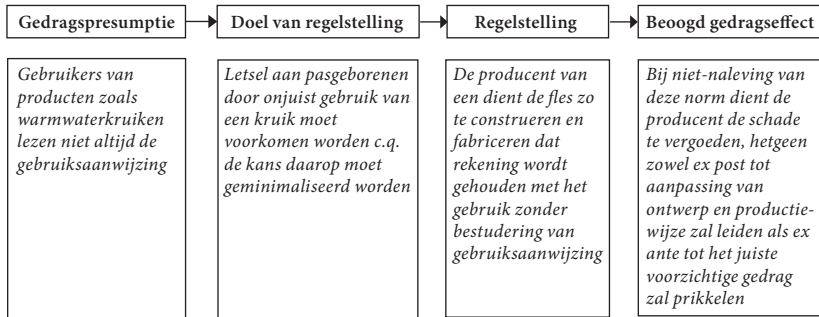
2.1 Definities en verhoudingen

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

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

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

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



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

2.2 Van gedrag en kennis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3 Een voorbeeld: informatie in het privaatrecht

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

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

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

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

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

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

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

17 Art. 149 lid 2 Rv.

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

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

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

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

18 Hurenkamp en Kremer 2005, p. 25.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

23 Vgl. de bijdrage van Luzak in deze uitgave.

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

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

3 HET RECHT EN DE WERKELIJKHEID, EEN HISTORISCHE CONTEXT

3.1 Toen...

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

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

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

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

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

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

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

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

28 Schuyt 1979, p. 236.

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

30 Von Jhering 1877.

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

32 Hijmans 1910.

33 Meijers 1903.

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

35 Meijers 1910, p. 19.

36 Zie Smits 2004.

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

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

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

3.2 En nu

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

³⁷ Meijers 1949, p. 178 e.v.

³⁸ Aldus reeds Schuyt 1979, p. 237.

³⁹ Hijmans 1938, p. 188.

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

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

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

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

41 Schuyt 1979, p. 237.

42 Vgl. Hammerstein 2004, p. 93.

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

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

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

4 DE INDELING VAN DIT BOEK

4.1 Algemeen

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

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

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

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

4.2 De indeling

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

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

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

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

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

In het insolventierecht is schuldeiserbenadeling een belangrijk thema. De vraag of de regels dienaangaande overeenkomen met de opvattingen van degenen die de norm moeten benutten en of die regels sturend werken op het gedrag van die betrokkenen, wordt besproken door Van Dijk, met medewerking van Lamers. De (onbedoelde) gedragseffecten die de nieuwe regeling van de Wet schuldsanering natuurlijke personen met zich bracht (het wettelijke traject werd niet minder maar juist meer gevolgd), staan centraal in de bijdrage van Huls en Jungmann. Adriaanse en Kuijl behandelen ook een onbedoeld door hen verwacht neveneffect, namelijk dat in hun visie de nieuwe, debiteurenvriendelijke insolventiewetgeving tot meer in plaats van minder faillissementen zal leiden. Via de principes van ‘turnaround management’ kan het tij echter nog gekeerd worden.

De rechtspleging, ofwel de meer procesrechtelijke invalshoek, staat ten eerste centraal in de bijdrage van Niemeijer en Klein Haarhuis, die geschilgedrag en het gebruik van procedures proberen te verklaren via een model dat rechtseconomie, rechtspsychologie en rechtssociologie combineert. Croes onderzocht ten slotte de effecten van de zogenoemde ‘*Anti-Social Behaviour Orders*’ in Engeland die via een civiele procedure door lokale overheden of de politie verkregen kunnen worden. De effecten van die regeling op zowel die overheden en politie als op de ‘a-socialen’ worden onder de loep genomen.

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

5.1 *De multidimensionale benadering*

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

In de diverse bijdragen wordt regelmatig verwezen naar bijvoorbeeld eerder empirisch of economisch of psychologisch onderzoek, maar slechts een enkeling heeft speciaal voor dit project een (eigen) empirisch, economisch of psychologisch opgezette studie verricht.⁴⁴ Dat is op zich jammer – want meer van dergelijk (empirisch) onderzoek zou

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

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

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

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

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

46 Zie reeds Barendrecht 2000, p. 85.

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

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

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

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

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

5.2 Welke takken van wetenschap passen in die multidimensionale aanpak?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

62 Over methode in de criminologie bijv. Bijleveld 2006.

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

64 Huls 2004, p. 9.

65 Vgl. recentelijk Dari-Mattiacci 2007.

functionerende markt, de meeste welvaart, aldus luidt de theorie.⁶⁶ De stroming binnen de rechtseconomie die als ‘*behavioural law and economics*’ door het leven gaat – we wezen daar al op in par. 2.3 – is een variant daarop die zich, kort gezegd, kenmerkt door te kijken naar daadwerkelijk, en niet slechts hypothetisch (door modellen op basis van presumpties voorspeld) gedrag van personen. Waarin verschilt een werkelijk persoon van de modelmatige *homo economicus*? Bijvoorbeeld hierin dat er bij die personen sprake is van ‘*bounded rationality*’ als het om hun handelen gaat. Dit inzicht bestond overigens in de economie al langer.⁶⁷ Iemands rationele keuzes zijn ten dele ‘gebonden’ in die zin dat we niet altijd voor pure nutsmaximalisatie (kunnen) gaan; onze cognitieve mogelijkheden zijn beperkt, men handelt in strijd met de eigen langetermijnbelangen en men handelt soms altruïstisch.⁶⁸ Deze ‘*bounded rationality*’ wordt dan ook meegewogen bij de beoordeling van gedrag. Recenter is het inzicht dat *behavioural law and economics* ontleen aan de rechtspsychologie, namelijk dat cognitieve ‘*biases*’ en ‘*heuristieken*’ óók – en mogelijk veel ingrijpender – afbreuk doen aan de rationaliteitspresumptie. In de onderhavige bundel is deze thematiek goed vertegenwoordigd, getuige onder meer de bijdragen van Faure en Van Boom, Niemeijer en Klein Haarhuis, Luzak en Van Dam. De subdiscipline van ‘*behavioral finance*’ komt bovendien nog aan bod bij Loonen en Raaijmakers.⁶⁹ Daarnaast lijken ook de organisatiekundige inzichten ingang te vinden. *Organisatiekunde* – een wetenschap die zich beweegt op het raakvlak van psychologie, sociologie en economie en vertakkingen kent in bijvoorbeeld de criminologie⁷⁰ – kan van belang zijn om te analyseren hoe privaatrechtelijke regelstelling al dan niet effect sorteert in organisaties. De bijdragen van Bacharias, Lindenbergh en Mascini, Adriaanse en Kuijl, Kroeze en van Raaijmakers gaan voorzichtig in deze richting waar zij de interactie tussen organisaties en regels verkennen.⁷¹ Maar er ligt hier naar onze mening nog meer ‘goud’ te wachten om gevonden te worden. Waar het bijvoorbeeld gaat om de vraag hoe het aansprakelijkheidsrecht kan bijdragen aan de reductie van ziekenhuisletsel, komt als vanzelf de vraag naar de organisatie van ziekenhuizen aan de orde en de plaats van individuen in die organisatie. Daarin schuilt meteen ook het belang van die wetenschap. Als een ziekenhuis meermalen geconfronteerd wordt met centrale aansprakelijkheid voor beroepsfouten van zelfstandige specialisten die onder het dak van het ziekenhuis opereren, en de aansprakelijkheidsverzekeraar eisen gaat stellen aan de protocollering van patiëntbejegening en borging van veiligheid, dan zou een organisatiekundige analyse kunnen bijdragen aan beantwoording van de vraag welk effect van aansprakelijkheid in

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

67 Simon 1955, p. 99 e.v.

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

69 Zie recent ook Verschuuren 2007.

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

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

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

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

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

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

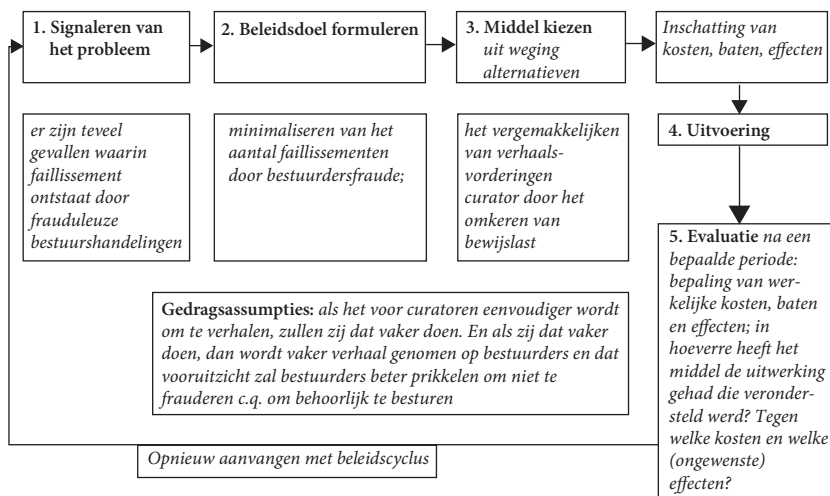
72 Zie hierover bijv. Giard 2005b, p. 199 e.v.

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

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

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

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



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

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

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

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

5.3 Afronding

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

6 AFSLUITENDE OPMERKING

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

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

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

LITERATUUR

Anderson 2005

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

Barendrecht 2000

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

Bijleveld 2006

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

Van Bijnen 2005

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

Van Boom 2003

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

Van Boom en Borgers 2004

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

Van Boom 2004

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

Van Boom e.a. 2007

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

Camerer e.a. 2003

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

Cozijn 1989

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

De Cremer e.a. 2006

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

Crombag e.a. 1977

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

Crombag 2000

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

Duyvensz 2003

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

Dari-Mattiacci 2007

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

Elffers 2005

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

Esgate en Groome e.a. 2005

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

Eshuis 2007

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

Eysenck en Keane 2005

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

Fruytier 2007

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

Garland 2004

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

Genn e.a. 2006

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

Giard 2005a

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

Giard 2005b

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

Giesen 2005a

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

Giesen 2005b

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

Gommer 2007

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

Griffiths 2005

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

Guthrie 2006

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

Guthrie en George 2005

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

Hadfield e.a. 1998

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

Hamaker 1888

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

Hamaker 1897

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

Hamaker 1909

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

Hammerstein 2004

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

't Hart en Du Perron 2006

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

Hartlief 2004

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

Hesselink 2001

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

Hijmans 1910

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

Hijmans 1938

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

Hill 2005

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

Holmes 1881

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

Hoogerwerf en Herweijer 2003

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

Huls 2004

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

Huls 2007

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

Hurenkamp en Kremer 2005

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

Von Jhering 1877

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

Jolls, Sunstein en Thaler 2000

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

Kabel 2005

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

Van Koppen e.a. 2002

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

Korobkin 2005

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

Korobkin en Ulen 2000

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

Kroeze 2004

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

Laclé 2008

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

Matthews e.a. 2000

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

Meijers 1903

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

Meijers 1910

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

Meijers 1949

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

Novick 1991

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

Parisi en Smith 2005

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

Parsons 1995

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

Rachlinski 2001

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

Rachlinski 1999-2000

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

Rassin 2005

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

Schuyt 1979

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

Schwartz 2004

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

Sieburgh

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

Simon 1955

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

Simpson 2002

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

Smits 2004

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

Solomon e.a. 2006

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

Sunstein 1997

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

Sunstein 2002

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

Thaler 1993

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

Thaler 2005

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

Thompson 2003

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

Tzankova 2005

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

Tzankova 2007

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

Veerman en Hendriks-de Lange 2007

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

Van Velthoven en Van Wijck 2007

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

Verschuuren 2007

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

Vonk e.a. 2001

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

Vranken 2005

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

Vriesendorp e.a. 1999

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

Vriesendorp e.a. 2006

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

Van Zeeland, Kamminga en Barendrecht 2003

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

Zondag 2004

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

CONTRACTENRECHT

HOOFDSTUK 2

HET BEELD VAN DE CONSUMENT IN HET PRIVAATRECHT EMPIRISCH GETOETST

*W.F. van Raaij*¹

SAMENVATTING

Het is belangrijk om bij het ontwerpen en toepassen van privaatrecht een realistisch (op onderzoek gebaseerd) beeld te hebben van de consumenten en andere economische actoren. Uit empirisch onderzoek blijken de volgende conclusies te kunnen worden getrokken: consumenten verwerken niet alle beschikbare informatie bij hun koopbeslissingen. Ze gebruiken vereenvoudigde beslissingsregels (heuristieken) om tot een besluit te komen. Meer informatie en meer tijd voor een beslissing zijn niet altijd tot betere uitkomsten te leiden. Bovendien zijn consumenten achteraf niet tevredener over een keuze uit een groot aanbod van alternatieven dan uit een klein aanbod. Veel beleidsmaatregelen en wetten leiden hierdoor niet tot het beoogde doel. Kennis van de opvattingen en het gedrag van consumenten kan leiden tot realistischer aannamen over de effecten van beleid en wetgeving op het gedrag van consumenten.

1 INLEIDING

Het privaatrecht is een normatieve praktijk en wetenschap, waarbij rechtsregels ontworpen worden om het gedrag van burgers en economische actoren zoals consumenten, werknemers, werkgevers, ondernemers, beleggers en belastingbetalers, in goede banen te leiden, althans gedrag dat niet aan de norm beantwoordt, te ontmoedigen. Het privaatrecht is

¹ Hoogleraar Economische Psychologie, Universiteit van Tilburg.

geen empirische wetenschap waarin het feitelijke gedrag van burgers en economische actoren wordt bestudeerd. Toch zou in het privaatrecht rekening gehouden moeten worden met het feitelijke gedrag van de burger, consument, werknemer, werkgever, ondernemer, belegger en belastingbetaler. Als met rechtsregels geprobeerd wordt het gedrag te reguleren, blijkt kennis van het feitelijke gedrag en zijn determinanten (kennis, houding, motivatie, situatie) gewenst.

Tijdens een conferentie enkele jaren geleden sprak ik met een jurist die betrokken was bij een rechtszaak over merkverwarring waarvoor ik een onderzoek had gedaan. Uit het onderzoek bleek dat consumenten in de winkel inderdaad in verwarring gebracht werden door de gelijkenis van de verpakkingen van de beide merken. Maar de jurist wimpelde dit weg met de opmerking dat de rechter had bepaald dat er geen merkverwarring was opgetreden. Het oordeel van de rechter was voor hem belangrijker dan de resultaten van het empirisch onderzoek. De normatieve uitspraak domineerde de empirische feiten.

In de economie wordt al decennialang uitgegaan van rationeel gedrag van consumenten, ondernemers en andere economische actoren, uitgaande van nutsmaximalisatie en stabiele preferenties. Economische actoren zouden dus stabiele voorkeuren hebben (bijvoorbeeld altijd kalfsvlees prefereren boven varkensvlees) en in alle situaties hun nut proberen te maximaliseren (ook als de informatie onvolledig of onduidelijk is). De laatste decennia is er meer besef ontstaan bij economen dat deze normatieve uitgangspunten niet realistisch zijn en kunnen leiden tot foute aannamen en conclusies. *'Behavioral economics'*, waarbij empirisch onderzoek naar het werkelijke gedrag van economische actoren centraal staat, is nu een geaccepteerd onderdeel van de economie geworden. Staat ook bij het privaatrecht een dergelijke paradigmaverandering voor de deur in de richting van *'behavioral law'*? Gaat ook bij het privaatrecht onderzoek naar het feitelijke gedrag van burgers en economische actoren het uitgangspunt worden?²

Er is een onderscheid te maken tussen burger en economische actoren zoals de consument. Mensen in de rol van burger zijn vooral bezorgd over de samenleving als geheel: de veiligheid, het milieu en de democratie. Mensen in de rol van consument zijn vooral bezig met hun eigen welvaart en financiën. Deze beide rollen kunnen uit elkaar lopen. Als burger ben je bezorgd over de CO₂-uitstoot, terwijl je als consument met de auto reist vanwege het gemak en de snelheid. Soms zijn mensen in de rol van consument toch bezig met 'burgerzaken', bijvoorbeeld als ze *'fair trade'* producten kopen zoals Max Havelaar-koffie. Consumptie kan dus ook een middel zijn om maatschappelijke doelen te bereiken.

In dit hoofdstuk geef ik een beschrijving van onderzoek naar het gedrag en de determinanten van het gedrag van consumenten. Kennis van het consumentengedrag kan

2 Jolls, Sunstein en Thaler 2000, p. 13-16.

ertoe leiden dat juristen uitgaan van realistische aannamen van de kennis, de betrokkenheid en het gedrag van consumenten, en mogelijk ook van de gewenste en ongewenste gevolgen van beleid en wetgeving. Dit realistische beeld is gebaseerd op empirisch onderzoek naar de opvattingen en het gedrag van consumenten. De effecten van beleid en wetgeving gebaseerd op deze realistische aannamen zijn waarschijnlijk sterker en meer in de gewenste richting dan de effecten die we nu zien.

2 CONSUMENT EN PRIVAATRECHT

In het BW bestaat geen uniform beeld van de burger en consument. Enerzijds wordt de burger geacht de wet te kennen, anderzijds wordt de burger/consument gezien als een zwakke partij die beschermd moet worden in het handelsverkeer.³ Dat de burger de wet zou moeten kennen, lijkt me meer een disclaimer om de aansprakelijkheid dat de inhoud van de wetten niet goed bekend is gemaakt, te voorkómen. Een empirisch onderzoek onder burgers zal ongetwijfeld aantonen dat de meeste burgers de wetten niet volledig of zelfs in het geheel niet kennen. Uit een dergelijk onderzoek zal ook naar voren komen dat er grote individuele verschillen zijn in de mate van wetskennis, samenhangend met opleiding, intelligentie en interesse van de respondent.

Ondanks de geringe wetskennis weten burgers en consumenten door normbesef, persoonlijke ervaring en communicatie met anderen over hun ervaringen wat wel of niet is toegestaan. Wetten zijn in veel gevallen nadere specificaties van algemene ethische normen en regels. De meeste consumenten begrijpen dat contracten er zijn om nageleefd te worden. Een consument die een huis voor eigen bewoning heeft gekocht, kan binnen drie dagen de koop ontbinden zonder opgaaf van redenen.⁴ Als er een 'afkoelingsperiode' wordt ingesteld bij de aankoop van een eigen woning om het consumenten mogelijk te maken het contract zonder opgaaf van redenen op te zeggen, kan een dergelijke rechtsregel het rechtsbesef dat bij velen bestaat verzwakken. Anderzijds zullen consumenten dit een redelijke regeling vinden omdat consumenten op deze wijze behoed worden voor de gevolgen van een impulsieve beslissing. Overigens kan alleen met empirisch onderzoek worden vastgesteld welke meningen hierover bij consumenten bestaan en in welke mate gebruik wordt gemaakt van de opzeggingsmogelijkheid.

Geanticiperde spijt is een belangrijke reden om een keuze uit of af te stellen. De mogelijkheid om een contract zonder opgaaf van redenen op te zeggen (afkoelingsperiode) kan een aankoop in een onzekere situatie versnellen, doordat consumenten bij eventuele spijt binnen drie dagen de opzeggingsmogelijkheid kunnen benutten. In de marketing

³ Zie bijvoorbeeld art. 6:231 BW e.v. en de regeling van de consumentenkoop in boek 7 BW.

⁴ Art. 7:2 lid 2 BW.

bestaan ook dergelijke opties ('niet goed, geld terug', inruilgarantie) om consumenten over de streep te trekken. Het is vooral een psychologisch mechanisme om de keuze-knoop door te hakken. Consumenten die een aankoop hebben gedaan, maken in de praktijk weinig gebruik van de inruil- en geld-terug-garanties. 'Verkoper op afstand' Wehkamp krijgt minder dan 10% van de aankopen retour; bij winkelverkoop ligt dit percentage nog lager.

Er bestaat een wisselwerking tussen het gedrag van consumenten en de rechtsregels en -procedures. Hoe beïnvloedt het gedrag van consumenten de rechtsregels? Wetgevers en beleidsmakers hebben een bepaald beeld van de 'typische consument' of juist van de 'atypische consument' in gedachten als ze rechtsregels opstellen of aanpassen. Een beeld van de consument als een 'zwak slachtoffer' van handelspraktijken levert totaal andere rechtsregels op dan een beeld van de consument als een 'slimme misbruiker' van mogelijkheden. In het eerste geval zijn de regels er vooral op gericht de consument te beschermen. In het tweede geval zijn de regels er vooral op gericht de leverancier of de maatschappij te beschermen.

Een voorbeeld van het laatste is misbruik van de 'niet-goed-geld-terug' garantie. Consumenten kopen kleding voor een speciale gelegenheid. Deze kleding dragen ze bij die gelegenheid en daarna retourneren ze de kleding aan de leverancier onder de 'niet-goed-geld-terug' garantie met als reden dat de kleding niet goed zou passen of niet goed zou staan. Dit is een oneigenlijk gebruik van de garantieregeling. Als dit oneigenlijke gebruik veel voorkomt, zal de garantieregeling moeten worden aangepast of zelfs worden opgeschort. Het gedrag van consumenten leidt dan tot aanpassing van de rechtsregels.

Rechtsregels kunnen ook tot doel hebben consumenten tegen zichzelf te beschermen. Lezen consumenten de gebruiksaanwijzing voordat ze een product gaan gebruiken? De ervaring van aanbieders is inderdaad dat er veel consumenten zijn die het product met 'trial and error' beginnen te gebruiken en pas de gebruiksaanwijzing gaan lezen, als ze er met 'proberen' niet uitkomen. De oplossing is dan het product zo te ontwerpen dat er niets mis kan gaan, ook al hebben consumenten de gebruiksaanwijzing niet gelezen.

Lezen consumenten de algemene voorwaarden voordat ze een transactie aangaan? Consumenten die een vliegreis op internet boeken, moeten aanvinken dat ze akkoord gaan met de algemene voorwaarden. De meeste consumenten willen snel de vliegreis reserveren, zeker als nog maar enkele stoelen beschikbaar zijn, en lezen dan de voorwaarden niet of onvolledig. Ook bij het downloaden van software moeten gebruikers aanvinken dat ze akkoord gaan met de voorwaarden. De oplossing is de dienst zo aan te bieden dat er geen 'adders onder het gras' verborgen zijn die de consument benadelen, ook al hebben ze de voorwaarden niet gelezen.

Hoe beïnvloeden de rechtsregels het gedrag van consumenten? Rechtsregels zijn erop gericht gewenste gedragingen van consumenten te bevorderen en ongewenste gedra-

gingen tegen te gaan door sancties in te stellen op ongewenst gedrag. Wat gewenst of ongewenst is, is een normatieve of politieke beslissing. Vanuit de psychologie zou het aan te bevelen zijn geen sancties op ongewenst gedrag, maar beloningen voor gewenst gedrag in te stellen. Belonen is een betere methode dan bestraffen om kinderen op te voeden en het gewenste gedrag te bevorderen.⁵ In de praktijk zien we echter dat wetgevers en politici ervan uitgaan dat gewenst gedrag de standaard (default) is, en dat ongewenst gedrag de uitzondering is die gereguleerd en gesanctioneerd moet worden.

Een variant van 'slim misbruik' is strategisch gedrag. Dit wil zeggen dat burgers, consumenten en andere economische actoren binnen het geheel van rechtsregels 'loopholes', interpretatie en 'stretching' van regels zoeken om hun maatschappelijk ongewenst gedrag te kunnen voortzetten. Rechtsregels worden dan formeel niet overtreden, maar leiden tot maximalisatie binnen de regels en/of tot verschuivingen naar andere domeinen. Als er strenge regels zijn voor statiegeld en recycling van glas- en blikverpakking, zullen fabrikanten uitwijken naar plastic verpakkingen waarvoor geen of minder strikte regels gelden.

3 DE RATIONELE CONSUMENT

De rationele markthypothese⁶ stelt dat in marktcondities en marktprijzen alle informatie is verwerkt en dat geen enkele marktpartij gebruik kan maken van de onvolledige kennis van economische actoren, of van te hoge of te lage prijzen. Mocht dit tijdelijk toch vóórkomen, dan corrigeert de markt zichzelf en passen prijzen en informatieachterstand zich snel aan. De rationele consument is een persoon die volledig geïnformeerd is over de keuzealternatieven en deze informatie optimaal gebruikt om het alternatief te kiezen met het hoogste nut. Het lijkt een persiflage, want er zijn omstandigheden te onderscheiden waar nutsmaximalisatie onmogelijk is. Een voorbeeld is de huizenmarkt. Een potentiële koper kan zijn nut niet maximaliseren, omdat het aanbod van woningen voortdurend verandert. De keuze van vandaag kan morgen al onjuist blijken te zijn doordat er een beter huis op de markt komt. De potentiële koper die zijn keuze uitstelt, kan hierdoor een aantrekkelijk huis mislopen dat intussen aan een ander wordt verkocht. In een voortdurende veranderende markt is nutsmaximalisatie onmogelijk en is 'satisficing' gedrag⁷ het best mogelijke. 'Satisficing' betekent 'voldoend aan bepaalde eisen'. Dit wil zeggen dat een potentiële koper voor zichzelf bepaalt aan welke eisen een woning moet voldoen

5 Een beloning is effectiever dan een straf in de opvoeding. Bij een beloning weet een kind wat het gewenste gedrag is. Bij een straf weet een kind alleen wat het ongewenste gedrag is. Een beloning wijst duidelijk in de juiste richting en een straf niet.

6 Fama en French 1993, p. 3-56.

7 Simon 1955, p. 99-118.

(prijs, locatie, aantal kamers, afstand tot winkelcentrum, scholen en werk) en het eerste huis kiest dat aan deze eisen voldoet. Een ander voorbeeld van de onmogelijkheid van nutsmaximalisatie is de aandelenmarkt, waar beleggers niet weten hoe de koers van elk aandeel zich zal ontwikkelen. De keuze van een aandeel of een portefeuille van aandelen blijft een keuze met een grote mate van onzekerheid.⁸

De rationele consument is in de meeste situaties een economische fictie, maar kan in sommige gevallen een benchmark zijn om het werkelijke gedrag van consumenten aan te toetsen. De burger die de wet kent, is evenzo een juridische fictie, maar kan ook een benchmark zijn om de feitelijke wetskennis van burgers aan te toetsen.

4 DE ZWAKKE CONSUMENT

In veel markttransacties is de consument de zwakke partij, doordat consumenten in het algemeen minder informatie hebben over producten en diensten dan leveranciers en ook minder goed op de hoogte zijn van de contractuele verplichtingen die ze aangaan. Consumenten kopen misschien maar één of twee keer in hun leven een huis en een hypotheek en kunnen zo minder ervaring opdoen dan een professionele projectontwikkelaar of makelaar. Tjittes⁹ beschrijft de 'hoedanigheid van de partijen' in termen van hun maatschappelijke positie en hun individuele eigenschappen, macht en deskundigheid. Tjittes onderscheidt particulieren, ondernemers, overheden en verwanten (familie-recht). Hij verzet zich tegen de term consument, omdat daar te veel op verbruikers wordt gedoeld. De hoedanigheid van de partijen geeft kleur aan de normen van het contractenrecht. Een bank is ten opzichte van een niet in de optiehandel ingevoerde klant tot een grotere zorg verplicht dan ten opzichte van iemand die deskundig is op dit terrein.¹⁰ Een professionele borg moet op meer risico's bedacht zijn dan een particuliere borg die dit uit vriendendienst doet. Het gevaar van Tjittes' benadering is dat elk geval uniek wordt 'in zijn hoedanigheid' en dat de rechtsgelijkheid van personen gevaar loopt. Maar als zich duidelijke patronen aftekenen in de casuïstiek, kunnen compensatie en tegemoetkoming van de zwakke partij op hun plaats zijn.

Bij informatieachterstand van een marktpartij functioneert de markt ook minder goed. Het overheidsbeleid is er dan op gericht de informatieachterstand van consumenten te verminderen of op te heffen. Leveranciers krijgen allerlei informatieplichten op grond waarvan verkopers van goederen en diensten consumenten dienen in te lichten. Het zou

8 Bij keuze in een situatie van onzekerheid kunnen consumenten waarschijnlijkheden in hun nutsfunctie en keuze opnemen. Hiermee kan toch de best mogelijke keuze worden bereikt.

9 Tjittes 1994.

10 Deze zorgplicht is geregeld in de Wet op het Financieel Toezicht: www.minfin.nl/nl/onderwerpen/financiele_markten/financieel_toezicht/wet_op_het_financieel_toezicht.

kunnen betekenen dat consumenten minder aangespoord worden om zelf goede informatie te verzamelen om een goede beslissing te kunnen nemen.¹¹

In 2006 heeft het ministerie van Financiën het initiatief genomen voor het Platform CentiQ, een samenwerking van overheid, bedrijfsleven (banken en verzekeraars) en consumentenvoorlichting (Consumentenbond, Nibud). De doelstelling van CentiQ is het versterken van de consument als marktpartij door goed geïnformeerde en opgeleide consumenten, die geïnteresseerd zijn in en zelfvertrouwen hebben bij het nemen van financiële beslissingen, waardoor zij een actieve rol innemen op de financiële markten en komen tot weloverwogen financiële beslissingen.¹² Door voorlichtingscampagnes en door lespakketten in het reguliere onderwijs hoopt CentiQ zijn doelstelling te bereiken. De algemene gedachte achter deze bescherming van consumenten is dat de zwakke deelnemers aan het handelsverkeer versterkt dienen te worden door hun informatieachterstand weg te nemen en ook beschermd dienen te worden tegen de professionele marktpartijen. In de Verenigde Staten is deze politieke keuze overigens anders uitgevallen. Daar wordt van consumenten een proactievare houding verwacht: consumenten dienen zich goed te informeren, door te vragen, zelf onderzoek te doen of te laten doen. Laten consumenten dit na, dan is een miskoop hun eigen schuld en kunnen ze de schade niet verhalen op de verkoper.

De Nederlandse overheid, wetgevers en beleidsmakers zijn gericht op het evenwichtiger maken van de balans door de consument te beschermen en zijn positie te versterken. Een voorbeeld is de omgekeerde bewijslast bij productaansprakelijkheid, zodat niet de consument behoef t aan te tonen dat een product in gebreke blijft of informatie onvoldoende is, maar de leverancier moet aantonen dat dit niet het geval is. Een ander voorbeeld is de 'afkoelingsperiode' waarin een aankoop ongedaan gemaakt kan worden, bijvoorbeeld bij een belangrijke aankoop zoals een eigen woning. Een afkoelingsperiode heeft vooral zin als het gaat om infrequent genomen belangrijke beslissingen zoals de aankoop van een huis, een aanvraag tot echtscheiding, en wellicht ook een huwelijk. Dit zijn beslissingen waarvoor de consument geen ervaring kan opbouwen. Bovendien zijn het vaak beslissingen waarbij emoties spelen en impulsiviteit ongewenst is.

Een andere manier om de zwakke consument te beschermen staat bekend als het 'libertair paternalisme'.¹³ In deze benadering wordt een bepaald keuzealternatief aan consumenten zodanig (als standaard of als gunstigste alternatief) voorgesteld dat de meeste consumenten dit alternatief zullen kiezen, hoewel consumenten vrij zijn om een ander alternatief te kiezen. In Nederland is bijvoorbeeld voor orgaandonatie een opt-in vereist: potentiële orgaandonoren moeten zelf het initiatief nemen om door registratie aan te

11 't Hart en du Perron, 2006. Van Boom, Van Doorn, Pape, Sujecki en Tuil 2007, p. 75-82.

12 Website CentiQ: www.minfin.nl/nl/onderwerpen/financiele_markten/CentiQ.

13 Sunstein & Thaler 2003, p. 1159-1202.

geven dat zij hun organen na hun dood aan anderen ter beschikking stellen. In België geldt een opt-out regeling: alle Belgen worden geacht na hun dood hun organen ter beschikking te stellen aan anderen, tenzij ze registreren dit niet te willen. Hierdoor is in België het aantal beschikbare organen voor transplantatie hoger dan in Nederland.

Een ander voorbeeld: In Nederland worden abonnementen op kranten en tijdschriften automatisch verlengd, tenzij een abonnee tijdig kenbaar maakt het abonnement niet te willen verlengen. In de Verenigde Staten moeten abonnees na elke abonnementsperiode zelf aangeven dat ze hun abonnement willen verlengen en als ze dat nalaten, wordt het abonnement beëindigd.

In het systeem van libertair paternalisme is de normatief of politiek gewenste optie als een *'default'*-optie voor iedereen geldig, tenzij iemand er uitdrukkelijk bezwaar tegen maakt. Er wordt van uitgegaan dat er een grote groep consumenten bestaat die *'vergeet'* hun abonnement op te zeggen of *'vergeet'* zich te registreren als niet-donor. In het systeem van libertair paternalisme krijgen de *'vergeters'* en de consumenten die het moeilijk vinden een beslissing te nemen, automatisch de normatief of politiek gewenste optie. Uiteraard moet er de gelegenheid zijn voor de *'vergeters'* zich alsnog te registreren als niet-donor. Een dergelijke optie bestaat niet voor consumenten die *'vergeten'* zijn hun abonnement op te zeggen.

Libertair paternalisme lijkt een beperking van de vrijheid te zijn, maar is het niet vanwege de opt-out optie. In de praktijk komt het libertaire paternalisme vaak voor. In welke volgorde plaatst een winkelier de producten in een supermarkt? In welke volgorde treffen we voedingsmiddelen aan bij een buffet? In beide gevallen wordt het gedrag van de consument door de situatie beïnvloed. Als er gezonde producten aan het begin van het buffet staan, zullen consumenten gezonder eten dan wanneer er ongezonde producten aan het begin van het buffet staan. Libertair paternalisme treedt ook op als door de aanleg van een weg het gedrag van de weggebruikers en hiermee de verkeersveiligheid wordt beïnvloed.

Zelfs een verschil in formulering kan verschillen in gedrag veroorzaken. Als patiënten instemming moeten geven voor een bepaalde medische behandeling, kan de dezelfde informatie op verschillende manieren worden gegeven. Als wordt gesteld dat *'van alle patiënten die deze behandeling hebben ondergaan, na vijf jaar 90 procent in leven is'* (positieve framing), stemmen meer patiënten met de behandeling in dan wanneer wordt gezegd dat *'van alle patiënten die deze behandeling hebben ondergaan, na vijf jaar 10 procent is overleden'* (negatieve framing).¹⁴

14 Dit verschil tussen positieve en negatieve *framing* kan worden verklaard met prospect theorie. Kahneman en Tversky 1979, p. 263-291.

5 DE OVERLADEN CONSUMENT

Consumenten krijgen de laatste jaren door marktliberalisatie en marktwerking meer de vrijheid om te kiezen wat zij willen uit een steeds groter aanbod van goederen en diensten. Zo kunnen ze kiezen via welke telefoonmaatschappij ze bellen, waar ze hun ziektekostenverzekering afsluiten, bij welke leverancier ze energie afnemen, en bij welke dienstverlener ze internetten. Het rationele keuzemodel gaat ervan uit dat consumenten nauwkeurig alle opties onderzoeken, informatie verwerken en de alternatieven tegen elkaar afwegen. Bij een klein aantal alternatieven is dit nog wel te doen, maar bij een groot aantal wordt deze taak steeds moeilijker dan wel onmogelijk. Enerzijds is keuzevrijheid voordelig. Immers, bij een groot aantal keuzealternatieven is de kans iets te vinden dat spoort met de voorkeur, groter dan bij een klein aantal alternatieven. Anderzijds is deze keuzevrijheid nadelig, omdat het betekent dat consumenten veel informatie moeten verzamelen, begrijpen en verwerken. Hier hebben veel consumenten moeite mee en dit kan hun keuze bemoeilijken. Ze zien door de bomen het bos niet meer. Als rechtsregels vereisen dat veel informatie beschikbaar moet zijn voor consumenten, vergroot dit de *'overload'* en hebben consumenten nog meer moeite een goede keuze te maken.

Veel keuze heeft voordelen en is volgens de economie zelfs gewenst, omdat de kwaliteit van een keuzeoptie niet afzonderlijk, maar wel tegelijkertijd met andere opties kan worden geëvalueerd. Een ander voordeel is dat mensen verschillen in hun voorkeuren en behoeften. Met een groter aanbod kan aan de behoefte van meer consumenten voldaan worden. Een derde voordeel is dat veel keuze de concurrentie bevordert, met als gevolg lagere prijzen en betere kwaliteit.

Naast voordelen heeft veel keuze ook nadelen.¹⁵ Zo zijn daar de 'kosten' van te veel keuze. Ten eerste zijn dat de kosten van tijd. De tijd die we nodig hebben om informatie te verwerken en een beslissing te nemen, hadden we ook kunnen besteden aan iets anders. Ten tweede zijn er de kosten van een foute beslissing. Mensen maken fouten als zij beslissingen nemen, vooral als veel informatie beschikbaar is en de beslissing gecompliceerd is. Als het aantal alternatieven toeneemt, wordt bijvoorbeeld slechts een klein aantal alternatieven in beschouwing genomen.¹⁶ Wordt de beslissing (te) moeilijk, dan vallen mensen terug op eenvoudige beslissingsregels (heuristieken). Is de beslissing te moeilijk, of zijn er te veel alternatieven, dan wordt de beslissing uitgesteld of wordt zelfs vermeden een beslissing te nemen. Een verkeerde keuze wordt niet alleen gemaakt als men weinig informatie of kennis bezit, maar ook als men overladen wordt met informatie. Ten slotte

¹⁵ Van Raaij en De Groot 2007, p. 4-9.

¹⁶ Jacoby 1977, p. 569-573.

zijn er de psychologische kosten van een verkeerde beslissing. Te denken valt aan angst, onzekerheid, (geanticiperde) spijt en teleurstelling.

Het aanbieden van meerdere opties heeft dus voordelen, maar belemmert vaak het gemak waarmee een keuze gemaakt wordt. Dit werd aangetoond door onderzoek van Iyengar en Lepper.¹⁷ Consumenten die veel keuzealternatieven (dertig soorten jam in de winkel) tot hun beschikking hadden, waren vooraf tevredener dan consumenten die weinig keuze (zes soorten jam) hadden. Maar consumenten met veel keuze vonden de beslissing moeilijker, waren achteraf minder tevreden met de uiteindelijke keuze en hadden meer spijt van hun beslissing. De auteurs suggereren dat dit veroorzaakt werd door de verantwoordelijkheid die consumenten voelen als zij veel keuze hebben. In het algemeen blijken emoties, zoals geanticiperde spijt, inderdaad een beslissing te kunnen belemmeren.¹⁸ Barry Schwartz geeft in zijn boek een goed leesbaar overzicht van de literatuur over de problemen die ontstaan bij een overdaad aan keuze.¹⁹

Voor privaatrecht en consumentenbeleid betekent dit dat bij een groter keuzeaanbod consumenten meer problemen hebben en meer fouten maken. De informatie zou dan zo gestructureerd moeten worden dat er een duidelijk onderscheid gemaakt wordt tussen relevante en minder relevante eigenschappen van producten en diensten. Via wettelijke voorschriften en zelfregulering kunnen verplichtingen worden opgelegd aan leveranciers (zorgplicht) om bepaalde relevante informatie aan consumenten te verstrekken, zoals de werkelijke rente van persoonlijke leningen en het energieverbruik van auto's. De bedoeling hiervan is dat met deze informatie consumenten de alternatieven beter kunnen vergelijken en gemakkelijker het voor hen 'beste' alternatief kunnen kiezen. Een andere bedoeling is dat consumenten bij een aanschaf meer letten op het energieverbruik van auto's om hiermee een bijdrage te leveren aan het bereiken van klimaat- en energiebesparingsdoelstellingen van de overheid.

Ook relevant voor privaatrecht is dat consumenten bij een groot keuzeaanbod vaak ontevreden zijn en spijt hebben van een gemaakte keuze. Ze ontdekken na de koop dat een ander alternatief beter zou zijn geweest en proberen dan hun keuze ongedaan te maken. In artikel 7:2 BW is bepaald dat een consument (particulier) de aankoop van een huis binnen drie dagen na de ondertekening van het koopcontract kan ontbinden zonder opgaaf van redenen. De gedachte hierachter is dat de koop van een eigen huis voor de meeste mensen de grootste aankoop is die ze in hun leven doen, en dat ze daarom drie dagen de tijd dienen te hebben ingeval ze spijt krijgen van een beslissing.

17 Iyengar en Lepper 2000, p. 995-1006.

18 Schwartz, Ward, Monterosso, Lyubomirsky, White en Lehman 2002, p. 1178-1197.

19 Schwartz 2004.

Consumenten worden door marktwerking en een groter aanbod ook meer zelf verantwoordelijk voor de gemaakte keuze. Dit draagt ook bij aan de gevoelde spijt, en zou kunnen leiden tot minder schadeclaims bij leveranciers.

Bij een hoge informatieoverdaad kunnen consumenten niet alles meer controleren en bijhouden. Ze vertrouwen op instanties (autoriteiten, gedragscodes van leveranciers, garantieregelingen) voor het geval er iets misgaat. Deze regelingen zouden ertoe kunnen leiden dat consumenten niet zelf informatie verzamelen en goed opletten bij een aankoop, maar vertrouwen dat 'het wel goed zit'. Deze regelingen zouden dus leiden tot minder eigen voorzorg van consumenten en hierdoor tot meer schadeclaims bij de leveranciers. Empirisch onderzoek moet uitwijzen of de resultante van meer verantwoordelijkheid en minder controle van de consument leidt tot minder of juist meer schadeclaims.

6 CONCLUSIES

Uit dit hoofdstuk blijkt dat er forse kritiek te leveren is op een aantal, blijkbaar algemeen aanvaarde, aannamen en veronderstellingen van economen, wetgevers en beleidsmakers. De conclusies van dit hoofdstuk kunnen dan ook langs de lijnen van zes algemeen aanvaarde, maar onjuiste, aannamen worden samengevat.

De eerste aanname is dat *consumenten rationele koopbeslissingen nemen*. Consumenten proberen in vele gevallen rationele beslissingen te nemen, maar slagen daar niet in vanwege de moeilijkheid om alle relevante informatie te verzamelen en te verwerken. In gevallen dat de markt snel fluctueert (huizen- en aandelenmarkt), is het best mogelijke dan ook om een beslissing te nemen waarbij waarschijnlijkheden in de beslissing worden opgenomen. De meeste beslissingen van consumenten zijn niet 100% rationeel, omdat niet alle relevante informatie gebruikt wordt en er fouten gemaakt worden in de afwegingen en onderlinge vergelijking van alternatieven. Een beleid waarbij meer informatie gegeven wordt aan consumenten, betekent niet dat deze informatie ook daadwerkelijk gebruikt wordt bij hun koopbeslissingen, hoewel wel is voldaan aan de zorgplicht en de beschikbaarheid van informatie.

De tweede aanname is dat *meer informatie leidt tot betere aankoopbeslissingen* van consumenten. Meer informatie kan leiden tot informatieoverdaad. Het kost consumenten dan te veel moeite en tijd om alle informatie te verwerken en de keuzealternatieven te vergelijken. Consumenten 'verdrinken' in de relevante en minder relevante informatie. Bij veel informatie worden hierdoor soms slechtere keuzen gemaakt dan bij weinig, maar relevante informatie. In het beleid zou meer gelet moeten worden op de optimale hoeveelheid informatie, de dosering van informatie en op hulpmiddelen om deze informatie te verwerken (keuzewijzers en andere soorten keuzeondersteuning).

De derde aanname is dat *het er niet toe doet hoe de informatie gegeven wordt*, als de informatie maar gegeven wordt. Uit onderzoek blijkt dat er een verschil bestaat tussen positieve en negatieve framing van informatie. Consumenten stemmen vaker in met informatie in positieve termen dan in negatieve termen. Het vermijden van iets negatiefs is een sterkere motivatie dan het bereiken van iets positiefs.²⁰

De vierde aanname is dat *langer nadenken leidt tot betere beslissingen* van consumenten. We leren het onze kinderen dat lang nadenken loont, maar langer nadenken door een uitgebreide verwerking van voorhanden informatie kan juist leiden tot een minder goede keuze. In een dergelijk lang proces wordt minder relevante informatie soms even zwaar gewogen als relevante informatie. De nadruk komt dan te veel te liggen op onbelangrijke details en hierdoor wordt een minder goede keuze gemaakt. Veel consumenten maken intuïtief (via onbewuste informatieverwerking²¹) een goede keuze, maar verknoeien deze goede keuze door bij langer nadenken op irrelevante details te gaan letten. Langer nadenken is dus niet altijd beter, maar een afkoelingsperiode kan consumenten wel helpen om een impulsieve keuze ongedaan te maken. Er is een belangrijk verschil tussen intuïtief en impulsief kiezen. Een impulsieve keuze ontstaat door onmiddellijke behoeftebevrediging en gebrek aan uitstel. Een intuïtieve keuze is gebaseerd op een vaak onberedeneerd 'gevoel' dat iets juist en goed is.

De vijfde aanname is dat *keuze uit veel alternatieven leidt tot tevreden en gelukkige consumenten*. Marktwerking leidt doorgaans tot een groter aanbod van keuzealternatieven. Consumenten zijn vooraf tevreden met een groot aanbod van alternatieven. Ze denken dat er dan een grotere kans bestaat dat er een voor hen geschikt alternatief bij zit. Maar tijdens en na de keuze worden ze minder tevreden, zelfs ontevreden over het grote aanbod door de moeite die ze moeten doen om te kiezen. Ook verwachten ze spijt te krijgen van hun keuze, omdat mogelijk een ander alternatief achteraf beter zal blijken te zijn. Bovendien zijn ze nu zelf verantwoordelijk voor een verkeerde keuze zoals het gekozen beltarief, terwijl ze vroeger gewoon hun 'telefoontikken' betaalden. Per saldo zijn consumenten minder tevreden met de vele mogelijkheden dan vroeger met de beperkte mogelijkheden. In het beleid moet meer gekeken worden naar het optimale aantal keuzemogelijkheden, vaak samengevat in de regel 5 ± 2 (in veel markten tussen 3 en 7, met als optimum 5 alternatieven).

De zesde en laatste aanname is dat *consumenten graag zelf een keuze willen maken en deze keuze niet uit handen geven*. Consumenten zeggen dat ze keuzevrijheid een goede zaak vinden, maar ze vergeten hun keuzestress als het er op aankomt. Als consumenten een keuzeprobleem ervaren, zoals bij het kiezen van een zorgverzekering in begin 2006,

20 Kahneman en Tversky 1979.

21 Dijksterhuis 2007. Zie ook het hoofdstuk van Rassin in deze bundel.

worden ze geholpen door een 'default' optie aan te bieden. Een 'default' is een alternatief dat voor de meeste consumenten goed is, en automatisch de optie wordt voor consumenten die niet willen of kunnen kiezen. Het is een vorm van 'libertair paternalisme' en een uitkomst voor consumenten die in een keuzestresssituatie zitten. Als consumenten niets doen, wordt er voor hen gekozen en wordt hun probleem opgelost.

Kennis van de opvattingen en het gedrag van consumenten kan leiden tot realistischer aannamen over de effecten van beleid en wetgeving. 'Behavioral law' kan net als 'behavioral economics' een ontwikkeling op gang brengen die effectievere regulering en wetten en de handhaving ervan creëert. In veel gevallen kan tevoren onderzoek worden gedaan naar de effecten die te verwachten zijn van beleid en de invoering van nieuwe wetsregels.

LITERATUUR

Dijksterhuis 2007

A. Dijksterhuis, *Het Slimme Onbewuste. Denken met Gevoel*, Amsterdam: Bert Bakker, 2007.

Fama en French 1993

E. Fama en K. French, 'Common risk factors in returns on stocks and bonds'. *Journal of Financial Economics*, 33, 1993, 3-56.

Van Boom, Van Doorn, Pape, Sujecki en Tuil 2007

W.H. van Boom, C.J.M. van Doorn, S.B. Pape, B. Sujecki en M.L. Tuil, 'Informatie en financiële dienstverlening aan consumenten', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken*, 3, 2007, 75-82.

't Hart en du Perron 2006

F.M.A. 't Hart en C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument – Is informatie-verstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?* Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht, 2006.

Iyengar en Lepper 2000

S.S. Iyengar en M.R. Lepper, 'When choice is demotivating'. *Journal of Personality and Social Psychology*, 79, 2000, 995-1006.

Jacoby 1977

J. Jacoby, 'Information load and decision quality: Some contested issues', *Journal of Marketing Research*, 14, 1977, 569-573.

Jolls, Sunstein en Thaler 2000

C. Jolls, C.R. Sunstein en R.H. Thaler, 'A behavioral approach to law and economics', in: C.R. Sunstein (red.), *Behavioral Law and Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 13-16.

Kahneman en Tversky 1979

D. Kahneman en A. Tversky, 'Prospect theory: An analysis of decision under risk'. *Econometrica*, 47, 1979, 263-291.

Van Raaij en De Groot 2007

F. van Raaij en M. de Groot, 'Nadelige gevolgen van te veel keuze', *ESB Dossier*, 4508S, april 2007, 4-9.

Schwartz, Ward, Monterosso, Lyubomirsky, White en Lehman, 2002

B. Schwartz, A. Ward, J. Monterosso, S. Lyubomirsky, K. White en D.R. Lehman, 'Maximizing versus satisficing: Happiness is a matter of choice', *Journal of Personality and Social Psychology*, 83, 2002, 1178-1197.

Schwartz, 2004

B. Schwartz, *The Paradox of Choice. Why More is Less*, New York: Harper, 2004.

Simon 1955

H.A. Simon, 'A behavioral model of rational choice', *Quarterly Journal of Economics*, 69, 1955, 99-118.

Sunstein en Thaler 2003

C.R. Sunstein en R.H. Thaler, 'Libertarian paternalism is not an oxymoron'. *University of Chicago Law Review*, 70, 2003, 1159-1202.

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractpartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen), Universiteit van Groningen, 1994.

HOOFDSTUK 3

DE JUISTE KEUZE

*E. Rassin*¹

SAMENVATTING

Bij allerlei besluitvormingsprocessen wordt er impliciet van uitgegaan dat de beslisser over alle benodigde informatie kan beschikken. Dat geldt ook voor beslissingen die een juridisch aspect kennen, zoals koop, huur, of medische behandeling. Streven naar volledige informatie is uiteraard van belang. Toch kunnen vanuit de gedragswetenschappelijke literatuur kanttekeningen worden geplaatst bij de veronderstelling dat mensen gebruik (moeten) maken van alle relevante informatie. Dergelijke kanttekeningen passeren in dit hoofdstuk de revue.

1 INLEIDING

Goed functionerende mensen, maar ook dieren, streven idealiter naar een situatie waarin ze op een gemakkelijke, aangename manier kunnen voortleven. Daarbij spelen het najagen van aangename dingen (in jargon: stimuli) en het vermijden van onaangename een centrale rol. Volgens de behavioristen (een hoofdstroming in de psychologie) kunnen beide hedonistische motieven in vergaande mate het menselijke gedrag voorspellen.² Daarbij kan niet alleen worden gedacht aan eenvoudige gedragingen, zoals de bevinding dat mensen pas geneigd zijn actie te ondernemen als dat een of andere beloning tot gevolg zal hebben (de zogenoemde status quo bias), maar ook aan complexe gedragsclusters. Mensen (maar ook sommige dieren) zijn bijvoorbeeld in staat om het najagen van beloning op te schorten, indien door dit sparen de beloning groeit ('*delay of gratification*'). Eveneens is men in staat om in complexe situaties de positieve en negatieve consequenties van een bepaald gedrag tegen elkaar af te wegen.

1 Prof. mr. dr. Eric Rassin is bijzonder hoogleraar rechtspsychologie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, e-mail: rassin@fsw.eur.nl.

2 Domjan 2003.

Nog complexer wordt het wanneer de gevolgen van een bepaald gedrag een mate van onzekerheid in zich bergen. Stel dat de kans om beter te worden dankzij een bepaalde operatie bijvoorbeeld 75% is. In dergelijke onzekere situaties, wordt van de rationele beslisser verwacht dat hij zijn besluitvorming baseert op het product van het resultaat en de kans op het behalen van dat resultaat. Als onzekere situaties ook nog eens simultaan positieve en negatieve gevolgen hebben, wordt de beslissing nog moeilijker. Wat als bijvoorbeeld de genezingskans 75% is, terwijl er ook een kans van 35% op ernstige bijwerkingen is?

Het nemen van beslissingen mag dan soms moeilijk zijn, zeker indien er sprake is van onzekerheid en simultane positieve en negatieve gevolgen, in het oorspronkelijke model van de rationele beslisser kan de uiteindelijke keuze worden voorspeld met normatieve regels. Met andere woorden, mensen kiezen optimaal in de zin dat het (verwachte) eindresultaat gunstig is.³ Om tot een optimale beslissing te komen is het van belang dat over alle relevante informatie wordt beschikt. Tal van juridische constructen vereisen dan ook dat partijen elkaar volledig informeren. Een dergelijke informatieplicht geldt bijvoorbeeld in het consumentenrecht. Maar sinds de invoering van de Wet op het Medisch Wetenschappelijke Onderzoek met Mensen, dienen bijvoorbeeld ook deelnemers aan sommige gedragswetenschappelijke onderzoeken vooraf een ‘*informed consent*’ formulier te ondertekenen.

Hoewel volledige informatie cruciaal is in de theorie van de rationele beslisser en op meerdere plaatsen juridisch is verankerd, zijn er gedragswetenschappelijke onderzoeken verricht op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat mensen in tal van besluitvormingssituaties geen gebruikmaken van volledige informatie. Soms leidt een dergelijke gemankeerde besluitvormingsstrategie inderdaad tot evident foute beslissingen, in welk geval wordt gesproken van een bias/vertekening. In andere gevallen blijkt het beslissen op grond van beperkte informatie echter tot dezelfde beslissing te leiden als een volledig geïnformeerd besluit. In dat laatste geval wordt de mildere term ‘*bounded rationality*’ gebezigd. In het navolgende worden enkele gedragswetenschappelijke onderzoeken besproken waarin de gevolgen van beslissingen op grond van onvolledige informatie, of het verkeerd gebruik van informatie worden belicht.

2 DE OVERSCHATTING VAN BEWUSTE KEUZES

Het goed gebruiken van alle relevante informatie vereist dat de beslisser bewust bezig is met de beslissing. Hoewel wij veelal vinden dat we bewust bezig zijn, is het begrip bewustzijn gedragswetenschappelijk ietwat problematisch.⁴ Om te beginnen is het principiële

³ Evans 2007.

⁴ Wegner 2002.

doel van de psychologie als gedragswetenschap om gedrag te verklaren en voorspellen. Als de wetenschap erin zou slagen om gedrag perfect te voorspellen, dan impliceert dat paradoxaal genoeg dat er geen ruimte meer is voor vrije keuze en zelfs voor bewustzijn. Immers, hoe beter men het gedrag kan voorspellen met behulp van wetten, des te minder ruimte er is voor individuele inbreng. Volgens Robins et al. kan de psychologie als wetenschap worden opgesplitst in vier hoofdstromingen, te weten de psychodynamiek, het behaviorisme, de cognitieve psychologie en de biopsychologie.⁵ Inderdaad leiden alle vier de stromingen in extremo tot de conclusie dat de individuele vrije keuze non-existent is. In de psychodynamiek wordt verondersteld dat onze belangrijkste drijfveren in het geheel onbewust opereren. In het behaviorisme wordt het gedrag volledig bepaald door interactie met omgevingsinvloeden. In de cognitieve psychologie geldt dat ons gedrag het gevolg is van activiteiten van onze cognitieve schema's, terwijl we zelf nauwelijks invloed hebben op het ontstaan van die schema's. In de biopsychologie, tot slot, is ons gedrag het gevolg van goeddeels ongecontroleerde lichamelijke reacties. Kortom, welke psychologische stroming men ook aanhangt, ver doorredeneren leidt tot een drastische inperking van het concept van de vrije wil. Zoals gezegd, is de reductie van de vrije wil zelfs een impliciet doel van de gedragswetenschappen.

Het bewustzijn is niet alleen fascinerend als wetenschappelijk onderzoeksonderwerp. Recent onderzoek heeft aangetoond dat het bewustzijn een subjectief concept is. Meer specifiek blijken mensen bij het attribueren van bewustzijn bij andere entiteiten gebruik te maken van vreemde criteria. Zo blijken we dieren meer bewustzijn toe te schrijven naarmate ze in hetzelfde tempo bewegen als wijzelf. Vandaar dat we honden dichter bij onszelf scharen dan koeien.⁶ In een van de onderzoeken van Morewedge et al. kregen studenten een film te zien, waarin een aantal mensen op straat liep. Daartussen liep ook een niet bestaand wezen (de blob). Er waren drie versies van de film. In een daarvan bewoog de blob even snel als de mensen, in de tweede liepen de mensen sneller, en in de derde liepen de mensen langzamer. Let wel: de snelheid van de mensen varieerde, maar die van de blob was constant over de drie varianten. Ook hier bleek dat mensen de blob meer bewustzijn toedichtten indien hij (?) even snel bewoog als de mensen in de film. Zowel relatieve versnelling als vertraging drukte het geattribueerde bewustzijn, de intelligentie en de intentionaliteit. Blijkbaar is het bewustzijn en alle gerelateerde concepten een subjectief fenomeen. Niet voor niets opent het artikel van Morewedge et al. met de veelzeggende woorden: *'Ever notice that anyone going slower than you is an idiot, but anyone going faster than you is a maniac?'*

Afgezien van de kanttekeningen die bij het bewustzijn in het algemeen kunnen worden geplaatst, kan eveneens kritisch worden gekeken naar de mate waarin keuzes volledig

5 Robins, Gosling & Craik 1999, p. 117-128.

6 Morewedge, Preston & Wegner 2007, p. 1-11.

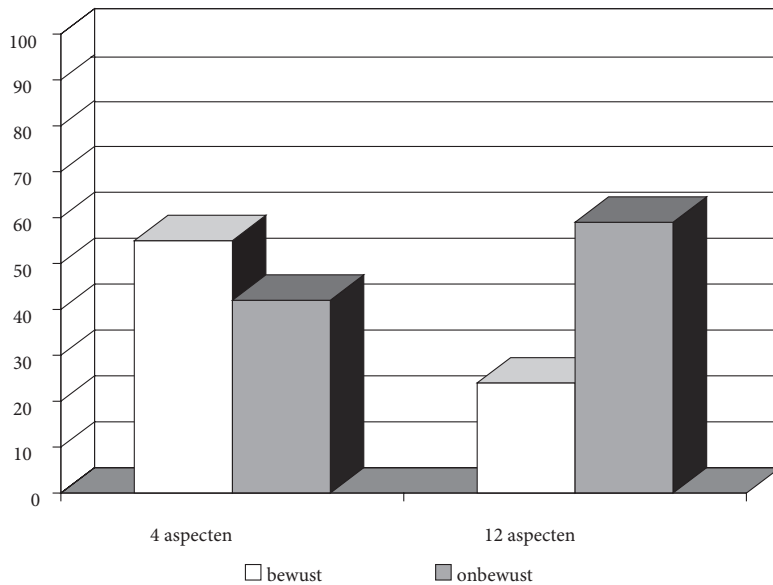
bewust worden gemaakt. Nogal wat mensen herkennen het fenomeen van de automatische piloot. Blijkbaar kunnen we tal van handelingen (waarvan sommige complex, zoals autorijden en muziek maken) deels onbewust uitvoeren. In een recent onderzoek, toonden Dijksterhuis et al. aan dat, ook als het gaat om consumentengedrag, bewuste keuzes niet altijd beter zijn dan keuzes die min of meer op de automatische piloot worden gemaakt.⁷ Als redenen daarvoor voeren zij aan dat bewuste aandacht per definitie beperkt in omvang is en dat bewuste processen vatbaar zijn voor allerlei vertekeningen (zie hierna). De auteurs voerden een aantal onderzoeken uit. In één daarvan werden bezoekers van zowel de Bijenkorf als de Ikea ondervraagd over hun aankoop. Daarnaast dienden de deelnemers aan te geven hoelang ze hadden nagedacht voordat ze tot de aanschaf overgingen, hoeveel aspecten ze daarbij in overweging hadden genomen en dergelijke. Enkele weken later werden de deelnemers telefonisch benaderd en werd gevraagd naar hun tevredenheid met de aanschaf. In de Bijenkorfsteekproef bleken deelnemers die langer en explicieter hadden nagedacht over hun aanschaf, achteraf tevredener te zijn dan mensen die minder bewust hadden nagedacht. Het omgekeerde gold echter voor de Ikea-steekproef. Daar hing tevredenheid juist negatief samen met de mate van voordenkwerk. Aangezien de gemiddelde aanschafprijs bij de Ikea hoger was dan bij de Bijenkorf, dringt de conclusie zich op dat mensen bij het doen van duurdere aankopen vooral niet te lang moeten nadenken.

In een andere studie lazen deelnemers een beschrijving van vier auto's. In de beschrijving zaten zowel positieve (bijvoorbeeld nieuwhed, service) als negatieve (bijvoorbeeld hoog verbruik, weinig opties) aspecten. Sommige deelnemers kregen vier kenmerken per auto, anderen twaalf. In ieder geval was één auto het best (75% van de aspecten was positief), één het slechts (25% positief) en twee gemiddeld (50% positief). De laatste en cruciale variabele was dat sommige deelnemers vier minuten moesten nadenken over hun keuze voor een van de auto's, terwijl anderen vier minuten lang anagrammen moesten oplossen. In de eerste conditie was er dus sprake van bewust nadenken, maar in de tweede niet. De resultaten van dit onderzoek worden weergegeven in figuur 1.

Zoals in de figuur is te zien, leidde het bewust nadenken over de opties tot betere keuzes indien er sprake was van vier kenmerken. In de complexe situatie (twaalf aspecten) was echter het omgekeerde aan de hand. Hier bleken meer deelnemers de optimale keuze te maken indien ze juist niet bewust nadachten over de opties. Anders dan bij het eerder besproken onderzoek, was er hier niet slechts sprake van subjectieve tevredenheid, maar van een objectieve maatstaf voor de kwaliteit van de gekozen optie. Dit onderzoek, overigens gepubliceerd in het toonaangevende tijdschrift *Science*, maakt duidelijk dat het belang van goed nadenken nogal eens kan worden overschat.

7 Dijksterhuis, Bos, Nordgren & Van Baaren 2006, p. 1005-1007.

DE JUISTE KEUZE



Figuur 1 Percentage deelnemers dat de beste auto koos (Dijksterhuis et al.)

3 TE VEEL INFORMATIE

Wie pas een huis heeft gekocht, baalt indien dat huis verborgen gebreken vertoont. In deze context zal niemand betwisten dat het van belang is om ten tijde van de aankoop te beschikken over alle informatie, inclusief die met betrekking tot de gebreken. Niettemin is het soms moeilijk om effectief gebruik te maken van alle relevante informatie, zeker als het gaat om een grote hoeveelheid. Een ervaren overschot aan informatie kan als onaangenaam worden ervaren en kan bovendien een verlamme werking hebben op het besluitvormingsproces. Het boek *The paradox of choice* van Barry Schwartz⁸ begint met de anekdote dat de auteur, voor het eerst in jaren, een nieuwe spijkerbroek ging kopen. Al snel bleek dat het hem de nodige moeite zou gaan kosten een geschikte broek te vinden. Dat kwam voornamelijk doordat hij met allerlei keuzes werd geconfronteerd waarover hij nog nooit eerder had hoeven nadenken: knopen of rits, *stonewashed*, *acid-washed* of *non-washed*, *slim*, *easy*, *relaxed* of *baggy fit*? Allemaal 'nieuwe' opties. De laatste keer dat Schwartz een spijkerbroek had aangeschaft was nog in het tijdperk dat het achterhalen van de eigen breedte- en lengtemaat voldeed als huiswerk. Naar aanleiding van het voorval van de spijkerbroek, ontwaarde de onderzoeker nog enkele vermeldenswaardige

8 Schwartz 2004.

keuzemogelijkheden. Zo telde hij in zijn favoriete supermarkt 285 verschillende soorten koekjes. Toen hij een stereo-installatie voor zijn auto wilde aanschaffen, had hij de keuze uit niet minder dan 45 soorten.

Er kleven meerdere nadelen aan een dergelijke overdaad aan keuzes. Zo vergt het beslissen meer voorwerk, maar levert het tegelijkertijd ook een toegenomen besef van gemiste kansen op. Niet gekozen producten hebben veelal immers toch interessante aspecten die het uiteindelijk gekozen product ontbeert. In het verlengde hiervan ligt het risico van spijt. De hoge verwachtingen die mensen hebben vanwege de grote keuzevrijheid worden namelijk snel ondergesneeuwd door de kosten van de besluitvorming, het besef van gemiste kansen en de snelle adaptatie aan de nieuwe situatie waardoor het plezier afneemt (gewenning). Schwartz' betoog is samen te vatten in het volgende citaat: '*the fact that some choice is good doesn't necessarily mean that more choice is better*'. Volgens Anderson⁹ moet in dit kader onderscheid worden gemaakt tussen compensatoire en non-compensatoire besluitvorming. Neem het kopen van een digitale camera en stel dat de koper bepaalde kenmerken belangrijk vindt, bijvoorbeeld het aantal megapixels en het formaat van de camera. Het eerste kenmerk moet groot zijn, het tweede juist klein. Stel verder dat pixel-grootte en cameragrootte negatief samenhangen. Dat betekent dat de koper tot op zekere hoogte moet kiezen tussen of meer pixels, of een compacter formaat. Wie, geconfronteerd met deze keuze, duidelijk prioriteit geeft aan één van beide kenmerken, hanteert een non-compensatoire beslissingsstijl. Wie echter bereid is tot een *trade-off* ('een superkleine camera is ook een optie, zelfs als die minder dan vijf megapixels produceert'), hanteert een compensatoire strategie. Volgens Anderson resulteert een compensatoire keuzestijl in meer afwegingsperikelen dan een non-compensatoire stijl.

Volgens Schwartz verschillen mensen in de mate waarin een overdaad aan keuze negatieve gevolgen heeft. In de visie van deze auteur wordt dit bepaald door de mate waarin mensen '*maximizen*' bij het maken van keuzen. Grofweg maakt Schwartz een onderscheid tussen '*maximizing*' en '*satisficing*'. Een '*satisficer*' zal de aanwezige alternatieven zolang bekijken totdat hij een exemplaar tegenkomt dat voldoet aan zijn verwachtingen. Om bij het voorbeeld van de digitale camera te blijven, een exemplaar met minstens 5 megapixels en een afmeting van maximaal 10 x 5 x 3 centimeter. Dat exemplaar wordt gekocht en daarmee is het verhaal uit. Een echte '*maximizer*' zal echter nog niet door de knieën gaan voor dit exemplaar, ook niet als het voldoet aan zijn vooraf gestelde eisen. Hij zal nog even verder zoeken, omdat hij altijd opteert voor de beste optie. Wellicht komt hij nog een exemplaar tegen dat even groot is maar twee megapixels meer biedt. Of een exemplaar van gelijke kwaliteit, maar goedkoper. De kans bestaat dat *maximizers* uiteindelijk betere keuzen maken dan *satisficers*. Het nadeel van *maximizing* is echter dat alle beschikbare opties moeten worden nagegaan voordat een veilige beslissing kan worden genomen. *Maximizing* is dus vermoeiender dan *satisficing*. Volgens Schwartz zijn de nadelen van

⁹ Anderson 2003, p. 139-167.

maximizing zelfs zo groot dat ze het voordeel overschaduwden. Hij betreurt dan ook dat *maximizing* lijkt te worden aangemoedigd in de moderne consumptiemaatschappij. Uitspraken als ‘*nothing but the best for my child*’ lijken in de ogen van de moderne burger immers sympathieker dan ‘*my child will have to settle for the good enough*’.

Tversky en Shafir¹⁰ toonden aan dat mensen hun keuze inderdaad uitstellen, naarmate er meer te kiezen valt. In hun onderzoek werd 121 studenten de vraag gesteld of ze – indien ze op zoek waren naar een CD speler – een Sony zouden kopen die vanwege een actie heel aantrekkelijk geprijsd was (\$ 99). Zesenzestig procent van de respondenten beantwoordde deze vraag bevestigend. In een andere steekproef ($n = 124$) werd dezelfde vraag gesteld, maar hier werd ook melding gemaakt van een andere aantrekkelijke optie, te weten een AIWA voor slechts \$ 159. Waar in de eerste conditie 34% van de deelnemers zijn keuze uitstelde, bedroeg dat percentage 46 in deze tweede conditie. Blijkbaar maakte het extra alternatief de keuze moeilijker met als gevolg dat mensen liever geen keuze maakten.

Uit sommig onderzoek blijkt dat mensen ervoor kiezen om te selecteren, indien ze worden overspoeld met informatie. In een onderzoek van Ferrari en Dovidio¹¹ namen 130 studenten plaats achter een palet van 30 kaarten. Er waren vijf rijen en zes kolommen. Het idee was dat deelnemers een te volgen cursus moesten kiezen uit vijf mogelijkheden (vandaar vijf rijen). Voor elke cursus waren er zes soorten informatie (bijvoorbeeld het dagdeel waarin werd gedoceerd, de kwaliteit van de docent en de carrièreperspectieven). Op elke kaart stond de betreffende informatie voor de betreffende cursus. De studenten mochten net zoveel kaarten omdraaien (de informatie stond op de achterkant) als ze zelf wilden. Gemiddeld genomen draaiden ze 70% van de kaarten om en duurde het 93 seconden om een keuze te maken. Als onderscheid werd gemaakt tussen het aantal omgedraaide kaarten met betrekking tot de uiteindelijk gekozen cursus en die met betrekking tot de overige vier vakken, dan raadpleegden studenten meer kaarten over de uiteindelijk gekozen cursus (84%) vergeleken bij de overige alternatieven (66%). Dit betekent dat er sprake was van een zekere tunnelvisie. Immers, uiteindelijk koos men de cursus waarover men de meeste informatie had verzameld. Deze keuze werd gemaakt in afwezigheid van evenveel kennis over de alternatieve cursussen. Het is evident dat bij het selecteren van informatie het risico op de loer ligt dat de selectie vertekend is.

4 ONVOLLEDIG GEBRUIK VAN RELEVANTE INFORMATIE

In de voorgaande paragraaf draaide het om het fenomeen dat een overdaad aan keuzes ertoe kan leiden dat het besluitvormingsproces, het welbevinden en zelfs de kwaliteit van

¹⁰ Tversky & Shafir 1992, p. 358-361.

¹¹ Ferrari & Dovidio 2000, p. 127-137.

de beslissing negatief worden beïnvloed. In die zin is een overschot aan informatie over verschillende alternatieven niet altijd ideaal. Maar ook als er een subjectief overschot aan informatie over één bepaald onderwerp optreedt, kan dit de beslissing negatief beïnvloeden. Nu hebben mensen nogal snel de neiging om te denken dat er sprake is van een overschot aan informatie. Sterker nog, in redelijkheid kan worden betoogd dat mensen ertoe neigen om hun oordeel klaar te hebben voordat ze alle relevante informatie hebben geconsumeerd. Warman et al. vertelden aan 98 proefpersonen dat zich in een ondoorzichtige pot 100 kralen bevonden.¹² Een deel daarvan was blauw en het andere deel roze. De verhouding tussen de kleuren was 60 : 40. Deelnemers moesten achterhalen of er 60 blauwe of juist 60 roze kralen in de pot zaten. Dat deden ze door één voor één kralen uit de pot te halen. De proefleider vroeg na elke trekking of de deelnemer al een idee had over de juiste verhouding, of dat deze nog een extra kraal wilde zien. Gemiddeld genomen dachten de deelnemers aan slechts een handvol kralen genoeg te hebben om tot een oordeel te komen. Vervolgens maakten de onderzoekers onderscheid tussen deelnemers die relatief veel kralen hadden getrokken (5,5) en een groep die het geringste aantal had bekeken (1,5). Zoals verwacht, waren meer deelnemers in de eerste groep accuraat in hun oordeel (77%), vergeleken bij de tweede groep (55%, hetgeen in casu zowat kansniveau is). Niettemin waren deelnemers in beide groepen even zeker over de juistheid van hun oordeel.

Een andere, sprekende, illustratie van het nalaten om alle relevante informatie bij de beslissing te betrekken, werd geleverd door Kuhn et al.¹³ Deze onderzoekers vertelden aan 48 kinderen in de leeftijd van 8 tot 17 jaar het volgende verhaal.

'Afgelopen zomer heb ik een nieuwe auto gekocht. Toen ik hem kocht, hoorde ik iets over een nieuw product, Enginehelp genaamd. Volgens de reclame zorgt Enginehelp ervoor dat de motor beter gaat lopen. Dat wilde ik natuurlijk, dus ik heb het product gekocht. Ik was erg nieuwsgierig naar de werking, dus ik heb eens rondgevraagd bij andere mensen, of die ervaring hadden met Enginehelp. Zes mensen met wie ik sprak, gebruikten ook Enginehelp en waren er erg tevreden over.'

Vervolgens werd gevraagd of de deelnemers dachten dat Enginehelp inderdaad goed was voor de motor. Zevenendertig kinderen (77%) beantwoordden deze vraag bevestigend. De resterende deelnemers zeiden dat het product niet helpt (drie) of dat er onvoldoende informatie was om dat te beoordelen (acht). De laatste acht deelnemers hadden het bij

¹² Warman, Lysaker, Martin, Davis & Haudenschild 2007, p. 1255-1269.

¹³ Kuhn, Phelps & Walters 1985, p. 85-97.

het juiste eind, zoals blijkt uit het vervolg van het onderzoek. De deelnemers kregen namelijk de volgende additionele informatie: 'Ik heb ook met twee mensen gesproken die Enginehelp gebruiken en er ontevreden over zijn; hun motor loopt helemaal niet goed'. Na deze informatie te hebben gekregen, zeiden nog slechts 20 kinderen (42%) te denken dat Enginehelp goed is voor de motor. Daarmee is het verhaal echter nog niet uit. De 48 kinderen kregen tot slot de volgende informatie: 'Drie mensen vertelden me dat ze nooit Enginehelp gebruiken en dat hun motor toch goed loopt, terwijl ik ook nog met één persoon sprak die geen Enginehelp gebruikt en een slechtlopende motor heeft'. Na deze informatie gaven nog steeds 22 deelnemers (46%) aan te denken dat Enginehelp goed is voor de motor. De onderzoekers includeerden ook een controlegroep waarin alle informatie in een keer werd gegeven aan 49 kinderen in dezelfde leeftijd. Negenentwintig van hen (59%) gaven aan te denken dat Enginehelp goed is voor de motor. In werkelijkheid is er geen verband tussen het gebruik van Enginehelp en het functioneren van de motor. De kans dat Enginehelp goed is voor de motor is drie keer zo groot is dan dat het product slecht is ($6 : 2 = 3$). Echter, de kans dat het niet gebruiken van Enginehelp toch een goedlopende motor oplevert, is eveneens drie keer zo groot dan dat dat slecht zou zijn ($3 : 1 = 3$). Kortom, wie over alle informatie beschikt, kan berekenen dat Enginehelp niets toevoegt. Wie zich echter laat overtuigen door de aanvankelijke zes positieve berichten, trekt de premature en onjuiste conclusie dat het product iets toevoegt en geeft geld uit terwijl dat niets oplevert. Het is nog maar de vraag hoe vaak mensen zich realiseren dat positieve berichten veelal slechts één kant van de medaille representeren. In dit onderzoek werd ook een groep psychologiestudenten onderworpen aan het besluitvormingsparadigma. Hoewel zij het beter deden dan de adolescenten, dacht gemiddeld toch 20 tot 30% van de studenten dat er een verband bestond tussen het gebruik van Enginehelp en het functioneren van de motor.

5 DE EERSTE INDRUK

In lijn met de bevinding dat mensen soms sneller een conclusie trekken dan verantwoord is, kan worden betoogd dat als we worden geconfronteerd met een grote hoeveelheid informatie, we vooral de eerst binnenkomende informatie grondig verwerken. Informatie die in een later stadium volgt, blijkt de eerder gevormde mening nauwelijks nog te kunnen bijsturen. Ross et al. nodigden 60 scholieren uit voor een onderzoek naar het vermogen om onderscheid te maken tussen oprechte en valse afscheidsbriefjes van (vermeende) zelfmoordenaars.¹⁴ Elke proefpersoon kreeg 25 paar briefjes te lezen en moest bij elk paar aangeven welk van de twee briefjes echt en welk vals was. Na

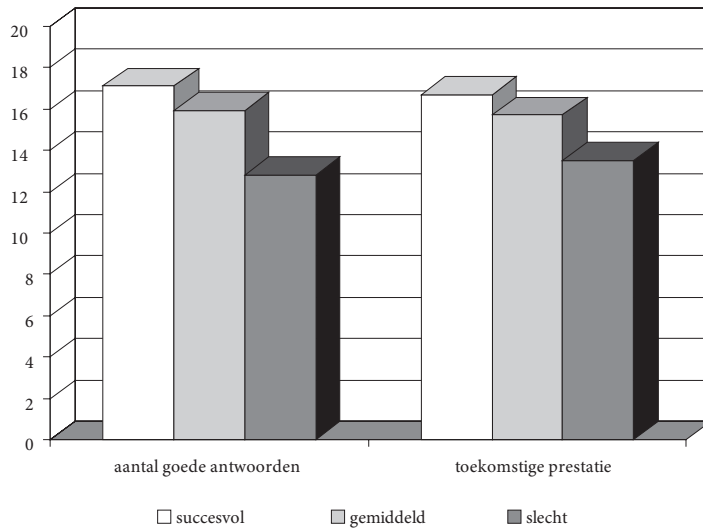
¹⁴ Ross, Lepper & Hubbard 1975, p. 880-892.

afloop kregen de deelnemers (valse) feedback over hun accuratesse in het onderscheiden tussen echte en valse afscheidsbriefjes. Een deel van de proefpersonen kreeg te horen dat ze succesvol waren geweest (24 goede antwoorden), een deel werd meegedeeld dat ze gemiddeld hadden gepresteerd (17 goede antwoorden) en het laatste deel der proefpersonen kreeg te horen dat ze het slecht hadden gedaan (10 goede antwoorden). Met deze feedback werden de deelnemers een aantal minuten alleen gelaten. Bij terugkeer van de proefleider werd uitgelegd dat de feedback vals was geweest. Deelnemers waren niet echt beoordeeld, maar hadden feedback gekregen volgens een schema dat reeds was vastgesteld voordat de deelnemers het lab zouden betreden. Elke deelnemer werd gevraagd expliciet te verklaren of hij deze informatie had begrepen. Daarna beantwoordden de deelnemers schriftelijk onder meer de volgende vragen: hoeveel goede antwoorden denkt u in werkelijkheid te hebben gegeven en hoeveel goede antwoorden zou u geven in een toekomstige vergelijkbare test? Zoals in Figuur 2 is te zien, waren de antwoorden wel degelijk beïnvloed door de eerder gekregen en weer teruggetrokken feedback. Blijkbaar woog de aanvankelijke feedback toch zwaarder dan de latere ongedaanmaking ervan.

Hoewel de meerderheid van de onderzoeken ter zake bevestigt dat eerst binnenkomende informatie meer gewicht in de schaal legt dan later verwerkte informatie (men spreekt van een '*primacy effect*'),¹⁵ is er ook een enkel onderzoek waarin later binnengekomen informatie juist wel effect sorteerde. Bastardi en Shafir vroegen hun deelnemers of ze een cd-speler zouden kopen voor 120 dollar indien ze wisten dat ze ook \$ 90 moesten uitgeven voor de reparatie van hun versterker.¹⁶ De prijs van de cd-speler was gunstig en 91% van de ondervraagden gaf dan ook te kennen de speler te zullen kopen. In een tweede groep luidde de instructie dat de deelnemers een dag later zekerheid zouden krijgen over de noodzaak om de reparatie ter hoogte van \$ 90 uit te voeren. In deze groep besloot slechts 26% om de cd-speler te kopen. Toen inderdaad bleek dat de reparatie nodig was, besloot nog eens 29% de cd-speler toch te kopen. Uiteindelijk kocht in de tweede conditie dus slechts 55% van de deelnemers de cd-speler, terwijl in de eerste conditie maar liefst 91% was overgegaan tot de aanschaf. Blijkbaar had het bewust wachten op de bevestiging van de reparatie deze informatie zo beladen gemaakt, dat zij veel gewicht in de schaal legde. Meer dan wanneer van meet af aan duidelijk was geweest dat de reparatie nodig zou zijn. In casu had de later verkregen zekerheid dus wel invloed gehad op de beslissing, zij het een ietwat vreemde invloed.

¹⁵ Zie Rassin 2007.

¹⁶ Bastardi & Shafir 1998, p. 19-32.



Figuur 2 Geschatte en verwachte prestaties als functie van feedback (Ross et al.)

6 HALSSTARRIGHEID

Een laatste voorbeeld van neigingen die in de weg staan aan het goed gebruik van alle relevante informatie, is de zogenaemde confirmatiebias.¹⁷ Hoewel deze bias verschillende facetten omvat, kan hij worden gedefinieerd als de tendens om alleen die informatie te gebruiken die in overeenstemming is met onze bestaande opvattingen. Sweeney en Gruber verrichtten een onderzoek tegen de achtergrond van het Watergate schandaal.¹⁸ In 1973 organiseerde de Amerikaanse senaat een reeks hoorzittingen in verband met vermeende spionageactiviteiten van medewerkers van president Nixon. Deze procedure heeft uiteindelijk geresulteerd in het aftreden van de president. Sweeney en Gruber veronderstelden, de confirmatiebias indachtig, dat Amerikanen die in 1972 nog op Nixon hadden gestemd het hele Watergate onderzoek niet zo leuk zouden vinden. McGovernstemmers daarentegen zouden zich wel eens stiekem kunnen verheugen over Nixons problemen en aldus de gang van zaken op de voet volgen. Om deze hypothese te testen, werden drie interviewsessies georganiseerd, aan het begin, halverwege en tegen het eind van de Watergate affaire. Verschillende willekeurig gekozen burgers, onder wie 21 Nixon-stemmers en 42 McGovern-stemmers werden geïnterviewd. Omdat de geïnter-

¹⁷ Nickerson 1998, p. 175-220.

¹⁸ Sweeney & Gruber 1984, p. 1208-1221.

viewden herhaaldelijk werden benaderd, was het voor de interviewers mogelijk om steeds op de actuele stand van zaken in te spelen. Een deel van de vragen werd beantwoord met een voorgeschreven format. Bijvoorbeeld:

'Thinking back over the past four or five weeks, has your interest in politics been increasing or decreasing? (1 = decreasing, 2 = neither/about the same, 3 = increasing)'.

Uit de analyse van de antwoorden volgde dat McGovern-stemmers recentelijk meer interesse in de politiek hadden (2,6) dan de Nixon-stemmers (2,0). Vergelijkbare verschillen bleken te bestaan voor de concrete interesse in de Watergate-affaire en voor de neiging om over deze affaire te discussiëren. Ook bleken McGovern-stemmers meer kennis te bezitten over het onderzoek (namen van betrokken senatoren en getuigen) dan Nixon adepten.

Terwijl het onderzoek van Sweeney en Gruber aantoont dat mensen disconfirmerende informatie liefst links laten liggen, is er ook reden om aan te nemen dat we ertoe neigen om neutrale informatie zodanig te interpreteren dat deze ondersteuning gaat leveren voor onze overtuiging. Neem een proefpersoon van een onderzoek in de trant van dat van Warman et al. Deze persoon ziet een doos waarvan hij weet dat er 100 knikkers in zitten; een deel daarvan is blauw en een deel rood. De verhouding tussen de twee kleuren knikkers is 60 : 40, maar hij weet niet of er 60 blauwe of juist 60 rode knikkers in zitten. Dat dient hij te bepalen aan de hand van de individuele trekking van knikkers – met teruglegging. Stel dat hij na een tiental knikkers de indruk krijgt dat het gaat om een doos met 60 blauwe en 40 rode knikkers. Als op dat moment de elfde knikker rood is en de twaalfde blauw, dan mag worden verwacht dat die laatste twee trekkingen zijn mening niet veranderen. Toch blijkt uit onderzoek dat zelfs die neutrale informatie (een rode en een blauwe knikker) mensen sterkt in hun overtuiging.¹⁹

Wat gebeurt er indien de besluitnemer door omstandigheden niet in staat is om zich selectief te richten op informatie die zijn eigen mening bevestigt? Met andere woorden, wat gebeurt er als we ontkrachtende informatie niet kunnen ontlopen? Lord et al. selecteerden uit een groep van 151 studenten, 24 mensen die voor de doodstraf waren en evenzoveel tegenstanders.²⁰ Elke deelnemer kreeg twee korte teksten te lezen, die een samenvatting gaven van een gefingeerd wetenschappelijk onderzoek. Eén tekst onderstreepte het nut van de doodstraf (bijvoorbeeld: *'Kroner and Phillips (1977) compared murder rates for the year before and the year after adoption of capital punishment in 14 states.*

¹⁹ Baron 2000.

²⁰ Lord, Ross & Lepper 1979, p. 2098-2109.

In 11 of the 14 states, murder rates were lower after adoption of the death penalty’). De andere tekst sprak de vermeende effectiviteit van de doodstraf juist tegen (bijvoorbeeld: *Palmer and Crandall (1977) compared murder rates in 10 pairs of neighboring states with different capital punishment laws. In 8 of the 10 pairs, murder rates were higher in the state with capital punishment*’). De samenvattingen die de deelnemers kregen te lezen waren afkomstig uit een pool van 20 teksten, die alle vergelijkbaar waren qua structuur en overtuigingskracht. Om volgorde-effecten te voorkomen, lazen sommige deelnemer eerst een pro-doodstraf tekst, terwijl anderen eerst een anti-doodstraf tekst lazen. Naderhand beantwoordden de deelnemers enkele vragen met betrekking tot hun mening over de onderzoeken. Ook dienden ze aan te geven of ze, vergeleken bij de aanvang van het onderzoek, nu een extremere of juist een gematigdere mening hadden over de doodstraf en over de afschrikkende werking daarvan. Uit de analyse volgde dat deelnemers de onderzoeken die overeenstemden met hun mening beter vonden dan de onderzoeken die ermee in strijd waren. Dat is opmerkelijk, want het stimulusmateriaal was juist zodanig geschreven dat alle onderzoeken van dezelfde kwaliteit waren. Nog opmerkelijker was dat de overtuiging van de twee groepen deelnemers na afloop van het experiment alleen maar sterker was geworden dan voorheen. Tegenstanders waren na afloop dus nog sterker tegen de doodstraf en waren er nog meer dan voorheen van overtuigd dat de doodstraf geen afschrikkende werking heeft. Het omgekeerde gold voor de voorstanders. Dit onderzoek onderstreept niet alleen de halsstarrigheid van overtuigingen, maar suggereert bovendien dat pogingen om die meningen met genuanceerde informatie te veranderen, gedoemd zijn te falen, of zelfs een averechts effect hebben.

7 VERANKERING

Van sommige beslissingen vraagt men zich achteraf af hoe men ze heeft kunnen nemen. Fenomenen als een opwelling en overmandheid door emoties worden dan aangeroepen. Er is onderzoek verricht waaruit volgt dat beslissingen soms inderdaad worden beïnvloed door factoren die objectief gezien irrelevant zijn. Bovendien vindt dergelijke oneigenlijke beïnvloeding nogal eens plaats zonder dat we het in de gaten hebben. Als we bij een beslissing worden beïnvloed door een irrelevant ijkpunt, wordt gesproken van een verankeringsbias. Mussweiler en Englich geven als voorbeeld de retorisch vraag of de prijs die iemand zal vragen voor zijn te verkopen auto wordt beïnvloed door het horen van een bericht over de uitvinding van de Duitse braadworst 2300 jaar geleden.²¹ Hun onderzoek maakt aannemelijk dat die prijs inderdaad best wel eens rond de € 2300 zou kunnen uitkomen. In hun eerste experiment vroegen ze een groep deelnemers om de gemiddelde

²¹ Mussweiler & Englich 2005, p. 133-143.

jaartemperatuur in Duitsland te schatten. Dat leverde een uitkomst van 13,6 graden Celsius op. Vervolgens kregen twee andere groepen deelnemers dezelfde vraag voorgelegd. Daarvoor werden deze deelnemers echter blootgesteld aan subliminale informatie. De deelnemers keken een minuut lang naar een reeks symbolen op een computerscherm. Tijdens die minuut werd tien keer een getal getoond. Dat getal was slechts zo kort zichtbaar (15 milliseconden) dat het niet of nauwelijks bewust kon worden waargenomen. Sommige deelnemers werden blootgesteld aan een hoge prime (20), andere aan een lage (5). Na deze procedure werd gevraagd of de deelnemers iets vreemds hadden opgemerkt aan de symbolenreeks. Twee deelnemers meldden dat ze iets hadden zien flinkeren en werden derhalve uit de analyse gelaten. Die analyse liet zien dat de achteraf geschatte jaartemperatuur werd beïnvloed door de prime, die in dit geval dus niet eens bewust was waargenomen. In de conditie met de hoge prime werd de jaartemperatuur op 14,9 graden geschat en in die met de lage prime op 12,8. In een tweede onderzoek haalden de auteurs een vergelijkbare truc uit, maar dan met betrekking tot de gemiddelde prijs van een middenklasser. Volgens de controleproefpersonen zou die € 18.312 bedragen. Deelnemers die aan een subliminaal laag anker (10.000) werden blootgesteld, schatten de prijs op € 17.150. Was er sprake van een hoge prime (30.000), dan lag de schatting op € 21.219. Met dit onderzoek tonen de auteurs aan dat het allerminst denkbeeldig is dat onze beslissingen worden beïnvloed door ankers zonder dat we dat in de gaten hebben. Juist omdat de ankers in casu subliminaal werden aangeboden, onderstrepen deze bevindingen dat we ook kunnen worden beïnvloed door ankers die objectief gezien niets met het onderwerp van beslissing van doen hebben.

8 EEN KWESTIE VAN PRESENTATIE

Uit onderzoek blijkt dat mensen in het algemeen gevoeliger zijn voor verlies dan voor winst. Baumeister et al. zeggen daarover het volgende: '*you are more upset about losing \$ 50 than you are happy about gaining \$ 50*'.²² Dit fenomeen staat te boek als '*loss aversion*'. Tegelijkertijd is bekend dat de manier waarop een boodschap wordt gebracht van invloed is op de interpretatie ervan. Denk aan het kopje dat zowel halfvol als halfleeg is. In de literatuur wordt dit effect aangeduid als '*framing*'.²³ Een combinatie van *loss aversion* en het *framing*-effect maakt dat men eenzelfde boodschap door het leggen van differentiële accenten aantrekkelijk of juist afstotelijk kan maken. Zo zullen mensen eerder geneigd zijn om mee te doen aan een project dat 30% kans op winst oplevert, dan aan een project dat 70% kans op verlies heeft. In theorie betekent dit dat het maken van bepaalde keuzes

22 Baumeister, Bratslavsky, Finkenauer & Vohs 2001, p. 323-370.

23 Tversky & Kahneman 1981, p. 453-458.

het best kan worden bevorderd door de nadelen van het niet maken te benadrukken. Andersom zou het niet maken van bepaalde keuzes het best kunnen worden bewerkstelligd door de nadelen van die keuzes te stipuleren. Opvallend genoeg maken nogal wat overheidscampagnes (tegen roken, alcoholmisbruik en onverstandig gebruik van vuurwerk) gebruik van dit principe, terwijl veel reclameboodschappen vooral nadruk leggen op de voordelen van bepaalde producten. Of overheidscampagnes effectiever zijn dan de gemiddelde reclameboodschap is overigens niet bekend.

9 DAN MAAR ONWETEND BESLISSEN?

Het is een goed gebruik om bij het nemen van beslissingen op allerlei gebieden te kunnen beschikken over alle relevante informatie. Immers, wie niet beschikt over relevante informatie kan nooit een weloverwogen beslissing nemen. Daarom zijn wettelijke bepalingen die volledige informatie voorschrijven van belang. De in dit hoofdstuk beschreven onderzoeken, moeten niet worden opgevat als een betoog om informatieverplichtingen te reduceren.

Wel moet worden bedacht dat de informatieplicht normatief is. Op descriptief niveau blijkt het gebruik van alle relevante informatie nogal eens tegen te vallen. Allereerst is betoogd dat beslissingen waarbij nauwelijks wordt nagedacht soms even goed of zelfs beter uitpakken dan weloverwogen keuzes. Dit betreft niet alleen eenvoudige keuze-situaties, maar vooral ook complexe. Vervolgens is besproken dat een overvloed aan keuzes niet per definitie aangenaam is, of leidt tot het optimale resultaat. Ook blijkt veel informatie over één onderwerp niet altijd effectief te worden gebruikt. Mensen wachten namelijk veelal niet met het nemen van een beslissing totdat ze alle informatie hebben verwerkt. De eerst verwerkte informatie legt het meeste gewicht in de schaal. Ook is het goed denkbaar dat mensen '*cherry picken*': dat wil zeggen dat ze alleen die informatie kiezen die hun oorspronkelijke overtuiging ondersteunt. Tot slot is betoogd dat beslis-sers ten prooi kunnen vallen aan onbewuste invloeden, zoals ankers en slinkse formuleringen. De lijst met besproken besluitvormingseigenaardigheden is niet sluitend. Beoogd is slechts om enkele illustraties te geven.

Of de in dit hoofdstuk besproken besluitvormingsperikelen consequenties moeten hebben voor de wettelijke informatieverplichtingen is vatbaar voor discussie. Enerzijds kan worden verdedigd dat de volledige informatie een recht is waarvan de rechthebbende zelf moet beslissen in hoeverre hij ervan gebruikmaakt. Anderzijds kan worden betoogd dat de informatieverplichting soms verdere bepalingen zou moeten bevatten met betrekking tot de volgorde van de informatie, of de te leggen nadruk. Wat in ieder geval zeker is, is dat er altijd mensen zullen zijn die voor buitenstaanders onbegrijpelijke beslissingen nemen, ongeacht over hoeveel informatie ze bij het nemen van het besluit kunnen beschikken.

LITERATUUR

Anderson 2003

Anderson, C.J. (2003). The psychology of doing nothing: Forms of decision avoidance result from reason and emotion. *Psychological Bulletin*, 129, p. 139-167.

Baron 2000

Baron, J. (2000). *Thinking and deciding*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bastardi & Shafir 1998

Bastardi, A. & Shafir, E. (1998). On the pursuit and misuse of useless information. *Journal of Personality and Social Psychology*, 75, p. 19-32.

Baumeister, Bratslavsky, Finkenauer & Vohs 2001

Baumeister, R.F., Bratslavsky, E., Finkenauer, C. & Vohs, K.D. (2001). Bad is stronger than good. *Review of General Psychology*, 5, p. 323-370.

Domjan 2003

Domjan, M. (2003). *The principles of learning and behavior*. London: Thomson Wadsworth.

Dijksterhuis, Bos, Nordgren & Van Baaren 2006

Dijksterhuis, A., Bos, M.W., Nordgren, L.F. & Van Baaren, R. (2006). On making the right choice: The deliberation-without-attention effect. *Science*, 311, p. 1005-1007.

Evans 2007

Evans, J.St.B.T. (2007). *Hypothetical thinking: Dual processes in reasoning and judgement*. East Sussex: Psychology press. *Psychologist*, 54, p. 117-128.

Ferrari & Dovidio 2000

Ferrari, J.R., & Dovidio, J.F. (2000). Examining behavioural processes in indecision: Decisional procrastination and decision-making style. *Journal of Research in Personality*, 34, p. 127-137.

Kuhn, Phelps & Walters 1985

Kuhn, D., Phelps, E. & Walters, J. (1985). Correlational reasoning in an everyday context. *Journal of Applied Developmental Psychology*, 6, p. 85-97.

Lord, Ross & Lepper 1979

Lord, C.G., Ross, L. & Lepper, M.R. (1979). Biased assimilation and attitude polarization: The effects of prior theories on subsequently considered evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, 37, p. 2098-2109.

Morewedge, Preston & Wegner 2007

Morewedge, C.K., Preston, J. & Wegner, D.M. (2007). Timescale bias in the attribution of mind. *Journal of Personality and Social Psychology*, 93, p. 1-11.

Mussweiler & Englich 2005

Mussweiler, T. & Englich, B. (2005). Subliminal anchoring: Judgmental consequences and underlying mechanisms. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 98, p. 133-143.

Nickerson 1998

Nickerson, R.S. (1998). Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, 2, p. 175-220.

Rassin 2007

Rassin, E. (2007). *Waarom ik altijd gelijk heb: over tunnelvisie*. Schiedam: Scriptum.

Robins, Gosling & Craik 1999

Robins, R.W., Gosling, S.D. & Craik, K.H. (1999). An empirical analysis of trends in psychology. *American*

Ross, Lepper & Hubbard 1975

Ross, L., Lepper, M.R. & Hubbard, M. (1975). Perseverance in self-perception and social perception: Biased attributional processes in the debriefing paradigm. *Journal of Personality and Social Psychology*, 32, p. 880-892.

Schwartz 2004

Schwartz, B. (2004). *The paradox of choice: Why more is less*. New York: HarperCollins publishers.

Sweeney & Gruber 1984

Sweeney, P.D. & Gruber, K.L. (1984). Selective exposure: Voter information preferences and the Watergate affair. *Journal of Personality and Social Psychology*, 46, p. 1208- 1221.

Tversky & Shafir 1992

Tversky, A. & Shafir, E. (1992). Choice under conflict: The dynamics of deferred decision. *Psychological Science*, 3, p. 358-361.

Tversky & Kahneman 1981

Tversky, A. & Kahneman, D. (1981). The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, 211, p. 453-458.

Warman, Lysaker, Martin, Davis & Haudenschild 2007

Warman, D.M., Lysaker, P.H., Martin, J.M., Davis, L. & Haudenschild, S.L. (2007). Jumping to conclusions and the continuum of delusional beliefs. *Behaviour Research and Therapy*, 45, p. 1255-1269.

Wegner 2002

Wegner, D.M. (2002). *The illusion of conscious will*. Londen: Bradford books.

HOOFDSTUK 4

CLIENT SATISFACTION – INCENTIVE FOR SERVICE PROVIDERS TO WARN THEIR CLIENTS?

*J. Luzak*¹

SAMENVATTING

De in de bouwsector geldende waarschuwingsplicht geldt ten behoeve van opdrachtgevers en niet ten behoeve van de in de bouwsector actieve dienstverleners. Dit artikel toont echter een verband aan tussen de tevredenheid van de opdrachtgever die door zijn dienstverlener is gewaarschuwd voor gebreken in de geleverde dienst en de kans dat de opdrachtgever loyaal blijft tegenover zijn dienstverlener en dat hij dus vaker met hem zaken zal blijven doen. Het doel van dit artikel is te illustreren dat de waarschuwingsplicht daarom ook in het belang van de dienstverleners kan zijn en dat dienstverleners zich niet zouden moeten verzetten tegen de regulering van de waarschuwingsplicht.

1 INTRODUCTION

Client satisfaction has become a leading marketing concept. Companies spend a lot of money researching when and why clients are satisfied. The outcome of such research is applied in their everyday business practice.² People struggle to reach satisfaction and are often frustrated because they are not able to do so. As I will point out in this article, it is not easy to establish when someone feels satisfied. People tend to have various expectations which have to be compared to the quality of the service they have received in order

1 Joasia Luzak is als aio verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL), Instituut van Privaatrecht, Universiteit van Amsterdam.

2 Business International 1990; Wylie 1993, p. S1-S5; Higgins 1997, p. 12.

to determine whether they are satisfied. The quality of the received service is not experienced objectively. It is the perceived service quality – which is subjective, and differently perceived by every client – which is relevant. Furthermore, it needs to be taken into account that clients tend to expect fair treatment, namely, that they will get as much out of the agreement as the professional party. If they get the feeling that this is not the case, they will be less likely to be satisfied. These are only a few out of many factors which may influence clients' satisfaction. What makes satisfying clients a challenge is that most of these conditions need to be fulfilled in order for a client to feel satisfied. Nowadays, people tend to have higher expectations, partially due to having a wide variety of choices available to them, which convinces people that there is a perfect product/service available somewhere out there.³ Higher expectations are more difficult to meet. Due to the wide range of products and services to choose from, a client may also often have the feeling that by picking one product or service and not another he has missed out on something.⁴ Instead of feeling happier and satisfied, clients tend to feel confused and worried about whether they have made the best decision in the given circumstances. All in all, most of clients would say as a rule: 'I can't get no satisfaction'.⁵

This article will present what is understood by satisfaction, what its antecedents and consequences are. I will focus on one of the most important consequences of having a satisfied client – gaining his loyalty – and discuss what the benefits of this are for service providers. The main question this article poses is whether it is profitable for a service provider to suffer more costs by warning his client of potential/existing defaults and thus ensuring that his client is satisfied with the whole of the services rendered to him. Is this satisfaction and the resulting loyalty a sufficient incentive for service providers? In this article I apply the findings of research on satisfaction to legal research on the duty to warn of professional parties under Dutch construction law. It is mostly the renovation part of the construction sector that this article is likely to be relevant to since clients' satisfaction concerning renovation would probably be more likely to manifest itself faster in a tangible manner, i.e. additional orders for the service providers, recommendations of the service providers to friends and family, et cetera.⁶

3 Schwartz 2005.

4 Schwartz 2005.

5 M. Jagger and K. Richards, '(I Can't Get No) Satisfaction' (performed by Rolling Stones, first released in 1965).

6 The value and quality of a service acquired by the client in respect of the construction sector might not be easy to establish. From the economic point of view in case of credence goods, the quality of which might not be easy for clients to establish even after consumption, clients' choice of goods shall rather be based on third-party information. This means that clients' satisfaction in respect of such goods might have little significance. In case of experience goods, the quality of which can be ascertained upon consumption, clients' satisfaction and consequent word-of-mouth would matter more for service providers. Since renovation works could possibly belong to experience goods the law and economics analysis thereof remains outside the scope of this research.

Before answering the main question, it is important to note that the findings in this article have not been researched empirically by the author. All the statements and analyses cited in this article derive from research conducted by various academics specialized in psychology and economics: the author has drawn her conclusions from these.⁷

2 SATISFACTION – DEFINITION

How does Richard L. Oliver, one of the leading researchers of the influence of satisfaction on consumer behavior, define satisfaction?

*'Satisfaction may best be understood as an evaluation of the surprise inherent in a product acquisition and/or consumption experience. In essence, it is the summary psychological state resulting when the emotion surrounding disconfirmed expectations is coupled with the consumer's prior feelings about the consumption experience. Moreover, the surprise excitement of this evaluation is thought to be of finite duration, so that satisfaction soon decays into (but nevertheless greatly affects) one's overall attitude toward purchasing products, particularly with regard to specific retail environments.'*⁸

This definition combines the concepts of clients' attitudes and purchasing intentions to define satisfaction. The so called 'disconfirmation paradigm' is a dominant framework for explaining client satisfaction.⁹ In accordance with it, client satisfaction and dissatisfaction may be measured by using two cognitive variables: prepurchase expectations and disconfirmation. Every client has certain beliefs or predictions¹⁰ as to the attributes of a product or a service before he concludes a contract. This means that he anticipates certain qualities of the product or service he will receive. Upon the conclusion and performance of a contract, the client receives the product or service acquired by him and then evaluates whether his expectations have been met. The difference between what he expected before the contract was concluded and his perception of what he received afterwards is called disconfirmation. Thus prepurchase expectations are confirmed when the service provided or product purchased fulfill the client's expectations. If prepurchase expectations are not met, the client's beliefs of the service are disconfirmed. Client's expecta-

7 In this respect, it should be mentioned that the empirical research referred to has been conducted by specialists with respect to various contracts in various sectors of business, in order to confirm their more general theories on clients' satisfaction. They based their general conclusions thereupon, which were often confirmed in different research conducted by others. It is these general conclusions that this author will draw upon and refer to below.

8 Oliver 1981, p. 27.

9 Oliver 1980, p. 460-469; Anderson 1973, p. 38-44.

10 Olson, Dover 1979, p. 179-189; Oliver 1980, p. 460-469.

tions may be negatively or positively disconfirmed. Negative disconfirmation refers to the client's expectations not being fully fulfilled. Positive disconfirmation happens when client's expectations have not only been met but also exceeded. According to this theory, the client will be satisfied when his expectations at least are fulfilled. This means that satisfaction with a product or with service also occurs in case of a positive disconfirmation. When the performance of the service or product is worse than the client's expectations prior to concluding the contract, the client will be left dissatisfied.¹¹

It is important to note at this point that client's estimations and evaluations are not always of a very clear sort. Clients are deemed to have expectations but they often find it difficult to clearly define what these expectations are.¹² When a service is provided to clients, they often also have problems evaluating what its exact quality is.¹³ Clients' thoughts on this subject are simply often 'fuzzy'. As research¹⁴ has shown, client's satisfaction is more likely to lead to a client staying loyal to his service provider when client's satisfaction judgment is held by him strongly.

Moreover, some researchers¹⁵ found evidence that sometimes perceived performance influences client's satisfaction more than his expectations. This is most common when a client has knowledge of a service before he acquires it. This has been partially explained by the fact that in such cases expectations of a client are very similar to the actual performance of a product or service.¹⁶ For example, when a builder has his own house being constructed, he 'knows' how the construction should go and what the end product should look like, he doesn't just have to 'expect' it. As a result of this, his satisfaction with the received house will not depend on whether his expectations have been met or not, but rather on how the house will 'perform', i.e. how it turns out to be.

The abovementioned approach to satisfaction has been used by various researchers and their results mostly support the model used by Oliver.¹⁷ Still, the definition of satisfaction has been formulated in many different ways by various academics.

For instance, sometimes clients' satisfaction is determined primarily by how well a service meets the client's need – customization quality – and how reliably it does so – standardization quality.¹⁸ According to this concept, the client's satisfaction seems to be

11 Peter, Olson 1996, p. 508-511.

12 Rust, Inman, Jia, Zahorik 1999, p. 77-92.

13 Parasuraman, Zeithaml, Berry 1985, p. 41-50.

14 Chandrashekar, Rotte, Tax, Grewal 2007, p. 153-163.

15 Churchill, Suprenant 1982, p. 491-504; Tse, Wilton 1988, p. 204-212; Fornell 1992, p. 6-21; Anderson, Sullivan 1993, 125-143.

16 Johnson, Fornell 1991, p. 267-286; Gupta, Stewart 1996, p. 249-263.

17 Quoted in: Peter, Olson 1996, p. 511; LaBarbera, Mazursky 1983, p. 393-404; Bearden, Teel 1983, p. 21-28; Westbrook 1987, p. 258-270.

18 Juran 1988, quoted after: Anderson, Fornell, Rust 1997, p. 129-145.

dependent mostly on these two sorts of quality. Customization quality is the quality that meets the client's specific requirements (the attributes of the service, the way in which it is delivered, etc). Standardization quality corresponds to the lack of deficiencies in the service provided to a client.

Oliver¹⁹ himself characterized satisfaction using other concepts, e.g. as a pleasurable fulfillment. When a client feels that consumption of a product or service fulfills some of his needs, desires, or goals, he considers the consumption pleasurable. In this model there has to be a standard of pleasure and displeasure experienced and a client is satisfied when a service meets that standard.

Due to the fact that it is the most popular concept among researchers examining satisfaction, I will focus on the disconfirmation paradigm in this article. Furthermore, since I will be researching the influence of satisfaction on the duty to warn in the construction sector, I shall only focus on the clients' reaction to a service rendered to them and not to products they purchase.

3 SATISFACTION LEADS TO LOYALTY? BENEFITS OF HAVING A SATISFIED CLIENT.

As mentioned in the introduction, I am focusing on satisfaction since there are reasons to believe that a satisfied client will stay 'loyal' to his service provider. I will use Oliver's²⁰ definition of loyalty. He describes loyalty as:

'a deeply held commitment to rebuy or repatronize a preferred product/service consistently in the future, thereby causing repetitive same-brand or same brand-set purchasing, despite situational influences and marketing efforts having the potential to cause switching behavior' [emphasis by R.L. Oliver].

The disconfirmation paradigm suggests that if the expectations of a client are met or exceeded, a client should be satisfied with the received service and be more inclined to stay loyal to his service provider.²¹ However, as is well known, it does not always happen this way in practice.²² Even when clients complain about a specific service, they might remain loyal to their service provider.²³ The opposite applies as well. Even when clients are satisfied with the service they have received, they might still change their service

19 Oliver 1997.

20 Oliver 1997, p. 392.

21 Gupta, Stewart 1996, p. 249-263.

22 Stewart 1997, p. 112; Reichheld 1996.

23 Even apart from the situation where the service provider in fact has a (quasi-)monopoly, as the case may be for public utilities but also with, for instance, public transport.

provider. It might thus be said that satisfaction is a necessary factor in the beginning of a client-service provider relationship, in order to create a sense of loyalty with the client. After this has been achieved, other factors often influence a client's decision whether to stay with the given service provider or not.²⁴ Despite other factors influencing a client's choice on whether to stay with his current service provider, there is a significant link²⁵ between the client's satisfaction and his loyalty towards the service provider to justify the latter choosing client's satisfaction as one of its main business goals. The costs of acquiring such loyalty will be discussed below.

Since it seems that satisfaction has an influence on the loyalty of the client, in general, I will now try to establish how that happens and what the consequences of this are. Various studies²⁶ have shown that the greater the satisfaction of the client, the greater his loyalty is. What are the benefits of this?

It has been argued, and proven by empirical research, that due to the fact that clients' satisfaction increases loyalty future revenues of the service provider are secured;²⁷ return on investment and return on assets are positively influenced;²⁸ the costs of its future transactions are reduced;²⁹ price fluctuations are decreased³⁰ and the probability that the client will switch to another service provider is minimized, even if the quality of the future product of his provider falters.³¹

Furthermore, due to the simple fact that the satisfied client does not have reasons to complain, some internal costs of the service provider are bound to be lower, e.g. warranty costs, handling/managing complaints, or field service.³² Even if a service is not optimal a client may still be satisfied and probably won't complain to a service provider about small defaults therein. This leads to significant savings concerning complaint management as well as on potential remedies a service provider volunteers or is forced to (e.g. by court order) provide a client with.

24 Oliver 1999, p. 33-44.

25 Seiders, Voss, Grewal, Godfrey 2005, p. 26-43; Szymanski, Henard 2001, p. 16-35; Mittal, Kamakura 2001, p. 131-142.

26 E.g. Anderson, Sullivan 1993, p. 125-143; Yi 1989, ed. Zeithmal; Oliver 1980, p. 460-469; LaBarbera, Mazursky 1983, p. 393-404.

27 Fornell 1992, p. 6-21; Rust, Zahorik, Keiningham 1994.

28 Rust, Moorman, Dickson 2002, p. 7-24.

29 Reichheld, Sasser 1990, p. 105-111.

30 Anderson 1996, p. 19-30.

31 Anderson, Sullivan 1993, p. 125-143; Gustafsson, Johnson, Roos 2005, p. 210-218; However, we are talking here about a minor quality's decline. As will be mentioned in the following paragraphs, if the service failure is serious enough, the client's dissatisfaction will reach such high levels that it will undermine his loyalty towards the service provider altogether.

32 Crosby 1979; Fornell, Wernerfelt 1988, p. 271-286; Garvin 1988; Gilly, Gelb 1982, p. 323-328.

One other factor which shows how beneficial having satisfied clients might be for the service provider is the research³³ conducted on a clients' retention and acquisition costs. It shows that it is relatively cheaper for service providers to retain existing clients than to gain new ones. That suggests that service providers should pay attention to their clients' needs and expectations in order to satisfy them, since the cost of gaining new clients is deemed to be higher than that of keeping the old clientele.

Findings of research on the importance of word-of-mouth is also important to consider. Word-of-mouth can be defined as 'oral, person-to-person communication between a receiver and a communicator'.³⁴ A satisfied client is bound to share his satisfaction with his friends and acquaintances. This influences the service provider's image. It is well-accepted³⁵ that nonmarketing sources of information are taken under serious consideration by clients in their decision making process. This phenomenon might decrease the costs of attracting new clients since word-of-mouth advertising is free.³⁶ Therefore, client satisfaction should lead to a reduction of marketing costs of the service provider when his clients are satisfied. The general reputation of the service provider benefits from positive word-of-mouth from its clients. This is all the more important, since research³⁷ has shown that word-of-mouth might have a long-lasting effect. When clients evaluate the service they have been provided with, their assessments are still influenced by the word-of-mouth they had received prior to acquiring a service. This means that despite having their own positive experience with the service provider, a client's level of satisfaction might still be influenced by someone else's negative experience. That is one of the reasons for service providers to avoid negative word-of-mouth from its dissatisfied clients. It is also important to avoid negative word-of-mouth because research has shown that clients are more likely to share dissatisfaction in their social circles than satisfaction.³⁸ Research³⁹ has also shown that consumers seem to put more weight on negative information in making evaluations. This means that negative word-of-mouth causes a service provider more damage than positive reviews do good. Even one bad review among other positive ones might make a potential client look for another, more reliable service provider. It has also been proven⁴⁰ that clients complain mostly when the problem they experienced was

33 Fornell, Wernerfelt 1987, p. 337-346; Fornell 1992, p. 6-21.

34 Arndt 1967, p. 189.

35 Richins 1983, p. 68-78.

36 Brown, Barry, Dacin, Gunst 2005, p. 123-138; Ranaweera, Prabhu 2003, p. 82-90; Szymanski, Henard 2001, p. 16-35; Luo, Homburg 2007, p. 133-149.

37 Wangenheim, Bayón 2004, p. 211-220.

38 Fornell 1992, p. 1-21; Szymanski, Henard 2001, p. 16-35.

39 Lutz 1975, p. 45-59; Wright 1974, p. 555-561.

40 Richins 1983, p. 68-78.

severe. With the increase of dissatisfaction associated with the severity of the problem, there is a greater chance that clients will share their complaints with others.

At this point, it might be worth mentioning that some economists⁴¹ associate increased customer satisfaction with higher costs for the service provider, due to the necessity of improving the product's quality as well as the clients' service. Of course, in order to meet clients' needs and expectations the standard and quality of service has to be high. Still, most academics see more benefits in keeping the service provider's clients satisfied than in keeping the production costs low.

4 DUTY TO WARN IN DUTCH CONSTRUCTION LAW

The aim of this article is to apply the findings of research on satisfaction to legal research on builders' and architects' (professional parties taking part in the construction process) duty to warn in Dutch construction law. In this respect, I will take into account the antecedents of satisfaction and try to determine whether it is possible that a client will be satisfied when a professional parties' duty to warn is breached or neglected. I will focus on the duty to warn in the Dutch construction sector since this duty has been widely recognized by Dutch arbitration panels and courts,⁴² even before the duty to warn was introduced to the Dutch Civil Code in 2003. It can be said that the Dutch judiciary set certain rules for the construction sector defining when a contractual duty to warn of a professional party comes into effect and when remedies should be awarded to a client for breach of such a duty. However, since this duty usually does not originate explicitly from contractual provisions, its existence and the rules involved might still not be as clear to contractual parties as their other obligations are. It should not come as a surprise that a professional party might be reluctant to warn a client of its own initiative, especially since a service provider might believe that it would involve additional costs to be borne by him and would not bring about any material profit. This article tries to prove that it would be in a professional party's best interests to observe its duty to warn. I will begin by describing a fictitious case study on the duty to warn in construction law in order to present more clearly what kind of issues may be raised when a professional party might be encumbered with a duty to warn and neglects to fulfill its obligations.

41 Griliches 1971; Lancaster 1979; Quoted in: Anderson, Fornell, Rust 1997, p. 129-145.

42 E.g. AIBk/RvA 12 december 1978, BR 1979, p. 230; AIBk 15 januari 1986, BR 1986, p. 373; RvA 17 december 1992, nr. 15.644, BR 1993, p. 737; AIBk/RvA 19 april 1994, BR 1995, p. 534; RvA 16 november 1990, nr. 14.214, BR 1994, p. 606; RvA 4 maart 1996, nr. 17.553, BR 1996, p. 430; HR 25 november 1994, NJ 1995, 154 (Stokkers/Vegt); HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba); AIBk 22 juni 1999, BR 2000, p. 150; AIBk 17 januari 2000, BR 2000, p. 970.

A client has a house constructed on the basis of a design prepared by an architect. Both the architect and the builder have been informed of the client's wish to include a dormer window in the construction plans. However, the architect forgot to include it in his design, and even though the builder noticed this, he did not inform the architect that the dormer window was missing in the plans. The reason for the builder to remain silent about the missing dormer window was that it was both easier and cheaper for him to build a house without a dormer window. In principle, the builder adheres to his contract when the house matches the initial (architectural) design. Moreover, the builder may consider that should the client insist on having a dormer window after all, the builder will be entitled to extra payment and thus make more profit for performing additional work. In case, the builder had warned the client and the window was added to the plans, however, his profit would probably not have changed, since the costs of construction are usually estimated upfront. He thinks, therefore, that he has a strong incentive not to inform the client of the architect's omission.

Clearly, such a scenario is disadvantageous for the client. The extra costs involved in the renovation of the house may be claimed as damages from the architect on the basis of non-performance by the architect of his obligations under his contract with the client, provided that the architect has not successfully limited or excluded his liability, which is what usually happens. And even if the client would be fully financially compensated he would still have to live with the discomfort resulting from the fact that his newly built house needed further work.

This scenario can be prevented if the builder is required to inform (warn) the client (or the architect) of the omission in the design (and is liable for failure to do so). This is even more important if the defect in the design does not lead to mere discomfort for the client, but to a possibly dangerous situation, e.g. when the architect does not take into account that the soil on which the house is to be built is unfit for the construction of a house unless it is piled. However, aside from the legal provisions obliging the builder to issue a warning, is there no *other* incentive for the builder to do so?

I mentioned that the builder might be thinking that he can count on the client coming back to him later on with an additional commission for adding the dormer window to an already built house. Research on consumer behavior shows, however, as we have seen,⁴³ that it might be questioned whether the client would actually do so. Moreover, it is doubtful whether he would use the same builder for any of the future work he might want to have performed (which will be further elaborated on in the following paragraphs). It might also happen that the client would notice himself the lack of a construction element

43 Stewart 1997, p. 112; Reichheld 1996; Lutz 1975, p. 45-59; Wright 1974, p. 555-561.

desired by him, in this case the dormer window, while the construction was still taking place and would then demand from the builder to correct the state of things immediately. This would mean that the builder would not gain anything by keeping quiet about the lack in the design.

It might be argued that in the construction sector clients' loyalty is not such a key issue to the service providers as it might be in other sectors. Construction contracts are often considered to be short term contracts, and consumers usually don't have more than one house built in a lifetime. However, even in respect of this sector a satisfied client will most probably spread positive word-of-mouth among his friends and acquaintances, thus possibly bringing new business to the service provider. And although a client might not be interested in building a new house in the next few years after the first construction was finalized, however, he might want some changes to be made within the construction, e.g. an additional garage, et cetera, thus his loyalty is still a relevant issue to the contractor.⁴⁴ In fact, as I have mentioned in the introduction it is mostly this renovation part of the construction sector that this article is likely to be relevant for.

5 WHEN IS THE CLIENT SATISFIED CONCERNING THE DUTY TO WARN?

As was mentioned in the last paragraph, in the Dutch construction sector a professional party's duty to warn towards a client has been repeatedly recognized. The cases I mentioned⁴⁵ concerned the breach of a duty to warn by a professional party and the consequences thereof. Such a breach of a duty to warn could occur when e.g. the builder did not warn the client of a fault in the construction plans despite the builder noticing or being able to notice that.⁴⁶ In all such cases the client claimed compensation stating that the professional party on account of the breach of its duty to warn, should be held liable for non-performing or negligently performing its contractual duties.

When the duty to warn is breached by a service provider, it would lead to a service failure in the eyes of a client. When such a service failure occurs it will surely influence the satisfaction a client feels as to the given transaction.⁴⁷ The service failure may make a client aware of the potential detriments of dealing with the given service provider by

44 And if this reasoning applies to construction contracts, it clearly applies to relational contracts in general.

45 E.g. AIBk/RvA 12 december 1978, BR 1979, p. 230; AIBk 15 januari 1986, BR 1986, p. 373; RvA 17 december 1992, nr. 15.644, BR 1993, p. 737; AIBk/RvA 19 april 1994, BR 1995, p. 534; RvA 16 november 1990, nr. 14.214, BR 1994, p. 606; RvA 4 maart 1996, nr. 17.553, BR 1996, p. 430; HR 25 november 1994, NJ 1995, 154 (Stokkers/Vegt); HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba); AIBk 22 juni 1999, BR 2000, p. 150; AIBk 17 januari 2000, BR 2000, p. 970.

46 E.g. HR 25 november 1994, NJ 1995, 154 (Stokkers/Vegt); HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba).

47 Vázquez-Casielles, Belén del Río-Lanza, Díaz-Martin 2007, p. 249-264

increasing his doubts and making him more prone not to stay loyal to the service provider.⁴⁸ However, it might not make him give up the services offered by a service provider, altogether. I will now elaborate on some of the concepts which might be relevant when a service failure occurs due to the breach of a duty to warn.

The key concept which should be taken into account here is causal attributions. Attribution theory claims that clients come up with certain conclusions as to why the service failure has happened.⁴⁹ These conclusions have been categorized⁵⁰ as: locus of causality, stability and control.

Locus of causality describes whether a client believes that the service failure happened due to his own errors or has rather been caused by the service provider. It is important to note that clients rather tend to perceive any service failure as related to a service provider. As research⁵¹ has shown, clients do not consider themselves responsible for failures and tend to attribute them to situational or external causes. This is important to realize as clients tend to complain more and spread negative word-of-mouth more when they perceive the failure to be caused by the service provider and not by themselves.⁵²

As far as stability is concerned, a client may view the failure's cause to be either permanent or temporary (incidental). If a client views the cause as temporary, he might be more willing to stay loyal to his service provider, even though he would be dissatisfied with the received service. The perception of the cause as a temporary one might be influenced by the past experiences a client has had with his service provider. If they were positive and a client had been satisfied with the quality of the service, then he is more likely to consider the service failure as a temporary one, or a one-time thing.⁵³

Finally, while ascertaining the control attribution a client decides whether a service provider could have done anything to prevent the service failure and whether enough has been done.⁵⁴ A client considers here the competence of a service provider and the effort that he believes has been made to prevent the failure from occurring.⁵⁵

Research has shown that clients experience less satisfaction when the cause of the failure is perceived as having been caused by the service provider, when it is perceived

48 Chandrashekar, Rotte, Tax, Grewal 2007, p. 153-163.

49 Heider 1958; see also the contribution by Giesen in this book.

50 Weiner 1986.

51 Hui, Toffoli 2002, p. 1825-1844.

52 Richins 1983, p. 68-78.

53 Weiner 2000, p. 382-387.

54 Weiner 2000, p. 382-387; Hui, Tse, Zhou 2006, p. 151-162.

55 Narayandas 1998, p. 108-128.

as permanent (stable)⁵⁶ and when it is thought that the service provider could have prevented it (controllable).⁵⁷

Furthermore, it has also been proved⁵⁸ that clients' emotional responses to a service failure are influenced by their view on how it was caused. Hence, when clients perceive service failure to be controllable or having occurred as a result of stable causes, they are prone to experience more negative emotions. "Emotions arise in response to appraisals one makes for something of relevance to one's wellbeing".⁵⁹ The attribution-emotion relationship proves that it is not the service failure itself which wakes negative emotions in a client, but rather the evaluations clients make about the causes of the failure. These negative emotions are bound to have a negative effect on satisfaction.⁶⁰

How do these three factors relate to a breach of the duty to warn? In this article I focus on the service provider's duty to warn, not on the client's. This means that any service failure which should have been reported, should have been reported by a service provider. This does not mean, of course, that a service provider necessarily caused the default. But as was mentioned previously, clients tend to believe that their actions are not the reason for the service failure. They more readily believe that when a service provider had a duty to warn, the default was either created by the service provider's actions or could have been prevented by some counteraction.

As far as stability of the failure is concerned, it is worthwhile to note that with respect to the duty to warn in construction sector the faults mentioned had quite serious negative consequences for the clients.⁶¹ This might lead to the assumption that even if a particular client has a long-lasting, efficient and profitable business relationship with a given service provider, one serious mistake which brings about serious financial negative consequences for a client, might change his attitude. Thus even if the failure is incidental in the business relation between a client and a service provider, its seriousness shall most likely make a client look at the failure as permanent (stable). One case of dissatisfaction might thus signify the end of a relationship.

The most commonly found breach of the duty to warn occurs when a service provider was or should have been aware of the fault in the service rendered and failed to report it to the client.⁶² The whole point of warning the client of the fault is to prevent service

56 Casado, Mas 2002, p. 118-140; Tsiros, Mittal 2000, p. 401-417; Tsiros, Mittal, Ross 2004, p. 476-483.

57 Oliver, DeSarbo 1988, p. 495-507.

58 Folkes 1998, p. 548-565; Oliver, DeSarbo 1988, p. 495-507; Spreng, MacKenzie, Olshavsky 1996, p. 15-32; Oliver 1997.

59 Bagozzi, Gopinath, Nyer 1999, p. 185.

60 Vázquez-Casielles, Belén del Rio-Lanza, Diaz-Martin 2007, p. 249-264

61 E.g. roof of the client's building collapses in RvA 7 oktober 1983, nr. 11.380, BR 1984, p. 166.

62 E.g. HR 25 november 1994, NJ 1995, 154 (Stokkers/Vegt); HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba).

failure from occurring. Thus the last antecedent of control attribution seems to be fulfilled in case of a breach of the duty to warn, as well.

On this basis, it might be quite safe to assume that when a service provider breaches his duty to warn which results in a failure, his client shall most likely not be a satisfied one in psychological terms. Since the service failures I have in mind with regard to the construction sector usually bring about serious negative consequences to a client, even his dissatisfaction with one element of the whole service rendered to him (lack of warning) could cause the dissatisfaction with his service provider in general.

6 CONCLUSION – THE RELEVANCE OF SATISFACTION FOR THE NEED OF THE DUTY TO WARN

When a client is dissatisfied with a service he will likely not return to the same service provider when he requires that service in the future. This means that service providers are more likely to lose their business when they do not fulfill their clients' expectations and when they disregard the value of clients' satisfaction. Furthermore, a client who is dissatisfied by the service provided to him, is likely to share his dissatisfaction with his social circle, which might mean loss of other potential clients for his service provider.⁶³

Since it may be fairly assumed, on the basis of the conclusions drawn from this article, that the breach of the duty to warn by a service provider shall most likely leave the client dissatisfied, all these negative consequences will probably also apply to service providers who do not observe their duty to warn.

The remaining question is whether the stated negative consequences of not satisfying clients are sufficient to make it worthwhile for service providers to pay attention to their clients' needs and expectations and to warn them if there is a fault, or a risk thereof, in the service even if there might be countervailing arguments. The presented arguments seem to indicate that this is indeed more beneficial for service providers. In other words, the negative consequences for service providers of not warning clients seem to outweigh the added costs of warning the client (and possibly the investigation/inspection needed to perform a duty to warn). Warning a client of (possible) problems therefore seems to be ultimately also in the service provider's best interest.

One might wonder, if this is indeed the case, whether and why a duty to warn should be and is regulated at all. If it is in the best interest of service providers to warn they may

63 Peter, Olson 1996, p. 511.

be expected to warn their clients without being obligated to do so.⁶⁴ It is important to remember, however, that the duty to warn is regulated in order to protect clients. This regulation of the duty to warn is ultimately for their benefit, not for the service providers'. Thus, the argumentation presented in this article is not supposed to constitute a justification for the acceptance of the duty to warn of a service provider, but to portray why such a duty should not be regarded as burdensome for these service providers.

LITERATUUR

Anderson 1996

E.W. Anderson, 'Customer Satisfaction and Price Tolerance', *Marketing Letters*, July 1996, p. 19-30.

Anderson, Sullivan 1993

E.W. Anderson, M. Sullivan, 'The Antecedents and Consequences of Customer Satisfaction for Firms', *Marketing Science*, Spring 1993, p. 125-143.

Anderson 1973

R.E. Anderson, 'Consumer Dissatisfaction: The Effect of Disconfirmed Expectancy on Perceived Product Performance', *Journal of Marketing Research*, October 1973, p. 38-44.

Arndt 1967

J. Arndt, 'Role of product-related conversation in the diffusion of a new product', *Journal of Marketing Research*, 1, 1967, p. 189.

Bagozzi, Gopinath, Nyer 1999

R.P. Bagozzi, M. Gopinath, P.U. Nyer, 'The role of emotions in marketing', *Journal of the Academy of Marketing Science*, 27(2), 1999, p. 185.

Bearden, Teel 1983

W.O. Bearden, J.E. Teel, 'Selected Determinants of Consumer Satisfaction and Complaint Reports', *Journal of Marketing Research*, February 1983, p. 21-28.

Brown, Barry, Dacin, Gunst 2005

T.J. Brown, T.E. Barry, P.A. Dacin, R.F. Gunst, 'Spreading the Word: Investigating Antecedents of Consumers' Positive Word-of-Mouth Intentions and Behaviors in a Retailing Context', *Journal of the Academy of Marketing Science*, 33(2), 2005, p. 123-138.

Business International 1990

Business International (1990), 'Maximizing Customer Satisfaction: Meeting Demands of the New Global Marketplace', New York: Business International Corporation.

Casado, Mas 2002

A.B. Casado and F.J. Mas, 'The consumer's reaction to delays in service', *International Journal of Service Industry Management*, February 2002, 13(2), p. 118-140.

64 A rationale for such a duty to warn might be that people are not always rational and therefore don't always act according to what is in their own best interests...

CLIENT SATISFACTION

Chandrashekar, Rotte, Tax, Grewal 2007

M. Chandrashekar, K. Rotte, S.S. Tax, R. Grewal, 'Satisfaction Strength and Customer Loyalty', *Journal of Marketing Research*, February 2007, p. 153-163.

Churchill, Suprenant 1982

G.A. Churchill and C. Suprenant, 'An Investigation into the Determinants of Customer Satisfaction', *Journal of Marketing Research*, November 1982, p. 491-504.

Crosby 1979

P.B. Crosby, 'Quality is Free', New York: MacGraw-Hill, 1979.

Folkes 1998

V.S. Folkes, 'Recent attribution research in consumer behaviour: A review and new directions', *Journal of Consumer Research*, March 1998, 14, p. 548-565.

Fornell 1992

C. Fornell, 'A National Customer Satisfaction Barometer: The Swedish Experience', *Journal of Marketing*, January 1992, p. 6-21.

Fornell, Wernerfelt 1987

C. Fornell, B. Wernerfelt, 'Defensive Marketing Strategy by Customer Complaint Management', *Journal of Marketing Research*, November 1987, p. 337-346.

Fornell, Wernerfelt 1988

C. Fornell and B. Wernerfelt, 'A Model for Customer Complaint Management', *Marketing Science*, Summer 1988, p. 271-286.

Garvin 1988

D.A. Garvin, *Managing Quality: The Strategic and Competitive Edge*, New York: The Free Press, 1988.

Gilly, Gelb 1982

M.C. Gilly, B.D. Gelb, 'Post-Purchase Consumer Standardizations and the Complaining Consumer', *Journal of Consumer Research*, December 1982, p. 323-328.

Griliches 1971

Z. Griliches, *Price Indices and Quality Change*, Cambridge, MA: Lexington Books, 1971.

Gupta, Stewart 1996

K. Gupta, D.W. Stewart, 'Customer Satisfaction and Customer Behavior: The Differential Role of Brand and Category Expectations', *Marketing Letters*, 7:3 (1996), p. 249-263.

Gustafsson, Johnson, Roos 2005

A. Gustafsson, M.D. Johnson, I. Roos, 'The Effects of Customer Satisfaction, Relationship Commitment Dimensions, and Triggers on Customer Retention', *Journal of Marketing*, October 2005, p. 210-218.

Heider 1958

F. Heider, *The psychology of interpersonal relations*, New York: Wiley, 1958.

Higgins 1997

K.T. Higgins, 'Coming of Age: Despite Growing Pains, Customer Satisfaction Measurement Continues to Evolve', *Marketing News*, October (27) 1997, p. 12.

Hui, Toffoli 2002

M.K. Hui, R. Toffoli, 'Perceived control and the effects of crowding and consumer choice on the service experience', *Applied Social Psychology*, 2002, 32(9), p. 1825-1844.

Hui, Tse, Zhou 2006

M.K. Hui, A.C. Tse, L. Zhou, 'Interaction between two types of information on reactions to delays', *Marketing Letters*, 2006, 17, p. 151-162.

Johnson, Fornell 1991

M.D. Johnson, C. Fornell, 'A Framework for Comparing Customer Satisfaction Across Individuals and Product Categories', *Journal of Economic Psychology*, 12, 1991, p. 267-286.

Juran 1988

J.M. Juran, 'Juran's Quality Control Handbook', 4th edition, New York: MacGraw Hill, 1988, quoted in: Eugene W. Anderson, Claes Fornell, Roland T. Rust, 'Customer Satisfaction, Productivity, and Profitability: Differences between Goods and Services', *Marketing Science*, vol. 16, no. 2, 1997, p. 129-145.

LaBarbera, Mazursky 1983

P.A. LaBarbera and D. Mazursky, 'A Longitudinal Assessment of Consumer Satisfaction/Dissatisfaction: The Dynamic Aspect of the Cognitive Standardization', *Journal of Marketing Research*, November 1983, p. 393-404.

Lancaster 1979

K. Lancaster, 'Variety, Equity, and Efficiency', New York: Columbia University Press, 1979; quoted in: Eugene W. Anderson, Claes Fornell, Roland T. Rust, 'Customer Satisfaction, Productivity, and Profitability: Differences between Goods and Services', *Marketing Science*, vol. 16, no. 2, 1997, p. 129-145.

Luo, Homburg 2007

X. Luo, C. Homburg, 'Neglected Outcomes of Customer Satisfaction', *Journal of Marketing*, April 2007, p. 133-149.

Lutz 1975

R.J. Lutz, 'Changing Brand Attitudes through Modification of Cognitive Structure', *Journal of Consumer Research*, 1 (March), 1975, p. 45-59.

Mittal, Kamakura 2001

V. Mittal, W. Kamakura, 'Satisfaction, Repurchase Intent, and Repurchase Behavior: Investigating the Moderating Effect of Customer Characteristics', *Journal of Marketing Research*, 38 (February), 2001, p. 131-142.

Narayandas 1998

D. Narayandas, 'Measuring and managing the benefits of customer retention: An empirical investigation', *Journal of Service Research*, November 1998, 1, p. 108-128.

CLIENT SATISFACTION

Oliver 1980

R.L. Oliver, 'A Cognitive Model of the Antecedents and Consequences of Satisfaction Decisions', *Journal of Marketing Research*, November 1980, p. 460-469.

Oliver 1981

R.L. Oliver, 'Measurement and Evaluation of Satisfaction Processes in Retail Settings', *Journal of Retailing*, Fall 1981, p. 27.

Oliver 1997

R.L. Oliver, *Satisfaction: A behavioural perspective on the consumer*, Boston: McGraw-Hill, 1997.

Oliver 1999

R.L. Oliver, 'Whence Consumer Loyalty?', *Journal of Marketing*, vol. 63, 1999, p. 33-44.

Oliver, DeSarbo 1988

R.L. Oliver and W.S. DeSarbo, 'Response determinants in satisfaction judgements', *Journal of Consumer Research*, March 1988, 14, p. 495-507.

Olson, Dover 1979

J.C. Olson, P.A. Dover, 'Disconfirmation of Consumer Expectations through Product Trial', *Journal of Applied Psychology*, v. 64, no. 2, 1979, p. 179-189.

Parasuraman, Zeithaml, Berry 1985

A. Parasuraman, V.A. Zeithaml, L.L. Berry, 'A Conceptual Model of Service Quality and Its Implications for Future Research', *Journal of Marketing*, Fall 1985, p. 41-50.

Peter, Olson 1996

J.P. Peter, J.C. Olson, 'Consumer behavior and marketing strategy', 4th edition, 1996, p. 511.

Ranaweera, Prabhu 2003

C. Ranaweera, J. Prabhu, 'On the Relative Importance of Customer Satisfaction and Trust as Determinants of Customer Retention and Positive Word-of-Mouth', *Journal of Targeting, Measurement and Analysis for Marketing*, 12(1), 2003, p. 82-90.

Reichheld 1996

F.F. Reichheld, *The Loyalty Effect*, 1996, Boston, MA: Harvard Business School Press.

Reichheld, Sasser 1990

F.F. Reichheld, W.E. Sasser, 'Zero Defections: Quality Comes To Services', *Harvard Business Review*, September-October 1990, p. 105-111.

Richins 1983

M.L. Richins, 'Negative Word-of-Mouth by Dissatisfied Consumers: A Pilot Study', *Journal of Marketing*, vol. 47, no. 1, Winter 1983, p. 68-78.

Rust, Inman, Jia, Zahorik 1999

R.T. Rust, J.J. Inman, J. Jia, A. Zahorik, 'What You Don't Know About Customer-Perceived Quality: The Role of Customer Expectation Distributions', *Marketing Science*, 18 (1), 1999, p. 77-92.

Rust, Moorman, Dickson 2002

R.T. Rust, C. Moorman and P.R. Dickson, 'Getting Return on Quality: Revenue Expansion, Cost Reduction, or Both?', *Journal of Marketing*, 65 (October), 2002, p. 7-24.

Rust, Zahorik, Keiningham 1994

R.T. Rust, A.J. Zahorik, T.L. Keiningham, 'Return on Quality: Measuring the Financial Impact of Your Company's Quest for Quality', Chicago: IL, Probus, 1994.

Schwartz 2005

B. Schwartz, 'The paradox of choice', talk at the TED global conference in July 2005, source: <http://www.ted.com/index.php/talks/view/id/93>.

Seiders, Voss, Grewal, Godfrey 2005

K. Seiders, G. Voss, D. Grewal, A. Godfrey, 'Do Satisfied Customers Buy More? Examining Moderating Influences in a Retailing Context', *Journal of Marketing*, 69 (October), 2005, p. 26-43.

Spreng, MacKenzie, Olshavsky 1996

R.A. Spreng, S.B. MacKenzie, R.W. Olshavsky, 'A re-examination of the determinants of consumer satisfaction', *Journal of Marketing*, July 1996, 60, p. 15-32.

Stewart 1997

T.A. Stewart, 'A Satisfied Customer Isn't Enough', *Fortune*, 136 (July 21), 1997, p. 112.

Szymanski, Henard 2001

D.M. Szymanski, D.H. Henard, 'Customer Satisfaction: A Meta-Analysis of the Empirical Evidence', *Journal of the Academy of Marketing Science*, 29 (1), 2001, p. 16-35.

Tse, Wilton 1988

D.K. Tse, P.C. Wilton, 'Models of Consumer Satisfaction Formation: An Extension', *Journal of Marketing Research*, May 1988, p. 204-212.

Tsiros, Mittal 2000

M. Tsiros, V. Mittal, 'Regret: A model of its antecedents and consequences in consumer decision making', *Journal of Consumer Research*, March 2000, 26, p. 401-417.

Tsiros, Mittal, Ross 2004

M. Tsiros, V. Mittal, W.T. Ross, 'The role of attributions in customer satisfaction: A reexamination', *Journal of Consumer Research*, September 2004, 31, p. 476-483.

Vázquez-Casielles, Belén del Río-Lanza, Díaz-Martín 2007

R. Vázquez-Casielles, A. Belén del Río-Lanza, A.M. Díaz-Martín, 'Quality of past performance: Impact on consumers' responses to service failure', *Marketing Letters*, December 2007, p. 249-264.

Wangenheim, Bayón 2004

F. Wangenheim, T. Bayón, 'Satisfaction, loyalty and word of mouth within the customer base of a utility provider: Differences between stayers, switchers and referral switchers', *Journal of Consumer Behaviour*, March 2004, vol. 3, 3, p. 211-220.

Weiner 1986

B. Weiner, 'An attributional theory of motivation and emotion', New York: Springer, 1986.

CLIENT SATISFACTION

Weiner 2000

B. Weiner, 'Attributional thoughts about consumer behaviour', *Journal of Consumer Research*, December 2000, 27(3), p. 382-387.

Westbrook 1987

R.A. Westbrook, 'Product/Consumption-Based Affective Responses and Postpurchase Processes', *Journal of Marketing Research*, August 1987, p. 258-270.

Wright 1974

P. Wright, 'The Harrassed Decision Maker: Time Pressures, Distractions, and the Use of Evidence', *Journal of Applied Psychology*, 59 (October), 1974, p. 555-561.

Wylie 1993

K. Wylie, 'Customer Satisfaction Blooms: Rivalry at the Top Grows', *Advertising Age*, October (18) 1993, p. S1-S5.

Yi 1989

Y. Yi, 'A Critical Review of Customer Satisfaction', in: *Review of Marketing 1989*, ed. Valarie A. Zeithmal, Chicago, IL: American Marketing Association.

HOOFDSTUK 5

INFORMED CONSENT: VAN JURIDISCHE THEORIE NAAR MEDISCHE PRAKTIJK – EN WEER TERUG!

R. Giard¹

Een belangrijke taak van de rechtswetenschap is om vanzelfsprekend lijkende verworvenheden aan een kritisch onderzoek te onderwerpen.²

SAMENVATTING

Artsen hebben een informatieplicht: een patiënt dient toestemming te geven voor een medische interventie na adequaat te zijn geïnformeerd over keuzemogelijkheden en de voor- en nadelen van die verschillende opties. Is die regelgeving van invloed op het gedrag van artsen? Hebben juristen wel enige notie van de mogelijkheden maar vooral van de beperkingen van intermenselijke communicatie? De vraag is of bij dit leerstuk de uitgangspunten juist zijn gekozen, of de doelstellingen duidelijk en tegelijkertijd ook toetsbaar zijn, of de regelgeving praktisch werkbaar is voor de medische professionals. Zal de rechter bij het normatief oordelen over concrete gevallen wel voldoende rekening houden met verschillende variabelen zoals communicatieve vermogens van de arts, de informatiewens en de cognitieve vaardigheden van de patiënt, kortom de realiteit? In dit hoofdstuk worden de inhoudelijke en methodologische tekortkomingen van het leerstuk van de informed consent blootgelegd. Voor positieve gedragsbeïnvloeding van medische hulpverleners en juiste beoordeling van hun informatiegedragingen schiet het behoorlijk tekort.

1 Arts en jurist, Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Smits 2006, p. 134.

1 INLEIDING

Ons leven bestaat uit een voortdurend aangaan van transacties, formele en informele. Bieden rechtsregels die de minimuminhoud van zo'n overeenkomst omschrijven u voldoende garantie dat u niet achteraf voor onaangename verassingingen komt te staan? Telt een gewaarschuwd mens nog steeds voor twee? Dat geldt a fortiori als we te maken krijgen met afspraken met medici over ons lijf en leden. Dit boek heeft als verbindend thema of privaatrechtelijke regels wel voldoende aansluiten bij de maatschappelijke realiteit, of ze *ex ante* het gedrag van mensen op de gewenste wijze zullen sturen dan wel *ex post* geschikt zijn voor het toetsen en eventueel sanctioneren van gedragingen.

Het bijzondere maar tegelijk ook controversiële medisch-juridische leerstuk van de *informed consent*, ter bescherming van de patiënt, is bij uitstek een onderwerp dat zich voor een dergelijke analyse leent en dat staat centraal in dit hoofdstuk. Welke veronderstellingen ten aanzien van het ideale gedrag van artsen én van patiënten liggen daaraan ten grondslag? Wordt de gewenste gedragssituatie gerealiseerd? Beantwoording van dergelijke vragen betekent een intense bevraging van de uitgangspunten en zowel systematisch als multidisciplinair onderzoek, vooral ook empirisch, van de praktijk. We gaan de dogmatiek en de casuïstiek ruim voorbij.

2 WAT IS 'INFORMED CONSENT'?

Het kernachtige Angelsaksische begrip '*informed consent*' vraagt een wat uitgebreidere Nederlandse omschrijving: het is het verkrijgen van de geïnformeerde toestemming van een patiënt voor het uitvoeren van een interventie bij hem/haar. Binnen de geneeskunde is dit begrip niet alleen van toepassing op de curatieve zorg maar ook op het medisch-wetenschappelijk onderzoek³, op het gebruik van lichaamsmaterialen voor andere doeleinden dan waarvoor het werd afgenomen en ook bij orgaandonatie.⁴ Alhoewel bij deze verschillende applicaties van dit begrip de ethische grondslag – het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt – centraal staat, is de regelgeving voor elk van deze toepassingsgebieden verschillend. In de rest van dit hoofdstuk zal ik me beperken tot de *informed consent* bij de 'gewone' medische zorg.

³ Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, 26 februari 1998.

⁴ Friele 2007, p. 614-15.

2.1 Begripsomschrijving

In essentie gaat het er hier om op rationele wijze om te gaan met mogelijke nadelige effecten van medische interventies, om risicomangement dus. Essentiële elementen van een zorgvuldig uitgevoerde procedure van geïnformeerde toestemming zijn bijgevolg:⁵

- Er wordt uitleg gegeven over nut en noodzaak van de voorgestelde medische interventie.
- De potentiële risico's in relatie tot de veronderstelde voordelen van de ingreep worden geïnventariseerd.
- De mogelijke alternatieven en hun voor- en nadelen worden besproken (waaronder ook het achterwege laten van de interventie).
- De competentie van de patiënt om dit alles te kunnen begrijpen wordt gewogen.
- Er wordt gecontroleerd of de patiënt het ook daadwerkelijk begrepen heeft, waarbij eveneens de mogelijkheid voor deze om vragen te kunnen stellen belangrijk is.
- Er is (meestal) documentatie beschikbaar, zodat de patiënt en eventueel diens naasten het achteraf thuis nog een keer rustig kunnen nalezen.

Het in praktijk brengen van dit recht op informatie heeft voor het gedrag van arts en patiënt tenminste de volgende betekenissen.⁶

- Het zorgvuldig verstrekken van informatie getuigt van respect voor de patiënt.
- De patiënt moet zijn of haar gezondheidstoestand kunnen begrijpen, zodat hij of zij daarover verantwoorde beslissingen kan nemen.
- Door de patiënt goed te informeren en hem bij de besluitvorming over onderzoeken en behandelingen te betrekken, wordt de communicatie tussen arts en patiënt te optimaliseren. Een open houding van beide partners in de arts-patiëntrelatie is van groot belang.
- Verondersteld mag worden dat een goed geïnformeerde patiënt beter gemotiveerd zal zijn om de door de arts voorgestelde behandeling te volgen, waardoor er een grotere kans is van slagen van de therapie.
- Het stelt de patiënt in staat tijdig bepaalde zaken te regelen of over te dragen, dan wel om afscheid te nemen van naasten en bekenden.

In Nederland is de *informed consent* wettelijk omschreven in artikel 7:448 BW jo. 7:450 BW. Mocht de patiënt te kennen geven geen inlichtingen te willen ontvangen dan biedt art. 7:449 BW de arts de mogelijkheid die informatie niet te verstrekken, tenzij het belang

5 Alderson 1998.

6 Legemaate 2006, p. 31.

dat de patiënt daarbij heeft niet opweegt tegen het nadeel dat daaruit voor hemzelf of anderen kan voortvloeien. Aan deze artikelen inzake *informed consent* liggen verdragsbepalingen zoals art. 8 EVRM (recht op privé-leven) en grondwettelijk gewaarborgde rechten zoals art. 10 (eerbiediging van de persoonlijke levensfeer) en art. 11 Gw (onaantastbaarheid van het lichaam) ten grondslag.

Bij het onderzoek naar naleving van deze plicht is het niet zozeer het ‘doen’ van de aanbieder, maar juist diens mogelijk nalaten om voldoende openheid van zaken te geven dat centraal staat.⁷ De adequaat geïnformeerde afnemer van een goed of een dienst kan een beredeneerde keuze maken om een transactie wel of niet aan te gaan: zo is er keuzevrijheid.⁸ De consequentie van deze juridische inmenging in de medische praktijk is tweërlei: de wederzijdse verantwoordelijkheden van arts én patiënt dienen te worden omschreven maar tegelijk ook te worden begrensd!

2.2 De begrenzing van *informed consent*

Hoe ver reikt deze informatieplicht? De praktijkjurist zal naar aanleiding van letselschade *achteraf* geconfronteerd worden met de vraag of aan de informatieplicht werd voldaan, terwijl de behandelaar *vooraf* dient te weten waar hij/zij juridisch op afgerekend zou kunnen worden. Wat een patiënt redelijkerwijs zou dienen te weten, kan slechts in een open rechtsnorm worden verwoord; er is dus niet met precies geformuleerde regels en/of met nauwkeurig omschreven risicopercentages te werken. In Australië heeft het High Court de voor de rechtspraktijk volgende – globale – richtlijnen omschreven:⁹

- De aard van de feiten: hoe waarschijnlijker of hoe ernstiger het gevolg, des te belangrijker de informatie.
- De aard van de interventie: meer complexe interventies vragen om meer uitleg.
- De kennelijke behoefte aan uitleg van de patiënt: door vragen te stellen maakt de patiënt duidelijk behoefte aan informatie te hebben.
- Het temperament en de gezondheidstoestand van de patiënt: angstige en/of zieke patiënten ervaren risico's als meer bedreigend.
- De medische context: de informatiebehoefte bij electieve ingrepen ligt anders dan bij spoedeisende.

Over risicomanagement gesproken: er zijn risico's inherent aan de ziekte, maar ook risico's eigen aan de bekwaamheden van de arts. Daarom is recentelijk nog een andere dimensie aan het *informed consent* vraagstuk toegevoegd: weet ik wel of deze arts bekwaam genoeg

7 Zie over dit nalaten: Van Andel 2005, p. 169 e.v. en recent ook Tjong Tjin Tai 2007, p. 2540 e.v.

8 Zie ook Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 13 en voorts Hardy 2004, p. 22-23.

9 High Court of Australia, Rogers v. Whitaker (1992) 175 CLR 479 F.C. 92/045.

is om mijn medische probleem op te lossen? Die vraag heeft twee aspecten. In de eerste plaats worden er pas afgestudeerde basisartsen in de praktijk opgeleid voor een meer gespecialiseerde functie binnen de gezondheidszorg. Daarmee wordt een patiënt blootgesteld aan de risico's van diens onervarenheid, zeker als buiten kantooruren diensten voornamelijk worden gedraaid door arts-assistenten.¹⁰ Is de patiënt daarvan op de hoogte? Worden die risico's wel voldoende afgedekt? Heeft de patiënt hier eigenlijk wel een geïnformeerde keuze?

Een tweede punt is dat ook na het voltooien van de specialisatie niet alleen de ervaring nog verder moet groeien, maar ook dat sommige interventies in de praktijk maar mondjesmaat voorkomen en dus geen routineklussen zijn. Moet bij een technische interventie de medisch specialist zijn/haar bekwaamheden duidelijk maken door te vertellen hoe vaak deze ingreep al werd verricht, met welk succespercentage en hoe groot de complicatiekansen zijn?^{11 12} Daarvoor wordt steeds vaker gepleit en dat heeft weer te maken met het meer marktgericht maken van de gezondheidszorg. De patiënt is daarbij een bewust voor de best mogelijke kwaliteit kiezende consument. In de VS bestaat inmiddels een regime van *report cards*, waarbij op afdelings- of op het niveau van de individuele arts wordt aangegeven wat de sterfte en complicatiekansen van diverse behandelingen zijn. In Nederland is de Inspectie voor de gezondheidszorg begonnen met het invoeren van prestatie-indicatoren van ziekenhuizen. Dergelijke gegevens zijn via de media en internet openbaar en zo kan de consument dus beter geïnformeerd kiezen voor een bepaald ziekenhuis of een specialist.

Wanneer is een patiënt adequaat geïnformeerd? Is het proces van *informed consent* wel concreet te normeren? En zo ja, met welke methoden kunnen we dat dan vaststellen? Weten we wel voldoende welke inhoudelijke, psychologische en communicatieve factoren bepalend zijn voor het *informed consent*-proces? In hoeverre zijn emotionele en cognitieve factoren gunstig te manipuleren zodat het *informed consent*-proces erdoor verbetert? Dergelijke vragen liggen voor een belangrijk deel op het terrein van de psychologie, vooral ook de psychometrie. Bij de juridische ijver om langs de weg van regulering *informed consent* te realiseren, ontkomt men niet aan deze psychologische dimensie, maar voor die aspecten lijken de wetgevingsjuristen angstvallig weg te duiken. Die psychologische dimensie betekent niet alleen het doen van inventariserend onderzoek maar ook van experimenteel-empirische studies om het proces van *informed consent* daadwerkelijk te kunnen begrijpen én verbeteren. Bij de verdere uitwerking hierna komen we op deze punten terug.

10 Chiong 2007, p. 1046 e.v.

11 Twerski & Cohen 1999.

12 Burger et al. 2007, p. 507 e.v.

3 DE GEZONDHEIDSRECHTELIJKE CONTEXT

Het leerstuk van de *informed consent* past binnen de bredere context van de patiëntenrechten zoals in ons land die in Boek 7, titel 6, afdeling 5 BW werden gecodificeerd.¹³ De informatieplicht door de arts wordt gezien als het belangrijkste onderdeel van de wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst.¹⁴ Ook andere landen kennen een dergelijke wettelijke plicht.¹⁵ In Nieuw Zeeland heeft men speciaal de volgende patiëntenrechten geformuleerd:¹⁶

1. Het recht om met respect behandeld te worden.
2. Het recht om gevrijwaard te worden van dwang, pestering, discriminatie of uitbuiting.
3. Het recht op waardigheid en autonomie.
4. Het recht op gezondheidszorg van voldoende kwaliteitsniveau.
5. Het recht op effectieve communicatie.
6. Het recht op volledige informatie.
7. Het recht op het maken van een geïnformeerde keuze en het geven van bewuste toestemming.
8. Het recht op ondersteuning.
9. Het recht op respect bij medewerking aan klinisch onderwijs of wetenschappelijk onderzoek.
10. Het recht om te kunnen klagen.

Deze tien basale patiëntenrechten hangen nauw met elkaar samen. De grootste gemene deler is dat de patiënt zich op geen enkele manier vernederd, misleid of ergens toe gedwongen mag voelen. In deze Nieuw Zeelandse Code vormen de regels 5 tot en met 7 de juridische basis voor *informed consent*.¹⁷ Aan medisch-ethische opvattingen over de arts-patiëntrelatie wordt op deze wijze juridisch handen en voeten gegeven. Deze positiefrechtelijke verwoording van patiëntenrechten heeft duidelijk een instrumentele bedoeling. In deze tamelijk abstracte rechtsregels herkennen we de hooggestemde juridische idealen. Maar er ligt onmiskenbaar een spanningsveld tussen het juridisch ideaal en de medische realiteit en dat veld vraagt om nadere verkenning.

13 Aangeduid als 'Overeenkomst inzake geneeskundige behandeling'.

14 Hendrix & Akkerman 2007, p. 498.

15 Zoals in de Franse Code Civil in het Contrat médical 'Consentement et information du patient', art. L-1111-1 e.v.

16 The Code of Health and Disability Services Consumers' Rights, Nieuw Zeeland 2004.

17 Manning 2004, p. 181 e.v.

4 HET IDEALE GEDRAG BIJ *INFORMED CONSENT*

De rechtsregels over *informed consent* beschrijven een ideale situatie gebaseerd op de veronderstelling dat zowel hulpvrager als hulpverlener beiden daarvoor over voldoende communicatieve, cognitieve en emotionele eigenschappen beschikken en zich daarnaar ook gedragen. Dat zijn:

Vanuit de invalshoek van de patiënt:

- Iedere patiënt wenst uitdrukkelijk zelf over zijn/haar lot te beslissen.
- Iedere patiënt is in staat de (mondeling) aangeboden informatie te onthouden én te verwerken.
- Iedere patiënt is in staat de gevolgen van verschillende alternatieven te overzien en te waarderen.
- Iedere patiënt is in staat op verstandige wijze zijn/haar beslissingen te nemen.

Vanuit de invalshoek van de hulpverlener:

- De hulpverlener is in staat de wilsbekwaamheid van de patiënt te beoordelen.
- De hulpverlener is in staat de informatiebehoeften van de patiënt in te schatten.
- De hulpverlener is in staat de emotionele toestand van de patiënt te beoordelen.
- De hulpverlener is in staat om, rekening houdende met het kennis- en ontwikkelingsniveau van de patiënt, de situatie duidelijk uiteen te zetten.
- De hulpverlener is in staat te beoordelen waar zijn/haar grenzen wat betreft kennis en/of vaardigheden voor de oplossing van het specifieke probleem liggen.

Deze ideaaltypische benadering van *informed consent*, overdacht vanuit een comfortabele bureaustoel in de studeerkamer, vraagt om toetsing aan de medische én de juridische realiteit. Dit confronteert ons met basale epistemologische vragen: wat denken we te weten van die praktijk van *informed consent*? Wat zouden we er allemaal van moeten weten? En vooral: wat kunnen we werkelijk praktisch te weten komen? We gaan op onderzoek naar funderende principes en praktische vormgeving.

5 DE ETHISCHE INVALSHOEK

Als ethische grondbeginselen de basis vormen voor het juridische leerstuk van *informed consent*: deelt iedereen dan ten volle de opvattingen over de inhoud en de betekenis

ervan? ¹⁸ Een eerste verkenning toont al dat er uiteenlopende onderliggende theorieën bestaan, bijvoorbeeld:¹⁹

- als positivistische constructie, dat wil zeggen puur de feitelijke uitwisseling van informatie;
- als sociale constructie: een complex proces tussen betrokkenen gebaseerd op begrip en vrijwilligheid;
- functioneel: het proces eenvoudig bezien als een formaliteit;
- kritische theorie: als vitale bescherming van de patiënt tegen nodeloze schadelijke interventies;
- postmodern: de tot verwarring aanleiding gevende positie van de patiënt als consument, omdat het kunnen kiezen belangrijker lijkt dan de opties waaruit kan worden gekozen.

De regelgeving omtrent *informed consent* lijkt vooral sterk geworteld te zijn in de moraalfilosofie.²⁰ De afgelopen decennia heeft *informed consent* een steeds prominere plaats gekregen binnen de medische ethiek. De daarover gepubliceerde artikelen zijn qua aantal dan ook talrijk maar qua inhoud vaak zichzelf herhalend.²¹ Centraal staat de leerstelling van de autonomie van de patiënt. Iedere arts dient de persoonlijke keuzes van de patiënt, die gebaseerd zijn op adequate informatie, te respecteren. Maar ook over het begrip ‘autonomie’ bestaan uiteenlopende opvattingen. Men kan autonomie bijvoorbeeld onderscheiden in een persoonlijke en een epistemische.²² Een epistemisch autonome beslissing is er een die ik geheel zelf neem zonder het advies van anderen, terwijl bij persoonlijke autonomie wél het advies van experts wordt betrokken. Sommige gezondheidsjuristen voelen het meest voor epistemische autonomie.

Opvallend in deze discussie zijn de publicaties van de ethica Onora O’Neill.²³ Zij doet een geslaagde poging om deze kwestie vanuit verschillende posities te bekijken en daarin de maatschappelijke context te betrekken. De arts-patiëntrelatie kan eenvoudig niet zonder vertrouwen. Maar het ene uiterste, blind vertrouwen, is even nutteloos als het andere, uitpuittend rekenschap afleggen. Het juridische model lijkt qua gedragspresumptie te veel te zijn uitgegaan van de individuele autonomie, terwijl bij een rationele autonomie meer de nadruk wordt gelegd op een adequate en vooral respectvolle relatie met daarbij afwezigheid van dwang of misleiding.

¹⁸ Jones 1999, p. 103.

¹⁹ Alderson & Goodey 1998.

²⁰ O’Neill 2004.

²¹ O’Neill 2004, p. 1133.

²² Clarke 2002, p. 35.

²³ O’Neill 2003 en O’Neill 2004.

O'Neill vraagt zich af of het werkelijk zal helpen als we ons druk maken over verschillende interpretaties van het begrip autonomie.²⁴ Onder verwijzing naar de Code van Neurenberg (1947) legt zij minder het accent op de autonomie van het individu maar meer op het realiseren van de morele doelstelling van keuzevrijheid en vrijwilligheid. Dat is ook terug te vinden in artikel 5 van het Verdrag inzake de mensenrechten en biogeneeskunde.²⁵ Niet alleen door O'Neill maar ook door anderen wordt de vraag gesteld: is het sterke accent op autonomie filosofisch wel goed te verdedigen?²⁶ Daarmee komt autonomie als funderend principe ter discussie te staan, niet in de laatste plaats omdat er meerdere duidingen aan dit begrip kunnen worden gegeven.

Zonder ons al te zeer over de discussie rond het begrip autonomie te bekommeren, is dit toch het essentiële juridische vertrekpunt: de patiënt moet voldoende ruimte krijgen, diens gedragingen mogen door hulpverleners op geen enkele wijze worden ingeperkt. En daarmee zijn we aangeland bij de vermogensrechtelijke regelgeving: er is regulering nodig van informatieverstrekking en aansluitende beslisprocessen inzake medische interventies om te voorkomen dat de patiënt zichzelf en eventueel ook anderen schaadt met diens keuze.

Maar de positie die gezondheidsjuristen aldus hebben ingenomen maakt tegelijk hun zwakte duidelijk: het draait niet om een puristische vermogensrechtelijke transactie maar om menselijke – en dus emotionele – interactie met alle merkwaardigheden én beperkingen van dien. De individuele autonomie – 'ik beslis er alleen zelf over' – is te veel de grondslag voor regelgeving geweest, een gedragspresumptie voortkomend uit de bevoegenheid van een groep gezondheidsjuristen om de patiëntenrechten eindelijk eens goed te willen regelen.

Naast deze ethische overwegingen over de gedragsruimte voor de patiënt valt er vanuit civielrechtelijk perspectief een reëel probleem te signaleren. Afnemers van diensten van bijvoorbeeld artsen, advocaten, notarissen en banken hebben vaak te maken met informatie-asymmetrie: de expert weet veel meer van het probleem dan de cliënt. Zo is die informatieplicht er als ongelijkheidscompensatie.²⁷ Dat brengt ons bij de juridische invalshoek.

6 DE JURIDISCHE INVALSHOEK

Gezondheidsjuristen drongen aan op invoering van regulering aangaande *informed consent*. Maar wat is er vervolgens veranderd in de wereld? Wat zijn de juridische grond-

24 O'Neill 2004, p. 273-274.

25 Dit verdrag is wel door Nederland ondertekend maar is nog niet geratificeerd.

26 Wilson 2007, p. 353 e.v.

27 Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 13 e.v.

slagen en doelstellingen? Zijn de beoogde gedragsveranderingen van hulpverleners wel concreet genoeg en worden die vervolgens dan ook gerealiseerd? Zijn er praktische aspecten over het hoofd gezien? Een nadere verkenning van de juridische invalshoek.

6.1 *Obligatoire overeenkomsten: interactie en informatie*

Het leerstuk van *informed consent* past binnen een breder civielrechtelijk kader. Bij iedere (koop)overeenkomst zijn steeds twee partijen betrokken: een aanbieder en een afnemer. De ene partij zoekt wat, de andere heeft wat te bieden. En dan ontmoeten ze elkaar. De op elkaar aansluitende wilsverklaringen van contractpartijen doen tussen hen rechtsgevolgen ontstaan. Maar voorzichtigheid is de moeder van de porseleinkast. Het Romeinse recht kende al de stelregel *emptor debet esse curiosus*, de koper dient nieuwsgierig te zijn. Partijen werden, alvorens de transactie plaatsvond, zelf verantwoordelijk geacht voor het inwinnen van de benodigde informatie.

De zeventiende eeuwse Franse jurist Antoine Loisel schreef: '*il y a plus de fols acheteurs que de fols vendeurs*' om daar nog aan toe te voegen '*Qui vend dict le mot*'.²⁸ De verkoper verkeert ten opzichte van de koper in een voordeliger situatie. Twee gedragspresumpties dus: de koper vraagt de verkoper niet altijd uit, de verkoper vertelt niet meer dan hem/haar lief is. De afgelopen decennia is de rechtswetenschap zich meer en meer gaan buigen over die kwetsbare positie van de klant. Door de plichten van aanbieders jegens afnemers te omschrijven en de rechten van de afnemers duidelijker te maken en te beschermen, probeert men deze onbalans te corrigeren.

Rechtsbescherming als grondwoord, maar daarmee zijn we er nog niet. Het begrip 'informatieplicht' is meervoudig. Qua moment van toepassing, soort overeenkomst en strekking kunnen informatieplichten verschillen:

- *Stadia*: er zijn verschillende stadia bij obligatoire overeenkomsten en dus kunnen drie momenten worden onderscheiden waarop het verstrekken van inlichtingen aan de wederpartij nodig kan zijn: vóór het sluiten (precontractueel), tijdens de uitvoering (contractueel) of na de uitvoering (postcontractueel). De precontractuele informatieplicht weegt zwaar, omdat die bepalend is voor de totstandkoming van de overeenkomst en relateert aan het klassieke leerstuk van de wilsvorming en -gebreken.
- *Soort*: er is een wezenlijk verschil tussen overeenkomsten ter zake van koop en van advies.²⁹ Bij koop is de positie van de consument niet alleen op grond van algemene wetgeving in de Boeken 3 en 6 van het BW juridisch ingekaderd, maar er is ook

²⁸ Geciteerd in Marsaux 2000, p. 15.

²⁹ Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 5.

uitgebreide speciale consumentenwetgeving en recent werd de Consumentenautoriteit in ons land geïnstalleerd.³⁰ Bij dienstverlening is de gang van zaken anders dan bij koop, niet alleen is de situatie dynamischer en langduriger maar vaak ook complexer. De informatieplicht is hier dan ook veelomvattender, niet alleen bij de totstandkoming van de verbintenis (wilsvorming), maar ook tijdens de uitvoering en veelal ook na het leveren van de prestatie.³¹

- *Strekking*: qua inhoud is de volgende driedeling wat betreft informatie mogelijk: de mededelingsplicht, de waarschuwingsplicht en het advies.³²

Als gevolg van de complexiteit van het begrip informatieplicht is het maar de vraag of zowel aanbieders als afnemers van zorg wel voldoende overzien welke informatieplichten er concreet gelden, wat ze inhouden en hoe ver die reiken. Ook voor de jurist levert de ijver om deze kwestie te reguleren problemen op. De thans geldende wetgeving is niet ideaal. Qua systematiek wordt de logische gelaagde structuur van het BW aangetast, worden de funderende rechtsbeginselen en -artikelen soms onvoldoende gevolgd. Consumentenvermogensrecht en ondernemingsvermogensrecht lopen deels door elkaar en vaak uit de pas.

Naast aandacht voor de genoemde inhoudelijke aspecten is er daarom ook gepleit de rechtsmaterie (weer) onder te verdelen in het vermogensrecht voor natuurlijke personen enerzijds en het vermogensrecht voor ondernemingen anderzijds.³³ Naast deze overwegingen dient wetgeving ook getoetst te worden aan de criteria zoals geformuleerd in de nota 'Bruikbare rechtsorde'.³⁴ Daarmee wordt aangegeven dat qua structuren en processen bij *informed consent* eisen dienen te worden gesteld.

Het bewerkstelligen van mogelijkheden om bewust te kunnen kiezen heeft nog een andere dimensie, een economische. Want informatie, wilsvorming en marktwerking kunnen niet los van elkaar gezien worden. Als keuzevrijheid van de afnemer een te beschermen belang is, krijgt die te maken met verschillende typen keuzes waarvoor uiteenlopende rechtsregels over informatieplicht gelden. Een voorbeeld: zorgaanbieders zijn verplicht zowel de kwaliteit als de prijs van zorg openbaar te maken, maar dat zijn regelingen buiten het BW.³⁵ Zo kan de patiënt kiezen voor de goedkoopste en/of beste zorg, dat is een keuze voor een onderneming. Worden al deze intenties ook gerealiseerd?

30 Zie voor een overzicht Hondius 2006, p. 1811-8121.

31 Zie daarover uitgebreid Barendrecht & Van den Akker 1999.

32 Zie Hardy 2004, p. 21.

33 Van Boom 2003, p. 305-306.

34 Sociaal Economische Raad 2005, publicatienummer 11.

35 De Inspectie voor de Gezondheidszorg verplicht aanbieders via de Kwaliteitswet zorginstellingen aan de hand van prestatie-indicatoren hun kwaliteitsniveau duidelijk te maken en daarnaast zijn ze ex art. 38 lid 1 Wet marktordening gezondheidszorg verplicht hun tarieven kenbaar te maken.

6.2 De rechtspraktijk: effectuerend privaatrecht?

Hoe werkzaam is dit medicijn van de *informed consent*? Het doel mag vanuit juridisch gezichtspunt duidelijk zijn, maar zijn de middelen er geschikt voor en worden de doelen gerealiseerd? Voor een poging tot antwoord op deze vragen kunnen we de juridische en de medische praktijk aan een nader onderzoek onderwerpen.

Hoe komt een praktijkjurist in aanraking met de problematiek rond *informed consent*? Pas als zich bij een ingreep een risico heeft verwezenlijkt, kan de zich gedupeerd voelende patiënt de hulpverlener of het ziekenhuis juridisch ter verantwoording roepen wegens het nalaten van de informatieplicht. Bij zo'n medisch bedrijfsongeval rijzen dan twee verschillende vragen. Ten eerste: schoot de arts tekort in zijn of haar zorgplicht? Ten tweede: was de patiënt tevoren op de hoogte gebracht van de mogelijke risico's en was die informatie betrokken in de keuze? Bij de *informed consent* problematiek bevinden we ons in het tweestromenland van aansprakelijkheids- en contractenrecht.

Ook al zijn er voor *informed consent* rechtsregels die gewenst gedrag beschrijven, er is geen universeel handhavingsbeleid waarbij medische hulpverleners min of meer systematisch gecontroleerd worden op naleving. Het tekortschieten van artsen wat betreft hun informatieplicht kan dus – ongestraft – plaatsvinden zolang de medische interventie geen complicaties oplevert en de patiënt dus niet klaagt. Er wordt door artsen dan ook wel enigszins cynisch gesteld dat de introductie van *informed consent* de patiënt een extra mogelijkheid voor verzekering tegen complicaties biedt.

Maar wat weten we over de naleving van de informatieplicht? Hoe doen artsen dat in de dagelijkse praktijk en hoe ervaren patiënten dat? Is daar empirisch onderzoek naar verricht? Zijn rechterlijke beslissingen van invloed op het gedrag van hulpverleners? We treffen hier het thema van effectuerend privaatrecht.³⁶ Het zijn allemaal praktische kwesties, die om antwoord vragen, maar daarvoor is empirisch onderzoek nodig. Wat er aan onderzoek werd verricht, is vooral via vragenlijsten aan patiënten waarin om hun ervaringen werd gevraagd.³⁷ Een antwoord op de vraag naar effectuering kan eigenlijk (nog) niet worden gegeven.

6.3 Een vergeten gebied: de expliciete vaststelling van de wils(on)bekwaamheid

Bij de totstandkoming van de behandelovereenkomst dient de arts te beoordelen of de patiënt wel bekwaam is tot het nemen van besluiten. Immers, de verkregen toestemming is pas valide als adequate informatie werd verstrekt aan een wilsbekwame patiënt die

³⁶ Daarover Van Boom 2007, p. 982 e.v.

³⁷ Friele et al. 2006.

vervolgens in vrijheid mag beslissen om zich wel of niet te laten behandelen. In wettelijke zin is iemand handelingsonbekwaam bij minderjarigheid ex artikel 1:234 lid 1 BW³⁸ of indien onder curatele gesteld ex artikel 1:381 lid 2 BW, maar we hebben het binnen deze medische context over een andere, meer praktische, inhoud.

Recent heeft Appelbaum aandacht gevraagd voor de medische dimensie van de wils(on)-bekwaamheid. Om goede beslissingen te kunnen nemen, dienen de cognitieve functies bij de patiënt voldoende intact te zijn. Empirisch onderzoek heeft echter uitgewezen dat bij tal van medische condities de cognitieve vermogens van de patiënt duidelijk kunnen zijn verminderd, soms tijdelijk, soms blijvend.³⁹ In het geval van een reeds bekende dementie zal die afname op voorhand duidelijk zijn, maar dementie wil overigens niet per definitie zeggen: volledig onbekwaam om over medische interventies te oordelen. En hoe zit het met beginnende en/of nog niet als zodanig herkende dementering?

Belangrijker is dat ziekteprocessen zelf – meestal tijdelijke – afname van de begrips- en oordeelsfunctie kunnen veroorzaken en dat die verminderde capaciteiten lang niet altijd herkend worden door behandelaars. Bij acute aandoening kan sprake zijn van sufheid, shock en verwardheid. Medicamenteuze behandeling, vooral pijnstilling, is daarbij ook van grote invloed. Met name oudere patiënten met meerdere ziektes en medicamenten tegelijkertijd zijn in dit cognitieve opzicht kwetsbaar.

Nog een ander aspect: emoties ten gevolge van de ziekte. Bij levensbedreigende aandoeningen (kanker!) spelen alle existentiële emoties die het goed psychisch functioneren kunnen ondermijnen. Chronische pijn werkt ook psychologisch ontwrichtend: alles is goed, als die snertpijn maar verdwijnt!

Appelbaum stelt dat het vaststellen van de capaciteiten van de patiënt om tot weloverwogen beslissingen te komen tot de intrinsieke aspecten van elk arts-patiëntcontact behoort, maar constateert tegelijk dat dit te weinig en meestal niet systematisch gebeurt. Hij omschrijft dan ook een simpele toetsing aan de hand van vier basale criteria: (1) kan de patiënt een keuze maken uit alternatieve behandelopties, (2) begrijpt de patiënt de informatie, (3) begrijpt de patiënt diens situatie en de consequenties van de verschillende behandelopties, (4) kan de patiënt rationeel met deze informatie omgaan?⁴⁰ Deze uiterst belangrijke en basale praktische dimensie ontbreekt in zowel de juridische literatuur als de wetgeving inzake behandelingsovereenkomst.

Bij deze beschouwing over de juridische invalshoek zien we dat er vanuit rechtskundige hoek een noodzaak wordt gevoeld om met rechtsregels het gedrag van hulpverleners te

38 In art. 7:447 lid 1 BW wordt een minderjarige vanaf de leeftijd van 16 jaar bekwaam beschouwd tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst.

39 Appelbaum 2007, p. 1834 e.v.

40 Ibid., p. 1836.

veranderen en hulpvragers te beschermen tegen ongewenst gedrag van medische professionals. Maar dat is dogmatisch én praktisch toch ingewikkelder dan men denkt en we hebben onvoldoende inzicht in de praktische effecten. Juist bij dit onderwerp blijkt het juridische perspectief te krap. Voor het welslagen van een dergelijk project dienen juristen voldoende oog te hebben voor de niet-juridische dimensies van deze kwestie. Een uiterst belangrijke invalshoek is die van de psychologie en die zullen we in de volgende sectie behandelen.

7 HET PSYCHOLOGISCHE PERSPECTIEF

De instemming met een aanbod is geldig wanneer (1) adequate informatie werd verschaft, (2) de toestemming zonder enige vorm van dwang werd gegeven en (3) de persoon in staat was op adequate wijze een beslissing te nemen.⁴¹ Deze algemeen gestelde voorwaarden zijn plausibel maar bij nadere beschouwing dient zich een aantal fundamentele vragen aan, zeker als vanuit juridisch oogpunt niet alleen de procedure van *informed consent* geoptimaliseerd moet worden maar tevens normatief beoordeeld.

7.1 Informatiebehoefte

Wat zijn de psychologische behoeften van de patiënt? Niet iedere mens wil alles weten en/of zelf de beslissingen over medische interventies nemen. In de psychologie bestaat de tweedeling tussen enerzijds *monitors*, de informatiebehoefte patiënten, en anderzijds de *blunters*, informatiemijdende patiënten. Het onderscheid tussen deze twee categorieën patiënten lijkt vooral te maken te hebben met hun persoonlijkheidstype en is dus minder situatief bepaald. De praktisch-juridische implicatie van dit onderscheid is dat monitors snel ontevreden zijn over de informatie die hun wordt aangereikt door artsen. Bij de informatieverschaffing blijkt dit omgangsgedrag van belang. De patiënten zijn emotioneel beter af als de informatievoorziening wordt toegesneden op hun manier van omgaan met moeilijke situaties.⁴² Voor de rechter is het ook van belang om te beoordelen tot wat voor type de klagende patiënt behoort.⁴³

41 Eyler & Jeste 2006, p. 554.

42 Miller 1991.

43 Soms ziet men in arresten deze overweging of iemand een 'monitor' is, expliciet worden gemaakt. Vgl. 7 en 14-23 van *Chester v. Afshar* [2002] EWCA Civ 724.

7.2 Cognitieve aspecten

De verstrekte informatie moet door de patiënten worden verwerkt, begrepen én onthouden. Deze cognitieve capaciteiten verschillen van patiënt tot patiënt door verschillen wat betreft sekse, leeftijd en opleidingsniveau. Ze worden bovendien ook nog door angst en stress verminderd. Bij personen met een hoge leeftijd en/of lage opleiding, die ruim vertegenwoordigd zijn binnen de patiëntenpopulatie, blijkt de informatieoverdracht vooral minder effectief.⁴⁴ De geneeskundige geletterdheid ('health literacy') blijkt een cruciale factor voor het welslagen van de communicatie. Onderzoek naar hoeveel van de door de arts gegeven feitelijke informatie ook daadwerkelijk bij de patiënt is overgekomen, laat zien dat dit vaak maar de helft of minder is.⁴⁵ Naast de vraag of de gegevens wel bij de patiënt zijn 'geland', is er nog de kwestie of de werkelijke betekenis ervan wordt doorgrond. Overschat of onderschat iemand de betekenis van een waarschuwing voor een complicatie van een ingreep of dringt dat bewustzijn pas echt door als die ongewenste verwikkeling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden? Voor zover empirisch onderzoek naar deze kwestie mogelijk is, lijken patiënten de betekenis van een waarschuwing vooral te onderschatten. Voor artsen is het spectrum van complicaties een ervaringsfeit, de patiënt heeft daar (nog!) geen weet van.⁴⁶

7.3 Communicatievaardigheden hulpverlener

Voor het uiteindelijke succes van de informatie-uitwisseling zijn de communicatieve vaardigheden van beide kanten van betekenis. Maar vooral die van de arts zijn bepalend en staan ook centraal bij de rechtsvraag inzake tekortschieten wat betreft de waarschuwingsplicht.⁴⁷ Het verbaal maar vooral ook non-verbaal gedrag van hulpverleners bepaalt hoe comfortabel de patiënt zich voelt en wat hij durft te vragen.

Vrijwel altijd weet de patiënt veel minder van het probleem dan de arts en in die situatie van informatieongelijkheid zal de dokter dus zorgvuldig moeten sonderen wat de patiënt al weet, wat hij wil weten en wat deze kan bevatten. Cruciaal voor de communicatie is of de arts de informatiebehoefte van de patiënt juist blijkt in te schatten. Lukt dat niet, dan raakt de patiënt gefrustreerd en wordt diens onzekerheid over de afloop van zijn/haar ziekte en behandeling vergroot. Dat werkt door in het sociale netwerk van de patiënt.

44 Davis et al. 2003.

45 Chapman et al. 2003.

46 Zie ook Habiba 2004, Akkad 2006, Enttwistle 2006.

47 Een belangrijk psychologisch begrip hierbij is de emotionele intelligentie. Daarover Goleman 2007.

7.4 *Het perspectief van de patiënt*

De communicatie speelt zich steeds af binnen de socioculturele context van de patiënt. Die bepaalt enerzijds het gedrag van de patiënt en anderzijds de beschikbaarheid van informatiebronnen. Maar wat willen patiënten weten? Is het wel mogelijk op die vraag in generaliserende termen te antwoorden? Lang niet alle hulpvragers willen goed geïnformeerd zijn over mogelijke risico's. Zij leggen hun lot helemaal in handen van hun dokter. Maar hoe vaak komt dat voor?

Een interessant empirisch onderzoek over de behoefte kennis te nemen van mogelijke neurologische risico's⁴⁸ bij hartoperaties maakte duidelijk dat een groot deel van de patiënten daarvan niet wilde weten: 42% wenste geen enkele informatie over mogelijke risico's, de helft wilde niet horen van de mogelijkheid te overlijden aan de gevolgen van de ingreep en ruim de helft wenste onwetend te blijven over de kans op blijvende neurologische schade.⁴⁹ Dergelijke uitkomsten lijken de gedragspresumpties van gezondheidsjuristen te ondermijnen.

De laatste jaren maakt het begrip 'redelijke patiënt' opgang.⁵⁰ Het is niet (meer) reëel om de verantwoordelijkheid voor de informatieverschaffing geheel bij de behandelaar te leggen. De afgenomen machtsafstand tussen arts en patiënt met de opkomst van de mondige burger en diens gemiddeld steeds betere opleiding betekent dat patiënten zelf op zoek gaan naar informatie, vaak al voor het doktersbezoek. Beschikbare bronnen zijn foldermateriaal van patiëntenverenigingen, het internet, zelfhulpboeken, tijdschriften enzovoort. Het is daarom niet meer ongebruikelijk dat de patiënt bij de dokter uitgeprinte informatie achterlaat met het verzoek hierover een oordeel te willen geven. Uitzondering of regel?

De handelwijze van de goed geïnformeerde zorgvrager heeft gevolgen voor de hulpverlener, zowel praktisch als psychologisch. Het legt extra beslag op diens tijd (meer uitleg, meer discussie, materiaal om te lezen) en sommige artsen hebben het gevoel dat hun autoriteit in twijfel wordt getrokken. De paternalistische houding van enkele decennia geleden heeft meer plaatsgemaakt voor een 'onderhandelingshuishouding' in de spreekkamer. Wederom geeft dit aan dat de veronderstellingen over zelfbeschikkingsrecht en patiëntenautonomie niet (meer) realistisch zijn.

48 Patiënten lopen namelijk een reëel risico op een beroerte tijdens of vlak na de operatie.

49 Beresford et al., 2001, p. 626 e.v.

50 Engels: the reasonable patient.

8 REFLECTIE OVER DE PRAKTISCHE EFFECTEN

Het is toch opmerkelijk dat onder juristen de behoefte om de uiteindelijke praktische effecten van regelgeving te onderzoeken opvallend gering lijkt. Weliswaar is er de laatste jaren een ontwikkeling van wetsevaluatie te bespeuren, maar die richt zich (nog) nauwelijks op effectonderzoek en de methodologie is nog onvoldoende ontwikkeld.⁵¹ De Algemene Rekenkamer constateerde enkele jaren terug een opvallend gebrek aan onderzoek naar de praktische effecten van ingevoerd nieuw overheidsbeleid.⁵² Met de rechtregels over *informed consent* is het niet anders gesteld. Alles wat hiervoor is beschreven stemt toch zeker tot nadenken?

8.1 Kwalitatieve reflectie

Doctrinair georiënteerde juridische beschouwingen over *informed consent* zijn talrijk, er is inmiddels ook een jurisprudentielijst over dit onderwerp te vinden.⁵³ Kritische overdenkingen over dit onderwerp vanuit juridische gelederen, zeker in Nederland, zijn sporadisch. Twee Amerikaanse artikelen zijn in dat verband zeker de moeite van het lezen waard: deze geven een kritische maar gewogen beschouwing over dit onderwerp en bediscussiëren in het bijzonder de realiteitszin ervan.⁵⁴ Zeker, de patiënt verkeert altijd ten opzichte van de behandelaar in een situatie van informatieachterstand, maar de vraag is of die onbalans wel volledig in evenwicht is te brengen met een formele informatieplicht en of de juridische benadering van dit probleem wel de meest vruchtbare is. Bij de uitgebreide evaluatie in ons land van de Wet inzake geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO), gerapporteerd in vier kloeke delen, handelde deel 2 over het onderwerp informatie en toestemming.⁵⁵ Van écht systematisch en gedetailleerd empirisch effectonderzoek was daarbij niet of nauwelijks sprake. Wel werd een inventariserend onderzoek onder wetenschappelijke verenigingen en ziekenhuizen verricht om hun meningen te peilen en om te zien welke hulpmaterialen er beschikbaar waren voor informatie van patiënten. Een integraal normatief oordeel over de bekendheid met, de acceptatie van en toepasbaarheid van de regels inzake *informed consent* en ten slotte de effecten daarvan ontbreekt. Bleek de situatie voor de patiënt nu praktisch verbeterd ten opzichte van de periode vóór de wetsinvoering? Daarover zijn we niet geïnformeerd. Weet iedere zorgverlener waar hij/zij aan toe is? Zij voelen zich vooral onzeker bij gebrek

51 Giard 2006, p. 49 e.v.

52 Kamerstukken II 2002/03, 28 831, nr. 2.

53 Kastelein 1998, Giard 2005, p. 135 e.v.

54 Zie Schuck 1994 en Jones 1999.

55 Wittmer en de Roode 2004.

aan eenduidige richtlijnen. Controleert het ziekenhuis wel voldoende op naleving? Dat is praktisch ondoenlijk. Dat ligt ook meer op het terrein van de organisaties van de betreffende specialismen. Welke rol spelen de aansprakelijkheidsverzekeraars? Op dit moment (nog) geen.

Met deze vooral kwalitatieve overdenkingen zien we dat wanneer het privaatrecht zich ten doel stelt menselijk gedrag zowel te sturen als normatief te beoordelen we daarbij op uiterst complexe kwesties zijn gestuit die alleen multidisciplinair kunnen worden benaderd.⁵⁶

8.2 Kwantitatieve reflectie

Hiertoe is het op systematische wijze verzamelen van gegevens nodig, het doen van empirisch onderzoek. Bij deze werkwijze komen we wederom als epistemologische kernvragen tegen: wat zouden we allemaal van dit onderwerp *moeten* weten en wat *kunnen* we ervan te weten komen? Bij de vraag wat het effect is op het gedrag van de betrokken rechtssubjecten van materieelrechtelijke regels inzake *informed consent* onderzoeken we feitelijk veranderingen. Maar dan dienen we eerst het gedrag vóór invoering te hebben beschreven om dat vervolgens te vergelijken met de handelwijze enige tijd ná wetsimplementatie. Dan komen we op het terrein van sociaalwetenschappelijk onderzoek van juridische interventies. Zo kunnen we uiteindelijk komen tot een normatief oordeel over de effecten van toepassing van de normenwetenschap, maar dat is nog grotendeels terra incognita.

Er is nog een andere vorm van onderzoek wenselijk: descriptief, de huidige rechtspraktijk inventariseren en analyseren. Interessant is het bijvoorbeeld om te weten hoe vaak bij medische aansprakelijkheid informatieverzuim een grond was voor de eis, hoe vaak die werd toegewezen en met welke consequenties voor zowel eiser als gedaagde. Helaas, ondanks het bestaan van de internetsite rechtspraak.nl is het onmogelijk centraal tot alle uitspraken over medische aansprakelijkheid toegang te hebben en daar kwalitatief en/of kwantitatief onderzoek naar te doen.

Zoals eerder al gesteld, komt deze problematiek alleen maar onder de aandacht van de rechter als er een claim is ingediend. Het verzamelen van al dergelijke casuïstiek over schendingen van de informatieplicht maakt het ook mogelijk alle casusposities vanuit de geneeskunde systematisch te onderzoeken, bijvoorbeeld: over welke medische problemen gaat het? Wat was daarbij het standpunt van de arts? Welke gegevens konden in

56 Wie het themanummer van *Ars Aequi* (november 2007) over multidisciplinaire bestudering van de rechtswetenschap beschouwt, kan zich bezorgd afvragen of juristen wel een duidelijk beeld hebben van dat begrip!

het dossier worden teruggevonden? Welke argumenten hanteerde de rechter bij de toe- of afwijzing van de vordering?

Wat is er inmiddels voor empirisch onderzoek over dit probleem in de medische literatuur gepubliceerd? De meeste van die onderzoeken hebben of betrekking op enquêtes onder artsen en patiënten of op onderzoek van series afgehandelde claims voor een bepaald specialisme.⁵⁷ Uit al dergelijke studies blijkt de medische praktijk veelal op gespannen voet te staan met de juridische gedragspresumpties. Artsen schieten tekort in hun voorlichtende functies.⁵⁸ Patiënten die toestemmingsformulieren ondertekenen, doen dat braaf zonder zich van de juridische implicaties bewust te zijn.⁵⁹ Eenmaal ingebed in de medische processen, gaan patiënten als vanzelf mee in de voorgestelde interventies, terwijl zij buiten die situatie anders zouden hebben beslist.⁶⁰

Enquêtes onder patiënten bijvoorbeeld maken duidelijk dat zij de *informed consent* procedure veelal als een juridisch gegrond ritueel ervaren,⁶¹ dat ze het gevoel hebben bij chirurgische ingrepen te weinig invloed te hebben gehad op hun keuzemogelijkheden⁶², dat het *informed consent* proces eerder tot passiviteit van de patiënt leidt dan tot diens autonome activiteit. Artsen hebben enerzijds het gevoel dat *informed consent* vooral gaat om het laten tekenen door de patiënt van een toestemmingsformulier en anderzijds dat ze onzeker zijn hoever hun plicht tot informatieverschaffing reikt.⁶³ Dit is maar een willekeurige greep uit de literatuur, maar deze observationele onderzoeken laten allemaal zien dat het maar zeer de vraag is of het juridische ideaal in de medische praktijk wel wordt gerealiseerd. Daarnaast wordt duidelijk hoe moeilijk deze materie zich praktisch laat onderzoeken, want bieden dergelijke enquêtes bijvoorbeeld het goede venster op de realiteit? Beschikken we wel over de gepaste methoden voor onderzoek van het gedrag van betrokkenen en de veranderingen die er in op kunnen treden?

9 CONCLUSIES

Dit boek onderzoekt aannames over gedrag bij en gedragseffecten van privaatrechtelijke leerstukken, in dit hoofdstuk toegespitst op het onderwerp *informed consent*. Ik stelde als basale vragen: wat beoogt de regelgeving over *informed consent* precies te bereiken? Welke uitgangspunten kent dit leerstuk en hoe valide zijn die? Welk concreet gedrag van artsen wil men realiseren en aan welke praktische voorwaarden dient daarvoor te zijn

57 Bhattacharyya et al. 2005.

58 Entwistle et al. 2006.

59 Akkad et al. 2006.

60 Dixon-Woods 2006.

61 Habiba et al. 2004.

62 Entwistle et al. 2006.

63 Feld 2004.

voldaan? Wat werd er feitelijk van de idealistische juridische intenties gerealiseerd? In deze vragen herkennen we een aloud trias: doelen, middelen en doelrealisatie. Wetenschappelijke artikelen waarin aan de hand van deze drie bijeenkomende aspecten het onderwerp *informed consent* grondig wordt gezien, lijken uitermate schaars.

Er zijn tegelijk ook epistemologische vragen. Wat denken we te weten over *informed consent*? Wat zouden we er allemaal van moeten weten? En vooral: wat kunnen we werkelijk praktisch te weten komen? Is er misschien een kloof tussen wat gezondheidsjuristen over dit onderwerp denken te weten en de tamelijk weerbarstige medische realiteit? Het antwoord op die vraag is bevestigend, er is een epistemologisch tekort. Er is (nog) te weinig informatie om genoemde vragen te kunnen beantwoorden en er zullen tevens gepaste onderzoeksmethoden dienen te worden ontwikkeld.

Doelstellingen, grondslagen

Voor regelgeving is beslist een valide reden nodig, een als structureel geduid probleem dat langs de weg van regulatie aangepakt gaat worden. Immers, er leeft de veronderstelling bij juristen dat het recht de maatschappelijke praktijk – = gedrag! – ook moet kunnen sturen.⁶⁴ Welke beduidende kwestie of kwesties lag/lagen er nu ten grondslag aan het leerstuk van de *informed consent*? Klaagden patiënten hier in groten getale over? Was het een frequent voorkomende moeilijkheid in de rechtspraktijk? Bestond er bij juristen de opvatting dat patiëntenrechten onvoldoende zijn geregeld? Maar als het enerzijds volkomen logisch is dat in de arts-patiëntrelatie in samenspraak en na adequate voorlichting door de arts van de patiënt wordt beslist over medische interventies, waarom is het dan anderzijds toch zo lastig te realiseren?

Er zijn twee deels verwante stromen herkenbaar binnen de rechtswetenschap, die verantwoordelijkheid dragen voor deze wetgeving. In de eerste plaats is er de stellingname om aan de hand van in verdragen geformuleerde mensenrechten de patiëntenrechten verder in wetgeving te expliciteren.⁶⁵ Dat getuigt van een idealistische visie op de arts-patiëntcommunicatie. Het dogmatische uitgangspunt is de autonomie van de zorgvrager. Maar, zoals geschetst, is er een tamelijk eenzijdige, maar ook geforceerde, invulling gegeven aan het abstracte begrip 'autonomie' zonder zich in allerlei praktische consequenties te willen verdiepen. Te veel juridische zendingsdrift, te weinig realiteitszin.

De tweede invalshoek is die van consumentenrecht. Het juridische doel is om bij de medische dienstverlening de patiënt van een afnemersbescherming te voorzien en een inherente prikkel te vormen tot productoptimalisatie. Het middel is materieelrechtelijke regelgeving, gedragsregels ter zake van de informatieplicht waarbij de (be)handelende

64 Drion 2007, p. 1889

65 De Lange 1990.

medische professional de normadressaat is in een tweepartijenmodel van arts en patiënt.⁶⁶ Maar wat – of wie – stimuleert nu tot productoptimalisatie? Worden artsen hierdoor aangesproken? Maar weer die vraag naar gedragspresumpties en -effecten. In beide benaderingen gaat het om bescherming van een (potentieel) zwakkere contractpartij als waardig beginsel. Maar het gaat hier om het langs juridische weg realiseren van de morele doelstelling van keuzevrijheid en vrijwilligheid van de patiënt. Wat ik mis, is dat nergens in de juridische literatuur de vraag wordt gesteld of de doelstelling wel reëel en haalbaar is, laat staan of, en zo ja: hoe, de effecten onderzoekbaar zijn. En dan ten slotte nog een vergeten aspect: zonder helder geformuleerde doelstellingen is geen goede effectevaluatie mogelijk!

Middelen

Zoals ik hiervoor heb laten zien, is de praktijk van arts-patiëntcommunicatie uiterst complex en is dus een bredere horizon nodig dan alleen die van het recht. Hoe realiseren we dan een juridisch maar tegelijk ook psychologisch én communicatietechnisch verantwoorde situatie van *shared decision making* door patiënt en hulpverlener? Hier liggen nog ruime mogelijkheden voor onderzoek.⁶⁷

We dienen ons ook te realiseren dat er tal van maatschappelijke veranderingen zijn opgetreden, waaronder een sterke erosie van het begrip autoriteit. De paternalistische arts is – gelukkig! – een met uitsterven bedreigde diersoort en door de maatschappelijke veranderingen wordt in de medische praktijk de noodzaak van moreel verantwoorde gezamenlijke besluitvorming terdege gevoeld.⁶⁸ Het is dan de vraag of dit (ook) een juridische verdienste is.

Als er een maatschappelijke kwestie is van voldoende gewicht waarin het civiele recht een rol dient te vervullen, is adequate handhaving van groot belang, maar dat vraagt het inslaan van nieuwe, vooral ook goed overdachte, wegen.⁶⁹

Doelrealisatie

Wat werd er praktisch gerealiseerd? Jurisprudentie over dit onderwerp is (nog) redelijk schaars en geeft in sommige gevallen aan dat de praktijk van informatieverschaffing door artsen zeker nog niet perfect is, soms dat ze onvoldoende vastleggen wát er werd besproken en soms dat de patiënt niet in zijn/haar recht stond wat betreft de claim.⁷⁰

66 Van Boom 2007.

67 Salmon et al. 2005 en Hulsman et al. 2005.

68 Wensing et al. 2002.

69 Zie ook de door Van Boom (2007) aangedragen innovaties, p. 988 e.v.

70 Zie voor een overzicht Kastelein 1998 en Giard 2005, p. 135 e.v.

De *informed consent* procedure lijkt in veler ogen, zowel van de kant van patiënten als van hulpverleners, praktisch te zijn gedegradeerd tot een ritueel, waarbij de artsen het idee hebben dat ze zich daarmee ingedekt hebben tegen aansprakelijkheid op basis van schending van hun informatieplicht. Ook aan de kant van de patiënten wordt een zekere plichtmatigheid ervaren, zeker als ze een formulier dienen te ondertekenen waarin staat vermeld dat ze kennis hebben genomen van de opgesomde aspecten.⁷¹

Voor het resultaat in de praktijk is het ‘bijsluitereffect’ illustratief. Wie de lengte van de tekst van bijsluiters⁷² bij hetzelfde geneesmiddel vervolgt, ziet een gestage groei. Ook nieuw op de markt gebrachte farmaca gaan vergezeld van lappen tekst. Hier bestaat immers ook de rechtsplicht tot waarschuwen in verband met productaansprakelijkheid, die vooral in de VS tot extreme schadeclaims heeft geleid.⁷³

Waarom is behoefte? In de eerste plaats meer aandacht voor methodologie, een pleidooi voor een wetenschappelijker rechtswetenschap.⁷⁴ In de tweede plaats een meer multidisciplinaire aanpak van dit probleem, de horizon verbreden. Vanuit deze benadering blijkt dan ook de noodzaak om geïntegreerd te leren denken over *informed consent*.

De bevlogen gezondheidsjuristen die even onvermoeibaar als onwrikbaar de rechten van de patiënt in tabulae willen beitelen, moeten worden wakker geschud. Juridisch dromend over een goed geïnformeerde mondige patiënt worden we wakker in de qua gerealiseerde patiëntenrechten minder rooskleurige en vooral ingewikkeld medische praktijk en enigszins gelouterd ketst die ons weer terug naar de juridische studeerkamers: het civiele recht is er voor het sturen en beoordelen van menselijk gedrag, maar het wordt tijd om nog eens diep na te denken over h^oe we het gedrag kunnen beïnvloeden en h^oe we gedrag dienen te beoordelen. En ook nog dit: in het maatschappelijk verkeer zijn er niet alleen vermogensrechtelijke transacties, er is vooral menselijke interactie – zeker in de gezondheidszorg. Ga daar maar aan sleutelen!

LITERATUUR

Akkad 2006

Akkad A., Jackson C., Kenyon S., Dixon-Woods M., Taub N., Habiba M., ‘Patients’ perceptions of written consent: questionnaire study’. *BMJ*. 2006 Sep 9; 333(7567): 528.

71 In Nederland is het ex art. 7:463 BW onmogelijk dat het ziekenhuis of de hulpverlener de aansprakelijkheid voor het toebrengen van schade aan de patiënt tevoren beperkt of uitsluit.

72 Dit is een bijlage bij verstrekte geneesmiddelen met gegevens over o.m. samenstelling, werking en bijwerkingen van het middel.

73 Denk bijvoorbeeld aan de Vioxx-affaire, een pijnstiller die een vergrote kans op hartziekten geeft.

74 Giard 2006.

Alderson 1998

P. Alderson & C. Goodey. 'Theories in health care and research: Theories of consent'. *British Medical Journal* 1998 vol. 317, p. 1313-1315.

Van Andel 2005

W.J.M. van Andel, 'Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht'. In: P.F.A. Bierbooms, H. Pasman & G.M.F. Sniijders (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Appelbaum 2007

P.S. Appelbaum. 'Assessment of patient's competence to consent to treatment'. *New England Journal of Medicine* 2007, vol. 357, p. 1834-1840.

Beresford et al., 2001

N. Beresford, L. Seymour, C. Vincent, N. Moat, 'Risks of elective cardiac surgery: what do patients want to know?' *Heart* 2001, vol. 86, p. 626-631.

Bhattacharyya 2005

T. Bhattacharyya, H. Yeon, M.B. Harris, 'The medical-legal aspects of informed consent in orthopaedic surgery'. *Journal of Bone and Joint Surgery of America* 2005, vol. 87 (nr. 11), p. 2395-2400.

Van Boom 2003

W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht'. *RM Themis* 2003, p. 297-307.

Van Boom 2007

W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht'. *Nederlands Juristenblad* 2007, nr. 16, p. 982-990.

Burger et al. 2007

I. Burger, K. Schill & S. Goodman, 'Disclosure of individual surgeon's performance rates during informed consent'. *Annals of Surgery* 2007, vol. 245, p. 507-513.

Chiong 2007

W. Chiong, 'Justifying patient risks associated with medical education'. *JAMA* 2007 vol. 298, p. 1046-1048.

Dixon-Woods 2006

M. Dixon-Woods, S.J. Williams, C.J. Jackson, A. Akkad, S. Kenyon, M. Habiba, 'Why do women consent to surgery, even when they do not want to? An interactionist and Bourdieusian analysis.' *Soc. Sci. Med.* 2006 Jun; 62(11): 2742-53.

Drion 2007

C.E. Drion, 'Scheef recht'. *NJB* 2007, nr. 30, p. 1889.

Entwistle 2006

V. Entwistle, B. Williams, Z. Skea, G. MacLennan, S. Bhattacharya, 'Which surgical decisions should patients participate in and how? Reflections on women's recollections of discussions about variants of hysterectomy'. *Soc. Sci. Med.* 2006 Jan; 62(2):499-509.

Feld 2004

A.D. Feld. 'Informed consent: not just for procedures anymore'. *American Journal of Gastroenterology*. 2004, vol. 99, p. 977-980.

Friele 2007

R.D. Friele. 'Een thematische evaluatie van het begrip informed consent'. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2007 (8), p. 614-619.

Giard 2005

R.W.M. Giard. *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Giard 2006

R.W.M. Giard. 'Hoe bewijst het recht zichzelf? Een pleidooi voor evidence-based law'. In: J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht. Wat geldt als in de rechtswetenschap vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 49-59.

Goleman 2007

D. Goleman. *Sociale intelligentie. Nieuwe theorieën over menselijk gedrag*. Amsterdam: Uitgeverij Contact 2007.

Habiba 2004

M. Habiba, Jackson C., Akkad A., Kenyon S., Dixon-Woods M., 'Women's accounts of consenting to surgery: is consent a quality problem?', *Qual Saf Health Care*. 2004 Dec; 13(6):422-7.

Hardy 2004

R.R. Hardy, 'Precontractuele informatieplichten in het EG-contractenrecht'. *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2004, nr. 1, p. 19-45.

Hendrix & Akkermans 2007

L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans. 'Causaliteitonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van Chester v. Afshar'. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2007, 31(7), p. 498-515.

Hulsman et al. 2005

R. Hulsman, A. Visser, G. Makoul, 'Addressing some of the key questions about communication in healthcare'. *Patient Education and Counseling* 2005 vol. 58(3), p. 221-4.

Jones 1999

M.A. Jones, 'Informed consent and other fairy stories'. *Medical Law Review* 1999, nr. 7, p. 103-134.

Kastelein 1998

W.R. Kastelein, 'Informed consent en medische aansprakelijkheid; jurisprudentie 1994-1998'. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1998, nr. 22, p. 134-146.

De Lange 1990

S.A. de Lange, 'De reikwijdte van fundamentele rechten en de daarvan afgeleide rechten in de gezondheidszorg'. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1990, nr. 14, p. 102-108.

INFORMED CONSENT

Manning 2004

J. Manning, 'Informed consent to medical treatment: the common law and New Zealand's code of patients'rights'. *Medical Law Review* 2004, nr. 12, p. 181-216.

Marsaux 2000

C. Marsaux, *L'obligation pre-contractuelle d'information: comparaison Franco-Anglaise*. Parijs 2000, Intellex. (via: http://www.en-droit.com/intellex/ouvrages/obligation_precontractuelle.pdf).

Miller 1991

S.M. Miller, (1991) 'Monitoring and blunting in the face of threat: implications for adaptation and health'. In: Montada, L., Filipp, S.H. & Lerner, M.J. (red.) *Life crises and experiences of loss in adulthood*. Englewood Cliffs: Erlbaum.

O'Neill 2003

O. O' Neill, 'Some limits of informed consent'. *Journal of Medical ethics* 2003, vol. 29, p. 4-7.

O'Neill 2004

O. O' Neill, 'Accountability, trust and informed consent in medical practice and research'. *Clinical Medicine* 2004, vol. 4, p. 269-276.

Salmon et al. 2005

P. Salmon, B. Young, 'Core assumptions and research opportunities in clinical communication'. *Patient Education and Counseling* 2005 Sep; 58(3):225-34.

Schuck 1994

P.H. Schuck, 'Rethinking informed consent'. *The Yale Law Journal* 1994, vol. 103, p. 899-959.

Smits 2006

J.M. Smits, 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing'. *R.M. Themis* 2006 nr. 167, p. 134-140.

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Nalaten als onrechtmatige daad'. *NJB* 2007, nr. 40, p. 2540-2546.

Twerski & Cohen 1999

A.D. Twerski & N.B. Cohen, 'The second revolution in informed consent. Comparing physicians to each other'. *Northwestern University Law Review* 1999, nr. 94, p. 1-54.

Wensing 2002

M. Wensing, G. Elwyn, A. Edwards, E. Vingerhoets, R. Grol, 'Deconstructing patient centred communication and uncovering shared decision making: an observational study'. *BMC Med. Inform. Decis. Mak.* 2002; 2:2.

Wittmer & De Roode 2004

J.M. Wittmer en R.P. de Roode, *Van wet naar praktijk. Implementatie van de WGBO. Deel 2 Informatie en toestemming*. Utrecht: KNMG 2004.

HOOFDSTUK 6

SCHULD IN HET CONTRACTENRECHT; EEN EXERCITIE NAAR EEN VERBETERDE SAMENHANG TUSSEN REGELS EN GEDRAG

*M.W. de Hoon*¹

SAMENVATTING

Het doel van dit essay is: 1) in kaart brengen wat er gebeurt als we iemand beschuldigen, en 2) analyseren welke gevolgen dit zou kunnen hebben voor de inrichting van regels over het contractenrecht. Hierbij maak ik gebruik van inzichten uit de sociale psychologie. Het blijkt dat het vellen van morele oordelen dicht bij een activiteit ligt die we automatisch verrichten: het conceptualiseren van gebeurtenissen in oorzaken en gevolgen. We hebben, zo lijkt het, weinig nodig om tot morele oordelen over goed of slecht te komen, in ieder geval als we zelf schade ondervinden. Een moreel oordeel is vooral op intuïtie gebaseerd. Deze intuïtie rationaliseren we achteraf door ons vooral op informatie te richten die onze intuïtie bevestigt. Bij dit proces maken we verschillende denkfouten. Het is niet zeker of deze uitkomsten zonder meer vertaald kunnen worden naar privaatrechtelijke regels. Er zitten haken en ogen aan deze interdisciplinaire exercitie, maar de uitkomsten kunnen wel betekenen dat een aantal privaatrechtelijke regels beter op het gedrag van mensen afgestemd kan worden. Mogelijke denkrichtingen zijn: meer informatie over neutrale manieren om in en buiten procedures met schade om te gaan, het vermijden van onnodig polariserende juridische instrumenten, andere verdelingsmaatstaven en meer aandacht voor de sociale factoren die een rol spelen bij het ontstaan van het conflict.

¹ Machteld de Hoon is als universitair hoofddocent privaatrecht werkzaam aan de Universiteit van Tilburg, en als onderzoeker verbonden aan het *Tilburg Institute for Interdisciplinary Studies of Civil Law and Conflict Resolution Systems* (TISCO) (voorheen Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht); contact: m.w.dehoon@uvt.nl. Met dank aan Maurits Barendrecht, Leatitia Mulder, Karin Ammerlaan en de redacteurs, voor waardevolle feedback op een eerdere versie.

1 INLEIDING

In het verbintenissenrecht gaat het vaak over schuld. Dat is begrijpelijk. Hoewel schuld niet de enige toerekeningsgrond is, is het een logisch gevolg van de veelvoorkomende behoefte om door een ander veroorzaakte schade vergoed te krijgen. Maar er zijn situaties waarin schuld een belangrijk thema is, terwijl het om meer lijkt te gaan dan enkel vergoeding van schade. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij de eenzijdige beëindiging van een complexe en langdurige samenwerking. In een dergelijke situatie lijkt het, ook buiten de gevallen van duidelijk wangedrag, al snel te gaan over de vraag wie welk aandeel heeft gehad in niet waargemaakte verwachtingen, terwijl het twijfelachtig is of een van de partijen (financieel) werkelijk beter wordt van een zoektocht in het verleden.²

De situatie vertoont verwantschap met een echtscheiding. Beiden, de één misschien wat meer als de ander, hebben vaak een aandeel in het stuklopen van de relatie. Beiden zijn meestal ook gebaat bij een afwikkeling zonder al te veel modder-gooien. Al enige tijd kan in Nederland een echtscheiding uitgesproken worden als sprake is van een duurzame ontwrichting van een huwelijk. De schuldvraag is daarmee niet volledig onbelangrijk geworden, maar wel zeer duidelijk naar de achtergrond gebracht.³

In het contractenrecht – om me daartoe te beperken – is een vergelijkbare ontwikkeling achterwege gebleven. Toch kan ook hier de vraag gesteld worden of het zinvol zou zijn de schuldvraag minder prominent op de agenda te zetten. In ieder geval lijkt het van belang te weten of het uiten van een beschuldiging jegens een ander gebaseerd is op een rationele keuze die het product is van een afweging van kosten en baten, of dat het een min of meer onbewust automatisme is. Iemand die hier over door wil denken, loopt al snel tegen onbeantwoorde vragen aan. Wat weten we van het proces van beschuldigen? Wat gebeurt er als we iemand beschuldigen? Welke prikkels gaan daaraan vooraf? Hebben regels van het contractenrecht hier een rol in? Zo ja, welke?

Verskillende sociaal psychologen hebben zich met deze vragen beziggehouden.⁴ Het vellen van morele oordelen is een betrekkelijk afgebakend gebied binnen de bredere attributieleer.⁵ Het toerekenen van een bepaald gevolg aan een oorzaak kan immers ook zonder een moreel oordeel te vellen, wat dat betreft is er geen verschil tussen het

2 Zie eerder (en uitvoeriger) mijn proefschrift, De Hoon 2005.

3 Zie voor een kritisch betoog over het criterium duurzame ontwrichting het artikel van Pel (Pel 1999, p. 639 e.v.). Volgens Pel kan het criterium beter van het toneel verdwijnen, omdat het alleen maar afleidt van waar het werkelijk om gaat: het regelen van de gevolgen van de echtscheiding. In internationaal verband (*Principles on Divorce* van de *Commission on European Family Law*) is schuldloze echtscheidingsgrond een belangrijk thema, zie hierover Antokolskaia 2006.

4 Zie voor een overzicht Alicke 2000, p. 556. Hoewel de begrippen *blame*, *responsibility* en *attribution* niet altijd even goed te onderscheiden zijn, lijkt *blame* een species te zijn van *attribution*, althans dat is het in Shaver's model, een vaak geciteerd model over causale attributie (Shaver 1985).

5 Zie hiervoor de bijdrage van Giesen aan deze bundel.

juridische begrip toerekening, en dit begrip zoals dat gebruikt wordt in de sociale psychologie. Het gaat in dit essay om de stap waarin dat morele oordeel wél geveld wordt.⁶ Kort samengevat is het doel van dit essay tweeledig: 1. in kaart brengen wat er gebeurt als we iemand beschuldigen, en 2. analyseren welke gevolgen dit zou kunnen hebben voor de inrichting van privaatrechtelijke (contractenrecht) regels. Ik vang aan met een kort overzicht van de belangrijkste contractuele regels over schuld (par. 2). Daarna volgt een beknopte weergave van inzichten uit de sociale psychologie over schuld (par. 3). De mogelijke gevolgen voor de inrichting van ‘de schuldregels’ komen aan bod in de daaropvolgende paragraaf (par. 4). In paragraaf 5 sluit ik af met een samenvatting van de belangrijkste uitkomsten.

2 SCHULD IN HET CONTRACTENRECHT

2.1 De belangrijkste schuldregels in vogelvlucht

De meest belangrijke ‘schuld’-bepalingen in het algemene contractenrecht zijn natuurlijk de artikelen 6:74 en 6:75 BW. Iedere tekortkoming in de nakoming verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij zij niet is te wijten aan schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of de verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Daarmee zijn niet alle tekortkomingsituaties onder de schuldnoemer te brengen, maar de meeste wel. De artikelen 6:81 tot en met 6:83 BW geven aan wanneer de schuldvraag begint te spelen. De belangrijkste regel in deze bepalingen is die van de ingebrekestelling. Als de schuldenaar na een schriftelijke aanmaning tot nakoming alsnog niet nakomt, treedt verzuim in. Verzuim is de juridische toestand die nodig is om schadevergoeding te vorderen op basis van artikel 6:74 BW, tenzij de nakoming blijvend onmogelijk is.

Bij ontbinding van wederkerige overeenkomsten, heeft schuld – strikt juridisch genomen – een minder prominente plaats. Ontbinding op grond van 6:265 BW is mogelijk bij een tekortkoming in de nakoming, maar toerekenbaarheid is niet vereist. In de praktijk ligt de schuldvraag ook bij ontbinding op de loer, niet alleen omdat een vordering tot ontbinding vaak samengaat met een vordering tot schadevergoeding, maar ook omdat het lastig is een discussie te voeren over de vraag of er wel of geen sprake is van een tekortkoming in de nakoming, zonder *te ervaren* dat tevens een moreel oordeel geveld wordt. De ingebrekestelling is ook hier vereist, voor zover de nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is (art. 6:265 lid 2 BW).

6 Zie voor de fase daarvoor (de attributiefase) de bijdrage van Giesen in deze bundel.

In het bijzondere contractenrecht zijn bepalingen opgenomen over het vorderen van schadevergoeding en het eenzijdig beëindigen van het contract. Veel bepalingen komen in essentie overeen met de voorgenoemde algemene bepalingen. Opzegging heeft in het bijzondere contractenrecht wel een prominente plaats. Het is echter niet altijd duidelijk wat de plaats is van schuld in dit leerstuk. Intuïtief zullen velen geneigd zijn te oordelen dat opzegging een neutrale (dat wil zeggen een schuldloze) vorm van beëindigen is, maar een nadere beschouwing van wet en praktijk leert anders.⁷ De wet verwijst naar opzegging wegens dringende redenen, waarmee de schuldvraag – niet per se, maar vaak wel – zijn intrede doet. Als wet en contract zwijgen, zijn partijen overgeleverd aan redelijkheid en billijkheid. Alle ruimte voor een volledig neutrale beëindiging dus, maar ook hier lijkt het alsof partijen zich veiliger voelen aansluiting te zoeken bij wat de ander te verwijten valt. Want in ieder geval is het gevoel in de praktijk vaak dat de mate van schuld een grote kans heeft om invloed te hebben op de uitkomst van juridische beoordeling.

Illustratief is de zaak *Latour/De Bruijn*.⁸ Na een samenwerking van honderd jaar zegt leverancier Latour de samenwerking met De Bruijn op. In tweede aanleg toetste het hof de – dan overeind gebleven – twee door Latour aangevoerde redenen voor opzegging op zwaarwichtigheid. De eerste reden kwam er kort gezegd op neer dat De Bruijn zich niet hield aan de prijsafspraken, de tweede – vrij vertaald – was de niet erg constructieve houding van De Bruijn tijdens besprekingen over veranderingen. Geen van de gronden kon de toets doorstaan (de eerste wegens gebrek aan bewijs). De Hoge Raad boog zich vervolgens over de principiële vraag of voor de opzegging van een commerciële duurovereenkomst überhaupt een grond nodig is. Volgens de Hoge Raad bepalen redelijkheid en billijkheid of een grond nodig is, en of die grond voldoende zwaarwichtig is.⁹ Waarom koos Latour deze route? Waarom geen bedrijfseconomische reden? Dat afzetmarkten veranderen in een verloop van meer dan honderd jaar zal door niemand weersproken kunnen worden. Waarom dan toch de schuldroute? Daar zijn ongetwijfeld procestechnische redenen voor, en misschien nog andere redenen die niet door lezing van het arrest achterhaald kunnen worden. Toch is het opmerkelijk dat deze zaak (waar het ging om een samenwerking van meer dan honderd jaar) gedomineerd werd door de vraag wie welke afspraak uit het verleden niet nagekomen was.

‘Schuld’ is ook een belangrijk thema in het arbeidsrecht. Uiteraard bij de eenzijdige beëindiging, waar schuld de factor C in de kantonrechttersformule bepaalt, maar ook bij schade ontstaan door of bij de werknemer tijdens de uitoefening van werkzaamheden.¹⁰

7 De Vries heeft het debat over wel of geen reden voor opzegging van duurovereenkomsten onlangs weer op de agenda gezet, zie De Vries 2007.

8 HR 3 december 1999, NJ 2000/120 (*Latour/De Bruijn*).

9 Deze lijn is herhaald in latere rechtspraak, zie hiervoor De Hoon 2005, p. 30.

10 Zie hierover de bijdrage van Bacharias, Lindenbergh en Mascini aan deze bundel.

Tot slot – het overzicht is niet bedoeld volledig te zijn – noem ik een tweetal algemene schade-vergoedingsbepalingen die ook in een contractuele relatie voor een schuld-discussie kunnen zorgen. In de eerste plaats is dat artikel 6:98 BW. Bij de invulling van de open maatstaf van toerekening, is onder meer de aard van de aansprakelijkheid van belang. In het algemeen geldt: hoe hoger de schuldgraad, hoe ruimer de toerekening. Nu geldt dit in het bijzonder voor buitencontractuele situaties waarbij sprake is van schending van verkeers- en veiligheidsnormen, maar ook binnen contractuele relaties zal de mate van schuld van belang zijn voor de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, en welke niet. Iets vergelijkbaars geldt voor artikel 6:101 BW, de bepaling voor eigen schuld. Laatstgenoemde bepaling was bijvoorbeeld belangrijk in een recent arrest, maar daarover meer in paragraaf 4.¹¹

2.2 Keuze voor schuldroute op basis van rationaliteit?

Over elk van voornoemde regels is veel meer te zeggen, ook vanuit het perspectief schuld. De juridische oplossingen voor ingewikkelde vragen zijn vaak mooi, bij vlagen zelfs prachtig.¹² Maar in dit essay gaat het om een mogelijke verbeterde samenhang tussen regels en gedrag. Vanuit deze insteek is het van belang stil te staan bij mogelijke veronderstellingen over het gedrag van mensen; veronderstellingen die, impliciet, aan de regels ten grondslag liggen. De voornoemde regels gaan ervan uit dat een gelaedeerde contractspartij haar recht kan halen door de ander ter verantwoording te roepen voor verwijtbaar gedrag. De gedachte is – kort gezegd – dat juridische rechten afgedwongen kunnen worden als hard gemaakt kan worden dat de ander inderdaad iets te verwijten valt met schade als gevolg. Hieraan gaan ten minste twee veronderstellingen vooraf. De eerste is dat een gelaedeerde contractspartij overziet welke keuzes voorhanden zijn om haar recht te halen. Niets doen, onderhandelen en/of een procedure aanspannen zijn de eerste keuzemogelijkheden die opkomen.¹³ Maar eenmaal gekozen voor bijvoorbeeld onderhandelen en/of een procedure aanspannen, zijn er nog meer belangrijke keuzes te maken. Bijvoorbeeld, wat wil de gelaedeerde partij bereiken, en welke juridische vertaalslag komt het beste overeen met die wensen? Op dit punt kan er al veel misgaan, zo is

- 11 HR 21 september 2007, LNJ: BA9610, Hoge Raad, C06/049HR. Het lijkt er overigens op dat het Hof in deze zaak een afwijkende methode heeft toegepast voor bepaling van de mate van eigen schuld. In afwijking van art. 6:101 BW heeft het Hof nagelaten de ernst van de verwijtbaarheid te abstraheren van de *conditio sine qua non*-vraag. Zie over dit punt de conclusie van A-G Spier (bespreking van het incidentele middel), zie ook HR 13 januari 2006, NJ 2006, 59.
- 12 Bijvoorbeeld de proportionaliteitsaanpak bij art. 6:101 BW, zie bijvoorbeeld de dissertatie van Keirse (Keirse 2003). Zie ook Stolp 2007.
- 13 Een overzicht van de verschillende ‘oplossingsstrategieën’ die mensen met juridische conflicten kiezen geeft ‘de geschilbeslechtingdelta’, een onderzoek van het WODC (Van Velthoven & Ter Voert 2003).

vaker gezegd.¹⁴ Het kan zijn dat iemand niet goed kan overzien welke opties er zijn omdat het recht die duidelijkheid eenvoudigweg niet biedt (hoeveel ruimte is er in het huidige recht voor een werkelijk neutrale opzegging?).¹⁵ Het kan ook zijn dat iemand ‘objectief’ advies krijgt van een ‘stakeholder’ en daardoor een blinde vlek heeft voor bepaalde keuzemogelijkheden.¹⁶ Het is niet altijd eenvoudig te overzien welke keuzes iemand heeft, en dat reikt verder dan de keuze tussen wel of niet procederen.

De tweede veronderstelling ligt in het verlengde van de eerste. Als eenmaal helder is welke keuzes een gelaedeerde partij heeft, dan is de volgende stap dat zij een keuze maakt op basis van een soort kosten-batenafweging. Dit veronderstelt een rationele afweging tussen input en de te verwachte output. Hier valt veel over te zeggen. Wat betreft de kosten kan gedacht worden aan procedurele kosten (kosten van een advocaat, griffierechten, enz.), maar ook aan stress, tijd en energie.¹⁷ De baten zijn de te verwachten opbrengsten, financieel, maar ook (en vooral) anderszins.¹⁸ Het vereist een groot zelfinzicht, over precieze zorgen en wensen, over wat het je kost en oplevert als je langdurig in een conflict verwickeld bent, en over je mogelijkheden dan wel beperkingen om rationele afwegingen te maken. Ook hier zijn valkuilen. Het spreekt voor zich dat die valkuilen voornamelijk met het veronderstelde zelfinzicht te maken hebben. Voor een deel zal het een kwestie zijn van eenvoudigweg niet in staat zijn te overzien hoe de toekomst eruitziet (het is lastig voorspellen wat de impact van een geschil zal zijn), voor een deel heeft het te maken met cognitieve beperkingen. Vooral voor dit laatste punt kan de sociale psychologie waardevol zijn.

3 SCHULD IN DE SOCIALE PSYCHOLOGIE

3.1 *Schuld als onderdeel van attributie*

Binnen de (sociale) psychologie is veel onderzoek verricht naar schuld. Dit onderzoek past binnen het bredere thema ‘causale attributie’, een thema dat het nadenken van mensen over oorzakelijke verbanden centraal stelt.¹⁹ Een vraag die in dit verband onderzocht is, is of mensen het gedrag van anderen vooral wijten aan de persoon zelf, of aan

14 Zie hiervoor Van Zeeland, Kamminga & Barendrecht 2003.

15 Zie hiervoor mijn proefschrift (De Hoon 2005, p. 195-196).

16 Een ‘stakeholder’ kan bijvoorbeeld een advocaat zijn, die graag langdurig procedeert.

17 Zie voor een overzicht van de kosten Barendrecht & Kamminga 2005; Barendrecht & Klijn 2004, p. 16-17; specifiek voor hoger beroep procedures Barendrecht & De Hoon 2006. Cijfers over de mate waarin burgers stress ervaren tijdens een procedure met een beslissing als eindpunt, en een procedure met overeenstemming als eindpunt geven Van Velthoven & Ter Voert (Van Velthoven & Ter Voert 2003, p. 167).

18 De geschilbeslechtingsdelta geeft inzicht in de verschillende doelen die mensen nastreven bij het aanpakken van een juridische probleem, zie Van Velthoven & Ter Voert 2003, p. 142.

19 Zie hierover de bijdrage van Giesen in deze bundel.

externe factoren. Het blijkt dat mensen deze analyse vaak verrichten zonder er lang bij stil te staan. Maar vooral als mensen geconfronteerd worden met iets onverwachts of negatiefs, verrichten mensen een uitvoerigere causale analyse. Shaver onderscheidt drie vragen in het proces van beschuldiging: 1) *What is the cause?* 2) *Who is responsible?* en 3) *Who is to blame?*²⁰ De vraag onderwerpt het gedrag aan een moreel oordeel over goed of slecht. Strikt juridisch gezien zijn vooral de eerste twee vragen interessant. In de bredere context van aansprakelijkheid bestrijkt verwijtbaarheid immers een relatief klein terrein. Maar vanuit een meer maatschappelijk gezichtspunt – en daarmee indirect ook vanuit een juridisch gezichtspunt – is de laatste vraag minstens even interessant.²¹ ‘De schuld krijgen’ raakt mensen in hun diepste wezen. Niet voor niets staat een schuldloze echtscheiding al zo lang prominent op de agenda’s van veel rechtsstaten.²² In dit essay beperk ik me tot literatuur over de laatste vraag (*who is to blame?*).²³ Veel onderzoek naar ‘de psychologie van schuld’ is ‘toegepaste literatuur’, en heeft betrekking op daders en slachtoffers van ernstige strafrechtelijke delicten: waarom bijvoorbeeld sommige daders meer schuld lijken te hebben dan anderen, terwijl daar geen goede rationele verklaring voor is, hoe de buitenwereld tegen slachtoffers aankijkt, welke psychologische valkuilen er zijn bij een daderidentificatie door ooggetuigen en welke rol factoren als uiterlijk, karakter en achtergrond hebben bij daders, slachtoffers en *observers*.²⁴ Maar er is ook literatuur over het proces van beschuldigen in het algemeen.²⁵ Wat gebeurt er als mensen een moreel oordeel vormen over goed of slecht? Welke motieven hebben mensen voor het vellen van een moreel oordeel? Welke denkfouten maken mensen? Wat doet het met mensen als ze geconfronteerd worden met een beschuldiging? Ik geef de hoofdlijnen in het hierna volgende weer.

3.2 Het proces van beschuldigen: intuïtie

Wat gebeurt er als mensen een moreel oordeel (bijvoorbeeld over goed of slecht gedrag) vellen? In de sociale psychologie bestaat een aantal modellen die dit proces weergeven.²⁶

20 Shaver 1985, p. 10.

21 Vgl. Felstiner, Abel, & Sarat 1980, p. 636: ‘The sociology of law should pay more attention to the early stages of disputes and to the factors that determine whether naming, blaming, and claiming will occur. Learning more about the existence, absence, or reversal of these basic transformations will increase our understanding of the disputing process and our ability to evaluate dispute processing institutions’.

22 Zie hiervoor Antokolskaia 2006.

23 Zie voor de eerste twee vragen de bijdrage van Giesen.

24 Een goed beeld van de verschillende onderzoeken op deze (met name strafrechtelijke) terreinen geeft Rassin (Rassin 2005). Zie verder het overzicht van Alicke (Alicke 2000, p. 556).

25 Zie hiervoor Haidt 2001, Alicke 2000, Solan 2003, Shaver 1985 en Van Koppen & Hessing 2002.

26 Zie voor een overzicht Haidt 2001, p. 814-816.

Met name de recentere werken beschrijven een model waarbij intuïtie gecombineerd wordt met ratio, maar dat laatste vooral om het intuïtieve oordeel te bevestigen.²⁷

Een moreel oordeel is het resultaat van een evaluatie van het gedrag of het karakter van een ander. Die evaluatie vindt plaats tegen een achtergrond van normen en waarden die in een bepaalde (sub)cultuur door de meeste mensen geaccepteerd worden.²⁸ Naar het blijkt moeten we ons van die evaluatie niet al te veel voorstellen. Het is in ieder geval geen objectieve afweging van argumenten. Volgens Haidt en Solan, twee veel geciteerde wetenschappers, worden morele oordelen doorgaans op basis van intuïtie gevormd, niet op basis van ratio en een objectieve afweging van argumenten.²⁹ Die intuïtie komt voort uit het gegeven dat wij van nature geneigd zijn de wereld te conceptualiseren in gebeurtenissen, en gebeurtenissen conceptualiseren we op hun beurt in termen van oorzaak en gevolg.³⁰ We doen dit omdat het ons wat oplevert. Het maakt de dingen namelijk begrijpelijk en controleerbaar, iets waar veel mensen behoefte aan hebben.³¹ Op zichzelf een nuttig proces dus, en morele oordelen (goed of slecht) *hoeven* er niet aan te pas te komen. Meestal gaat een oorzaak-gevolggedachte echter wel gepaard met een morele afweging over goed of slecht.

Hoe komt dit? Waarschijnlijk omdat de stap van de oorzaak-gevolggedachte naar een moreel oordeel niet erg groot is. Een moreel oordeel bestaat, volgens de sociaal psychologen, slechts uit drie ingrediënten: 1) de oorzaak-gevolggedachte, 2) een slechte/ongewenste uitkomst en 3) een *state of mind*.³² Kort gezegd komt het erop neer dat de confrontatie met een ongewenste situatie die mede is veroorzaakt door het gedrag van een ander, terwijl die ander beter had moeten weten, voldoende is om een beschuldiging te uiten. Door onze natuurlijke neiging de dingen te structureren in oorzaken en gevolgen, is de confrontatie met een ongewenste situatie alleen al een ‘trigger’ voor schuld. Het enige wat nog ontbreekt, is de veronderstelling dat iemand beter had moeten weten (een *culpable mind*).

27 Deze theorie wordt wel aangeduid als de *Dual Process Theory*. Zie over deze theorie in het bijzonder de werken van Haidt 2001, Solan 2003 en Shweder & Haidt 1993. Een ander geluid komt onder meer van Kohlberg (Kohlberg 1969). Kohlberg concludeert op basis van testen dat mensen door middel van *role-taking* als een soort rechter argumenten wegen over onderwerpen als rechtvaardigheid en verwerpelijk of juist wenselijk gedrag. Zie voor meer verwijzingen naar verschillende theorieën Haidt 2001 en Pizarro & Bloom 2003.

28 Zie hiervoor Shaver 1985, p. 72-74.

29 ‘Rather than following the ancient Greek in worshiping reason, we should instead look for the roots of human intelligence, rationality and virtue in what the mind does best: perception, intuition, and other mental operations that are quick, effortless, and generally quite accurate’, Haidt 2001, p. 814; Zie ook Solan 2003. Overigens gaat de veelgemaakte tegenstelling tussen emotie en cognitie hier niet op. Intuïtie is ook een vorm van cognitie, alleen een veel snellere en minder zorgvuldige afweging, aldus de onderzoekers.

30 ‘The presence of the blame impulse’s building blocks in everyday (life) though may, at least to some extent, explain some of the reasons it is so easily triggered’, aldus Solan 2003, p. 1012. Zie ook Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 93.

31 Alicke 2000, p. 556 e.v. Zie ook Van Koppen & Hessing 2002.

32 Alicke 2000, p. 557; Solan 2003, p. 1006-1020; Solan 2005 en Knobe 2005. Een iets andere opsomming geeft Shaver (Shaver 1985, p. 160), hoewel ook hier de drie genoemde aspecten herkenbaar zijn.

3.3 Het proces van beschuldigen: *post hoc reasoning*

De volgende stap is dat het intuïtieve oordeel wordt gerechtvaardigd door een redenering achteraf. *Post hoc reasoning* wordt dat genoemd.³³ Het beredeneren van een negatief oordeel over iemand heeft volgens Haidt meer weg van een advocaat die een cliënt verdedigt, dan van een rechter die op zoek is naar de waarheid. Het intuïtieve oordeel is in dit geval de cliënt die verdedigd moet worden. Argumenten en interpretaties van feiten die het intuïtieve oordeel bevestigen, dringen naar de voorgrond en tegengestelde ‘bewijzen’ verdwijnen zo veel mogelijk naar de achtergrond (*biased information search*). Het is, volgens de kenners, een onbewust proces, zelfs als mensen doordrongen zijn van de noodzaak een afweging in uiterste objectiviteit te maken.³⁴

3.4 Motieven voor een *biased information search*

Het voorstaande klinkt niet erg bemoedigend. We zijn kennelijk niet in staat objectief gewogen oordelen te vellen over (het gedrag van) anderen. Hoe komt dat? De cognitieve psychologie noemt een drietal motieven:³⁵

1. Acceptatie door gelijkgestemden.
2. Bevestiging van een beeld van een rechtvaardige wereld.
3. Bevestiging van een ontwikkeld positief zelfbeeld.

Het eerste komt voort uit onze behoefte aan saamhorigheid en harmonie. Deze behoefte maakt dat we de neiging hebben om het ‘bij voorbaat’ eens te zijn met vrienden en oneens te zijn met andersgestemden. We willen er graag bij horen, daar komt het kort gezegd op neer. In feite is het terug te voeren op het derde motief: de bevestiging van een zelfontwikkeld positief zelfbeeld. Acceptatie van een groep gelijkgestemden geeft ons voldoening omdat we daardoor het gevoel krijgen goed bezig te zijn. We vergelijken ons graag met anderen die het in onze ogen minder goed doen, dit ook weer ter bevestiging van het positieve zelfbeeld.³⁶ Het groepseffect werkt bovendien versterkend. Mensen zijn

33 Zie hiervoor bijvoorbeeld Haidt 2001, p. 820.

34 Een objectief moreel oordeel vellen op basis van ratio is alleen in onder zeer uitzonderlijke condities mogelijk. Tijd, denkcapaciteiten, motivatie om accuraat te zijn, geen a priori oordeel te verdedigen of rechtvaardigen. Verder mogen geen rol spelen: motieven om harmonie te bewaren met naasten (*relatedness motives*), en zogenaamde coherentie-motieven (*coherence motives*). Dit laatste ziet op de behoefte van mensen om nieuwe ervaringen met reeds gevormde beelden van zichzelf en anderen te laten overeenstemmen, zie Haidt 2001, p. 567. Zie ook Shaver 1985, p. 160: (‘Judgments of responsibility and blameworthiness are (...) purely private events within perceivers. They are, in short, interpretations of events, interpretations that are open to dispute either by actor being judged or by other perceivers of the actor’s behavior.’)

35 Haidt 2001, p. 821; Shaver 1985, p. 130 e.v.

36 Vonk c.s. 2007.

in ieder geval, ongeacht een diepgravend onderzoek naar eventuele overeenkomsten of verschillen, geneigd neer te kijken op groepen waar ze zelf niet bij horen, of in ieder geval hun eigen groep leuker en beter te vinden.³⁷ Dit geldt in het bijzonder als de specifieke groep zich duidelijk profileert.

Het tweede motief is de bevestiging van een beeld van een rechtvaardige wereld, die voorspelbaar en controleerbaar is.³⁸ Mensen voelen zich vaak bedreigd door de gedachte dat gebeurtenissen bij toeval plaats kunnen vinden. 'Bij toeval' betekent immers dat het iedereen kan overkomen, een gedachte die we bij negatieve gebeurtenissen liever niet bevestigd zien. *Defensive attribution* ligt in het verlengde hiervan. Het slachtoffer krijgt de schuld 'omdat zoiets nooit zou kunnen gebeuren met een verstandig en redelijk handelend mens als ik', dat is de gedachte. Het blijkt dat mensen met een negatief zelfbeeld zich minder snel bedreigd voelen door toevallige omstandigheden, omdat zij sneller geneigd zijn te ervaren dat negatieve gebeurtenissen op hun levenspad horen.³⁹ Ook dit motief houdt dus verband met de bevestiging van het positieve zelfbeeld.

De bevestiging van het zelfontwikkelde positieve zelfbeeld lijkt de rode draad te zijn door onze morele oordeelsvorming. De meeste mensen schatten zichzelf in als eerlijke, redelijk handelende mensen. Sterker nog, meerdere onderzoeken bevestigen dat mensen vaak een te positief beeld van zichzelf hebben. Negentig procent van de automobilisten rekent zichzelf tot de beste vijftig procent, en een kwart van de middelbare scholieren vindt dat hij of zij wat betreft leidinggevende capaciteiten bij de beste één procent hoort.⁴⁰ Mensen zijn geneigd veel aandacht te besteden aan vleiende informatie, en weinig aandacht aan kritiek. Wanneer mensen negatieve feedback krijgen (bijvoorbeeld een onvoldoende voor het tentamen), wordt de oorzaak vaak gezocht in externe omstandigheden (de vragen waren niet representatief), terwijl successen eerder worden toegeschreven aan eigen talenten.⁴¹ Tot slot zijn mensen geneigd hun slechte eigenschappen als normale eigenschappen te ervaren, terwijl de positieve eigenschappen als uitzonderlijk worden ervaren. Een en ander is versterkt aanwezig bij mensen die in een positie verkeren waarin zij veel invloed op anderen uit kunnen oefenen, mensen die, met andere woorden, veel macht hebben.⁴² Kort gezegd komt het erop neer dat we voortdurend op zoek zijn naar bevestiging van het beeld dat we graag van onszelf hebben. Signalen die dit beeld verstoren zijn niet welkom, en worden om die reden niet opgepikt of verkeerd geïnterpreteerd. Het blijkt dat dit vooral een impliciet en onbewust proces is.

37 Vonk c.s. 2007, p. 133.

38 Vonk c.s. 2007, p. 42.

39 Shaver 1985, p. 133.

40 Vonk c.s. 2007, p. 133, met verwijzingen naar anderen.

41 Dit noemt men ook wel de *self-serving bias*, zie Vonk c.s. 2007, p. 133. Zie hierover uitvoerig de bijdrage van Giesen.

42 Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 482; Zie voor een verkenning van dit onderwerp De Hoon 2007, uiteraard met verwijzingen aldaar.

3.5 Andere valkuilen en denkfouten

Er zijn nog andere valkuilen en denkfouten. Bij de intuïtievorming blijkt dat we vooringenomen zijn omdat we denken in stereotypen.⁴³ Ook blijkt dat we de neiging hebben om uit het gedrag van mensen bepaalde eigenschappen te destilleren, eigenschappen die vervolgens al snel ‘een eigen leven gaan leiden’ omdat ze in onze gedachten versterkt worden.⁴⁴ Interessant zijn ook de studies naar de invloed van taal en woordkeuze op onze morele oordeelsvorming. Het blijkt dat bepaalde woorden negatieve associaties oproepen, terwijl andere woorden positieve associaties oproepen. Die associaties kleuren de oordeelsvorming, in die zin dat een beschuldiging eerder zal volgen op woorden met een negatieve associatie.⁴⁵ Andere onderzoekers kwamen tot de conclusie dat mensen de juridisch verschillende gevolgen tussen directe en indirecte veroorzaking niet goed uit elkaar kunnen houden. Volgens de onderzoekers komt dit mede doordat we in ons dagelijkse taalgebruik niet gewend zijn om een onderscheid tussen beide concepten te maken.⁴⁶

Daarnaast blijkt dat we verschillend reageren op negatieve en positieve informatie. Daar zijn verschillende voorbeelden van. Bij slechte uitkomsten hebben we meer verwijten, dan dat we iemand bij goede uitkomsten credits geven.⁴⁷ Als er meerdere motieven denkbaar zijn voor bepaald gedrag, zijn we soms geneigd aan de één minder waarde te hechten, omdat er nog een ander motief denkbaar is. Het is niet precies duidelijk welke oorzaak we als waarschijnlijk aannemen ten koste van de andere mogelijke oorzaak, maar het lijkt erop dat we geneigd zijn eerder ingenomen negatieve oordelen te bevestigen. Een persoon die bijvoorbeeld bekend staat als gierig en lid is van verschillende milieuorganisaties, zal bij een weinig verwarmd huis eerder verweten worden gierig te zijn, dan dat hij geprezen wordt om zijn milieubewuste levenshouding.⁴⁸ Ook pikken we negatieve informatie over anderen makkelijker op dan positieve informatie, althans wel als het gaat om een eerste indruk van mensen.⁴⁹ Uit onderzoek blijkt bovendien dat negatieve gevoelens voor een bepaalde persoon vanaf het allereerste moment van oordeelsvorming – het intuïtieve deel dus – van invloed zijn.⁵⁰

43 Vonk c.s. 2007, p. 521; Haidt 2001, p. 820; Gilovich, Griffin & Kahneman 2002.

44 Vonk c.s. 2007, p. 199.

45 Vonk c.s. 2007, p. 90-91.

46 Overigens noemen de onderzoekers Nederland als voorbeeld waarin een dergelijk onderscheid in taal wel gemaakt wordt: ‘doen’ voor directe causaliteit, en ‘laten’ voor indirecte causaliteit. Zie Solan & Darley 2001, p. 295. Zie ook Solan 2003, p. 1014-1016.

47 Zie Knobe 2003, p. 190-193.

48 Dit proces wordt ook wel *discounting* genoemd, zie hierover Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 97.

49 Vonk c.s. 2007, p. 176 en p. 222.

50 Zie hiervoor bijvoorbeeld Feigenson 2003, p. 959.

4 EEN BETERE AFSTEMMING TUSSEN REGELS EN GEDRAG

4.1 *Nuanceringen en beperkingen*

Het spreekt voor zich dat het contractenrecht mensen niet hoeft te behoeden voor alle mogelijke denkfouten, maar de voorgaande exercitie roept, denk ik, wel de vraag op of het contractenrecht soms te veel uitgaat van rationeel handelende mensen. Het is niet zeker of alle uitkomsten uit sociaalpsychologisch onderzoek zich gemakkelijk laten transponeren naar juridische regels. Het zal ook lastig zijn om te onderzoeken of de effecten van eventuele aanpassingen positief zijn. Om te vergelijken tussen de oude en de nieuwe situatie heb je immers gegevens nodig over de oude situatie, en die zijn er niet. Zelfs in het echtscheidingsrecht is het om die reden lastig aan te geven wat de ‘schuldloze’ echtscheiding mensen heeft gebracht. We gaan ervan uit dat het mensen helpt om de schuldvraag niet te laten overheersen, maar over het ‘waarom en hoe’ (zijn er bijvoorbeeld betere alternatieven voor het criterium duurzame ontwrichting?) zijn weinig gegevens bekend.⁵¹ Er zitten dus wel wat haken en ogen aan deze interdisciplinaire exercitie. Maar als we, even los van deze haken en ogen, de schuldregels van het contractenrecht bekijken met een sociaalpsychologische bril op, dan zou dat ongeveer tot het volgende leiden.

4.2 *Meer informatie over een neutrale manier om schade hersteld te krijgen*

In het algemeen valt op dat niet altijd eenvoudig te overzien is welke wegen iemand beschikbaar heeft om te reageren op schade veroorzaakt door een wederpartij. De remedies nakoming, schadevergoeding, ontbinding, opschorting zijn bekend, maar neem de eerdergenoemde zaak Latour/De Bruijn. Is er in ons recht ruimte voor een opzegging op grond van zuiver economische redenen, zonder de tegenpartij van enige vorm van wangedrag te hoeven beschuldigen? We denken van wel, maar zeker weten doen we het niet.⁵² En over de voorwaarden voor opzegging bestaat een nog grotere onzekerheid. Ook in het eerdergenoemde recente arrest over eigen schuld speelden kwesties waarbij je je af kunt vragen of de contractanten voldoende geïnformeerd waren (of anders gezegd: of de contractenrecht-regels voldoende duidelijk zijn) over de beschikbare wegen om om te gaan met tegenslagen.⁵³

51 Vgl. Pel 1999, p. 639.

52 De cijfers van de geschilbeslechtingdelta tonen aan dat het burgers uiteindelijk weinig waarde hechten aan het oordeel dat iemand schuld heeft. Slechts 0,5 % van de ondervraagden noemde als hoofddoel in het geschil ‘een oordeel over wie schuldig is’, en 0,2 % noemde ‘publiekelijk bekend maken van de schuldige’, zie Van Velthoven & Ter Voert 2003, p. 142. Het lijkt dus zeker de moeite waard meer duidelijkheid te verschaffen over neutrale wegen om tot een oplossing van het geschil te komen.

53 HR 21 september 2007, LNJ: BA9610, HR C06/049HR.

Deze zaak kenmerkt zich door twee partijen die op een duidelijk definieerbare prestatie tekort zijn geschoten. Het gaat in dit arrest om de koop en levering van een zogenoemd substraatunit, een installatie waarmee de koper paprikaplanten kan voorzien van voedingswater. Bij het eerste gebruik gaat het alarm van de bijbehorende pH-regeling af. Ondanks dit alarm blijft de koper de installatie die dag gebruiken. Pas de volgende dag verricht de koper een pH-waardemeting; de waarde blijkt vele malen te hoog te zijn. De koper wendt zich tot de verkoper, maar de paprikaplanten zijn dan al onherstelbaar beschadigd (schade ruim € 230.000). De verkoper constateert nadien dat de installatie vloeistof verplaatste zonder dat de doseerpomp aanstond. Dit manco bleek betrekkelijk eenvoudig te verhelpen door het plaatsen van een drukventiel. Beide partijen valt een ernstig verwijt te maken, zo oordeelt het hof in tweede aanleg. Dit oordeel is in cassatie, terecht volgens A-G Spier, niet bestreden. Uiteindelijk vond een verdeling plaats met behulp van het leerstuk 6:101 BW, waarbij het hof oordeelde dat de ernst van de fout van de verkoper meebracht dat de vergoedingsplicht niet lager zou mogen zijn dan voor 50 % van de schade. Hoewel er ook onenigheid was over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, is het in dit type zaak – een zaak waarbij beide ernstig tekortschoten – goed denkbaar dat ze met duidelijke regels over een proportionele verdeling zelf tot een oplossing gekomen waren.⁵⁴

De roep om heldere regels, zodat partijen vooraf weten waar ze aan toe zijn, is natuurlijk alles behalve nieuw. Vooral met een beroep op rechtszekerheid wordt gepleit voor regels met weinig ruimte voor redelijkheid en billijkheid. De wens naar rechtszekerheid lijkt vooral gebaseerd op economische motieven (een soepel handelsverkeer). Vanuit een sociaalpsychologisch perspectief zijn er andere redenen om te pleiten voor duidelijke regels, of in ieder geval regels waardoor partijen beter geïnformeerd zijn over de voor- en nadelen van de verschillende keuzemogelijkheden. Het lijkt er immers op dat keuzes om te reageren op schade waarvan verondersteld wordt dat die veroorzaakt is door de wederpartij, vooral intuïtief ingegeven is. Als het aankomt op de keuze tussen een praktische en toekomstgerichte oplossing enerzijds, en een diepgravende op het verleden gerichte schulddiscussie anderzijds, dan zijn we – zo lijkt het – vaak niet in staat deze keuze op basis van een rationele kosten-batenanalyse te maken. Intuïtief neigen we naar de tweede keuzemogelijkheid. Als we niet precies weten wat de mogelijkheden zijn voor een oplossing zonder de schulddiscussie op de voorgrond, lijkt de kans dat die intuïtie alsnog gecorrigeerd wordt door een rationele kosten-batenanalyse erg klein.

Het spreekt voor zich dat dit niet voor elke type zaak zal gelden. De kosten-batenanalyse zal waarschijnlijk vooral alleen in het voordeel van een redelijke verdeling zonder een morele schulddiscussie uitpakken bij complexe interacties, waar niet goed vast te stellen

54 Vgl. hiervoor Stolp 2007. Vgl. ook Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2007, p. 2173.

valt wie waarin tekort is geschoten en partijen een evident belang hebben bij een afwikkeling zonder al te veel moddergooien. Maar ook in een type zaak als hiervoor genoemd (het arrest over paprikaplanten) zou informatie over een manier om tot een redelijke oplossing te komen zonder al te zeer te verzanden in juridische tekortkomingsdiscussies kunnen helpen. In dit geval stond immers vast dat beide partijen ernstig tekort waren geschoten, beide op een duidelijk af te bakenen prestatie. Duidelijke regels voor een redelijke oplossing voor partijen zonder (of ten minste een geminimaliseerde) morele schulddiscussie bieden geen garantie op een oplossing zonder escalatie, maar het zou een eerste start kunnen zijn.

4.3 *Geen onnodig polariserende juridische instrumenten*

Al eerder hebben wetenschappers melding gemaakt van polariserende juridische ‘obstakels’ in het verbintenissenrecht.⁵⁵ De ingebrekestelling is het meest genoemde voorbeeld. Terecht, zo lijkt het. Een ingebrekestelling is dodelijk voor een positief zelfbeeld. Dit formeel juridische instrument zet de – op zichzelf gerechtvaardigde – behoefte aan nakoming onnodig polariserend op de kaart. De sociale psychologie leert ons dat we feiten en omstandigheden selecteren die ons positieve zelfbeeld kunnen redden. Bevestiging van het positieve zelfbeeld is, zo lijkt het, het belangrijkste motief voor de vaak onbewuste vooringenomen zoektocht naar feiten en omstandigheden. Vooral feiten en omstandigheden die de ander als veroorzaker aanwijzen zijn geliefd: ze bevestigen ons dat het aan ons niet gelegen heeft. Als we zelf al tekortgeschoten zijn, dan is dat hooguit als reactie op de fouten van de ander. Een zuivere analyse van de eigen rol in het ontstaan van de schade zal ernstig bemoeilijkt zijn, waardoor maar één optie open lijkt te staan: terugvechten, en het liefst zo hard mogelijk.⁵⁶

Iets vergelijkbaars geldt voor de aangetekende opzegbrief. In de meeste gevallen zal de opzegbrief niet als een donderslag bij heldere hemel komen. In ieder geval is het waarschijnlijk dat er gedurende de samenwerking al eerder signalen, voor aanpassing dan wel beëindiging, gegeven zijn. Toch mag het effect van een dergelijke praktijk niet onderschat worden. De cognitieve psychologie leert, zo bleek eerder, dat de confrontatie met een ongewenste situatie alleen al een prikkel is om te zoeken naar een veroorzaker. Als je in diezelfde opzegbrief ook nog eens een impliciete of expliciete beschuldiging kunt lezen, zijn alle ingrediënten voor een wederbeschuldiging aanwezig. Niet de beste start voor een soepele afwikkeling van een complexe duurverhouding. Vergelijkbare gedachten zijn eerder geuit in het echtscheidingsrecht, waar gewezen is op het dramatische effect

55 Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000.

56 Zie hiervoor Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 482.

van de aanzegging tot echtscheiding per deurwaardersexploot.⁵⁷ Alternatieven hoeven niet al te ingewikkeld te zijn. Er lijkt al winst te behalen als meer aandacht besteed wordt aan de wijze waarop partijen hun wensen en zorgen communiceren. Niet in opgeklopte en formele bewoordingen, maar in eenvoudige maar treffende woorden.⁵⁸ Woorden die bovendien geen negatieve associaties oproepen, zo leert de sociale psychologie ons. Echte concrete aanbevelingen op dit terrein zouden alleen sociaalpsychologen zelf kunnen doen, maar ik zou me voor kunnen stellen dat de aanzegging dat ‘belangen x en y ertoe leiden dat de samenwerking niet in ongewijzigde vorm voortgezet kan worden’ beter uit de associatietest komt, dan de aanzegging dat ‘gezien de recente ontwikkelingen er geen andere keuze rest dan gebruik te maken van het recht de overeenkomst eenzijdig op te zeggen’. Ook hier kan een parallel getrokken worden naar het echtscheidingsrecht. Het criterium ‘duurzame ontwrichting’ heeft, wat je zou kunnen noemen, een neutrale associatie, en werkt om die reden niet polariserend.⁵⁹ De ervaringen met echtscheidingen op basis van een neutraal criterium zijn kennelijk positief, want onlangs heeft de European Commission on Family Law bij het opstellen van haar Principles on Divorce gekozen voor een neutrale echtscheiding.⁶⁰

Niet polariserend zijn waarschijnlijk regels waarbij partijen op neutrale wijze aangespoord worden te communiceren, terwijl tegelijkertijd wel een duidelijk kader wordt gegeven over materiële rechten en plichten. In een vrij eenvoudige wettelijke (en in het algemene BW op te nemen) opzeggingsbepaling kunnen contractspartijen gestimuleerd worden te communiceren. Een – overigens ongepolijst – voorbeeld:

1. Een contractspartij die samenwerking niet meer onder dezelfde voorwaarden wenst voort te zetten, nodigt haar wederpartij uit in onderhandeling te treden.
2. Leiden de onderhandelingen niet tot aanpassing van de overeenkomst, dan is elke contractspartij bevoegd de overeenkomst op te zeggen, mits de voorwaarden voor opzegging voldoende recht doen aan de belangen van de wederpartij.
3. Partijen zijn gehouden te onderhandelen over de voorwaarden voor opzegging. De voorwaarden hebben betrekking op compensatie in de vorm van een termijn en/of vergoeding, afwikkeling en de postcontractuele fase. Ze zijn gehouden zich hierbij te laten leiden door branchegebruiken en gewoonten.

57 Zie Pel 1999, alsmede het in 1996 verschenen rapport *Anders Scheiden* (De Ruitjer 1996). Zie ook Lewicky, Barry, Saunders & Minton 2003, p. 140: ‘The more cooperative, open and nonthreatening the opening statements and actions of a party are, the more trust and cooperation is engendered in the other party’.

58 Vgl. bijvoorbeeld Gibbons, Bradac & Bush 1992.

59 Dat neemt niet weg dat er ook kritische geluiden zijn. Zie bijvoorbeeld Pel 1999. Pel betoogt, als gezegd, dat het criterium alleen maar afleidt van waar het werkelijk om draait: de voorwaarden voor echtscheiding.

60 Voor Nederland heeft de Commissie De Ruijter overwogen dat het criterium ongewijzigd diende te blijven, zie De Ruitjer 1996, p. 36. Zie voor de Europese ontwikkelingen vooral Antokolskaia 2006, p. 9. e.v.; zie voor het Belgische recht op dit punt Uytterhoeven 2002, p. 306-313.

Voor de kosten-batenanalyse (par. 4.2) zou het gewenst zijn als per branche richtlijnen opgesteld worden, aanhakend bij de heersende opvattingen. Voor het proces van ontbinding (en/of) schadevergoeding zou iets vergelijkbaars kunnen gelden, al lijkt daar in het huidige recht minder ruimte voor. Onlangs heeft de Hoge Raad zijn eerder gekozen lijn, ingezet door het arrest *De Bruin/Meiling*, bevestigd.⁶¹ Een tekortkoming rechtvaardigt op zichzelf de ontbinding, tenzij de tekortkoming een zodanige geringe betekenis heeft dat deze geen grond biedt voor ontbinding. Het is aan de schuldenaar om de tenzij-regel te bewijzen. De schuldeiser wordt niet echt aangespoord om te communiceren over wat een redelijke oplossing voor beiden zou zijn. Daar staat wel tegenover dat de regel duidelijk is, waardoor de schuldeiser, als het goed is, een tamelijk geïnformeerde kosten-batenanalyse kan maken van de te kiezen remedie (par. 4.2). In zaken waarbij naast ontbinding ook schadevergoeding gevorderd wordt op basis van een toerekenbare tekortkoming, valt dit 'voordeel' echter weg.⁶²

4.4 Andere verdelingsmaatstaven

Meer informatie over neutrale routes en het voorkomen van onnodig polariserende obstakels zijn denkbare opties om de regels beter aan te laten sluiten bij hoe mensen omgaan met schuld en beschuldigd worden. Maar er zijn verdergaande opties mogelijk. Zo zijn er al voorstellen gedaan om tot verdelingsmaatstaven te komen waarbij schuld niet op de voorgrond staat.⁶³ De gedachte om het schadebedrag te laten bepalen door wat partijen nodig hebben om zich zo snel mogelijk aan de op handen zijnde veranderingen aan te passen, lijkt vooral zinvol bij complexe duurcontracten waar beiden iets te verwijten valt (de een misschien iets meer dan de ander) en waar het gaat om meerdere gedragingen. In de zaak van de paprikaplanten ging het om een op zichzelf eenvoudige koopovereenkomst, met duidelijk afgebakende prestaties waarin tekortgeschoten was. In dit type zaak lijkt het kansrijk de proportionaliteitsgedachte zo te ontwikkelen dat partijen (met eventueel gezamenlijk aangewezen deskundige met een specifieke opdracht) zelf redelijk goed kunnen schatten wat ieders bijdrage is geweest, zie hierover ook paragraaf 4.2. Hier is wat voor te zeggen, zeker gezien de vaste lijn van de Hoge Raad dat de eigenschuldafwegingen van artikel 6:101 BW slechts beperkt gemotiveerd hoeven te worden, omdat het oordeel voor een deel intuïtief is.⁶⁴ Maar ook hier is het denkbaar (bijvoorbeeld bij ingewikkelde automatiseringscontracten) dat niet de geleden schade veroorzaakt door

61 HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (*De Bruijn/Meiling*) en HR 22 juni 2007, NJ 2007, 343 (*Fisser/Tycho*).

62 Zie par. 2.1.

63 Barendrecht 2004, p. 2180 e.v.; zie voor opzegging *De Hoon* 2005, p. 189-204.

64 Zie hiervoor HR 19 november 2004, NJ 2005, 553 (*Naus/Van de Beuken*) en HR 24 september 2004, NJ 2005, 466 (*Lok, Stad Rotterdam/Stam, Groene Land*).

de schuld van de ander centraal staat, maar dat wat de betrokken partijen nodig hebben om zo snel mogelijk verder te kunnen. Vooral in markten met slechts een handvol echt grote bedrijven (zoals bij automatiseringscontracten) lijkt deze aanpak de moeite waard. De kans is immers groot dat men elkaar in de toekomst weer treft, in een ander samenwerkingsverband.⁶⁵

Deze gedachte om schuld een minder grote rol te laten spelen bij het verdelen van de schade sluit aan bij de uitkomsten van de geschilbeslechtingsdelta. De geschilbeslechtingsdelta biedt inzicht in de (hoofd)doelen van mensen in juridische conflicten. Het blijkt dat slechts een klein percentage (0,5 %) van de ondervraagde mensen het vaststellen van schuld als hoofddoel noemt. Als nevendoeel scoort het iets hoger, maar nog steeds niet erg hoog (4,1 %).⁶⁶ De belangrijkste doelen zijn volgens de geschilbeslechtingsdelta: het ontvangen van een bepaald geldbedrag (17,2 %), vervanging of herstel van het product of dienst (16,7 %) en gerechtigheid/het bekrachtigen van eigen rechten (10,8 %). Met het oog op deze uitkomsten zou het streven naar een rechtvaardige oplossing voor de toekomst belangrijker moeten zijn dan het vaststellen van de mate van schuld in het verleden.⁶⁷

4.5 Meer aandacht voor sociale factoren die het conflict doen ontstaan

Meer in het algemeen zou je kunnen zeggen dat het contractenrecht vooral uitgaat van de gedachte dat conflicten voornamelijk voortkomen uit tegengestelde belangen. De schuldregels als genoemd in paragraaf 2 zijn vooral regels over rechten en plichten bij tegengestelde belangen. Uit de sociale psychologie blijkt dat verschillende factoren debet zijn aan het ontstaan van conflicten. De tegengestelde belangen zijn een factor, maar niet doorslaggevend. Volgens Baron e.a. zijn de meer sociaal georiënteerde factoren belangrijker, als voorbeelden noemen zij: *'long-standing grudges or resentment, the desire for revenge, inaccurate social perceptions and poor communication.'*⁶⁸ Het zou een hele 'tour de force' worden om al die sociale factoren (de genoemde factoren zijn slechts – zo begrijp ik hen – een paar voorbeelden) op een gedegen manier in ons Burgerlijk Wetboek te integreren, maar op zichzelf lijkt de gedachte om het zwaartepunt (meer dan voorheen) bij het proces van hoe mensen met elkaar omgaan te leggen, de moeite waard. Ook hiervoor zou gelden dat het erg per type conflict afhangt of het gaat werken of niet.

65 Vgl. in dit verband de brede literatuur over integratief onderhandelen. In het type zaak als bovengenoemd zijn er meer mogelijkheden voor een integratieve oplossing, en is er meer speelruimte om in te spelen op de gedachte van een gezamenlijke verantwoordelijkheid.

66 Van Velthoven & Ter Voert 2003, p. 142.

67 Zie in dit verband ook Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2007, p. 2173.

68 Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 483. Vgl. ook Felstiner, Abel & Sarat 1980, p. 631 e.v.

5 SLOT

Het doel van dit essay was: 1) in kaart brengen wat er gebeurt als we iemand beschuldigen, en 2) analyseren welke gevolgen dit zou kunnen hebben voor de inrichting van regels over het contractenrecht. Gebleken is dat het vellen van morele oordelen dicht bij een activiteit ligt die we van nature doen: het conceptualiseren van gebeurtenissen in oorzaken en gevolgen. We hebben, zo lijkt het, heel weinig nodig om tot morele oordelen over goed of slecht te komen, in ieder geval als we zelf hinder/schade ondervinden. Gebleken is ook dat een moreel oordeel vooral op intuïtie gebaseerd is, welke achteraf door ratio bevestigd wordt. Bij dit proces maken we allerlei denkfouten. Het is niet zeker of deze uitkomsten zonder meer vertaald kunnen worden naar privaatrechtelijke regels, maar doorredenerend zijn er een paar gevolgen denkbaar. Meer informatie over de schuldloze route en het vermijden van polariserende juridische instrumenten zijn de twee meest voor de hand liggende. Andere verdelingsmaatstaven en meer aandacht voor de sociale factoren die een rol spelen bij het ontstaan van het conflict zijn twee andere mogelijke denkrichtingen.

Tot slot een laatste opmerking. Uit elkaar gaan – of het nu om een huwelijk gaat of om een commerciële relatie – zonder schulddiscussie is zeker geen ‘must’. Het is alleen jammer als we ons laten leiden door onbewuste denkprocessen die ons keuzes ontnemen. Misschien zitten we zo in elkaar dat geen enkele privaatrechtelijke regel kan voorkomen dat schulddiscussies hoog oplopen, ook als vooraf al vaststaat dat beiden er eerder slechter dan beter van worden. In dat geval heeft het niet veel zin hierover door te denken, maar het voorgaande toont – hopelijk – aan dat het de moeite waard is te onderzoeken of een aantal privaatrechtelijke regels beter op het gedrag van mensen afgestemd kan worden.

LITERATUUR

Alicke 2000

M.D. Alicke, ‘Culpable Control and the Psychology of Blame’, *Psychol. Bull.* 2000, Vol. 126, p. 556-574.

Antokolskaia 2006

M.V. Antokolskaia, *Nederlands echtscheidingsrecht en de CEFL Principles on Divorce* (oratie VU), Amsterdam 2006.

Barendrecht 2004

J.M. Barendrecht, ‘Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat, Volendam en Aandelenlease als voorbeelden’, *NJB* 2004, p. 2180-2191.

Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000

J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling, Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraktijk die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, BJu: Den Haag 2000.

Barendrecht & De Hoon 2006

J.M. Barendrecht & M.W. de Hoon, *Verbetering van hoger beroep? Kosten en baten van voorstellen uit twaalf systemen van procesrecht*, BJu: Den Haag 2006.

Barendrecht & Kamminga 2005

J.M. Barendrecht & Y.P. Kamminga, *Toegang tot recht: de lasten van een uitweg*, Onderzoek uitgevoerd in opdracht van de Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling, BJu: Den Haag 2005.

Barendrecht & Klijn 2004

J.M. Barendrecht & A. Klijn (red.), *Balanceren en vernieuwen: een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Procesrecht*, Raad voor de Rechtspraak: Den Haag 2004.

Baron, Byrne & Branscombe 2006

R.A. Baron, D.B. Byrne en N.R. Branscombe, *Social Psychology*, 11e druk, Pearson: Boston 2006.

Feigenson 2003

N.R. Feigenson, 'Emotions, Risk Perceptions and Blaming in 9/11 Cases', *Brook. L. Rev.* 2003, Vol. 68, p. 959-1002.

Felstiner, Abel & Sarat 1980

W.L.F. Felstiner, R.L. Abel & A. Sarat, 'The Emergence and Transformation of Disputes, Naming, Blaming and Claiming', *Law & Society Rev.* 1980, Vol. 15, p. 631-654.

Gilovich, Griffin & Kahneman 2002

T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman (Eds.), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge University Press: Cambridge 2002.

Haidt 2001

J. Haidt, 'The Emotional Dog and Its Rational Tail; A Sociological Intuitionist Approach to Moral Judgment', *Psychol. Rev.* 2001, Vol. 108, p. 814-834.

De Hoon 2005

M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. Tilburg), BJu: Den Haag 2005.

De Hoon 2007

M.W. de Hoon, *Power Imbalances in Contracts: An Interdisciplinary Study on Effects of Intervention*, TISCO Legal Studies Working Paper No. 01/2007, <http://ssrn.com/abstract=985875>.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebepenkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.

Knobe 2003

J. Knobe, 'International Action and Side-Effects in Ordinary Language', *Analysis* 2003, Vol. 63, p. 190-193.

Knobe 2005

J. Knobe, 'Cognitive Processes Shaped by the Impulse to Blame', *Brook. L. Rev.* 2005, Vol. 71, p. 929-939.

Kohlberg 1969

L. Kohlberg, 'Stage and Sequence: The Cognitive-Developmental Approach to Socialization', in: D.A. Goslin (Ed.), *Handbook of Socialization Theory and Research*, Rand McNally 1969, p. 347-480.

Van Koppen & Hessing 2002

P.J. van Koppen & D.J. Hessing, 'De schuld krijgen', in: P.J. van Koppen (e.a.) (red.), *Het recht van binnen*, Kluwer: Deventer 2002, p. 25-40.

Lewicky, Barry, Saunders & Minton 2003

R.J. Lewicky, B. Barry, D.M. Saunders & J.W. Minton, *Negotiation*, McGraw Hill: Boston 2003.

Pel 1999

M. Pel, 'De (echt)scheidingsgrond: afscheid van de duurzame ontwrichting', *WPNR* 1999, Vol. 130, nr. 6369, p. 639-644.

Pizarro & Bloom 2003

D.A. Pizarro & P. Bloom, 'The Intelligence of the Moral Intuitions: Comment on Haidt', *Psych. Rev.* 2003, p. 193-196.

Rassin 2005

E. Rassin, *Tussen sofa en toga. Een inleiding in de rechtspsychologie*, BJu: Den Haag 2005.

De Ruiter 1996

J. de Ruiter, *Anders Scheiden: rapport van de Commissie Herziening Scheidingsprocedure, Commissie Herziening Scheidingsprocedures*, Ministerie van Justitie: Den Haag 1996.

Shaver 1985

K.G. Shaver, *The Attribution of Blame: Causality, Responsibility and Blameworthiness*, Springer-Verlag: New York 1985.

Shweder & Haidt 1993

R.A. Shweder & J. Haidt, 'The Future of Moral Psychology: Truth, intuition, and the pluralist way', *Psychological Science* 1993, Vol. 4, p. 360-365.

Solan 2003

L.M. Solan, 'Cognitive Foundations of the Impulse to Blame', *Brook. L. Rev.* 2003, Vol. 68, p. 1003-1029.

Solan 2005

L.M. Solan, 'Where Does Blaming Come From?', *Brook. L. Rev.* 2005, Vol. 71, p. 939-945.

Solan & Darley 2001

L.M. Solan & J.M. Darley, 'Causation, Contribution and Legal Liability: An Empirical Study', *Law and Contemp. Probs.* 2001, p. 265-298.

Stolp 2007

M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming: de remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit* (diss. Nijmegen), Kluwer: Deventer 2007.

Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai & F.M.J. Verstijlen, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2007, p. 2171-2180.

Uytterhoeven 2002

K. Uytterhoeven, 'Het Belgische echtscheidingsrecht in beweging: een eindigend verhaal van schuld en boete?', *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht 2002*, Vol. 24, nr. 12, p. 306-313.

Van Velthoven & Ter Voert 2003

B.C.J. van Velthoven, M.J. ter Voert, m.m.v. M. van Gammeren-Zoetewij, *Geschildbeslechtingdelta, over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, BJu: Den Haag 2003.

Vonk c.s. 2007

R. Vonk c.s., *Sociale Psychologie*, Wolters-Noordhoff: Groningen/Houten 2007.

De Vries 2007

G.J.P. de Vries, 'Opzegbaarheid van overeenkomsten voor onbepaalde tijd', *NJB* 2007, p. 2356-2362.

Van Zeeland, Kamminga & Barendrecht 2003

C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga & J.M. Barendrecht, 'Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan', *NJB* 2003, p. 818-827.

AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

HOOFDSTUK 7

NAMING EN SHAMING IN HET CONTRACTENRECHT?

Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen
ondernemingen

*J. van Erp*¹

SAMENVATTING

Laten ondernemingen zich afschrikken door de dreiging van schadevergoeding? Die vraag staat in deze bijdrage centraal. In de discussie over preventieve effecten van schadevergoedingen wordt vaak uitsluitend gerefereerd aan de directe kosten van te vergoeden schade. De afschrikwekkende werking daarvan is onvoldoende om in effectieve preventie te kunnen voorzien. Uit empirisch onderzoek naar de handelsbetrekkingen tussen ondernemingen wordt duidelijk dat reputatie een cruciale factor is bij het begrijpen van de afschrikwekkende werking van schadevergoedingen. Ondernemers komen hun afspraken na omdat ze anders reputatieschade lijden. Dit reputatie-effect treedt echter alleen op als er een informatiecircuit is waarbinnen reputatie-informatie wordt verspreid. In het Nederlandse schadevergoedingsrecht lijkt vooral die informatieverspreiding over schadevergoedingen een effectieve regulering door middel van reputatie-effecten in de weg te staan. Schadevergoedingszaken tussen ondernemingen worden meestal geschikt en komen niet in de publiciteit. Negatieve publiciteit over schadevergoedingen, naming en shaming, zou de reputatie-effecten kunnen vergroten en daarmee kunnen bijdragen aan een sterkere preventieve werking van de schadevergoeding.

1 De auteur ontvangt een persoonsgebonden subsidie van NWO. Dank aan Marinke te Pest die als student-assistent een deel van de jurisprudentie verzamelde.

1 INLEIDING

Het preventieve effect van de schadevergoeding

Iemand die een ander schade berokkent door een onrechtmatige daad of wanprestatie, moet deze schade vergoeden. Compensatie van de geleden schade wordt beschouwd als de primaire functie van het schadevergoedingsrecht. De effecten van schadevergoeding beperken zich echter niet tot het individuele geval waarop de norm wordt toegepast. De norm is per definitie ook op toekomstige gevallen gericht.² Algemeen wordt daarom aan het aansprakelijkheidsrecht ook een maatschappelijk effect toegeschreven: dat van preventie.

‘De wetenschap aanzienlijke schadevergoeding te moeten betalen indien schade aan derden wordt berokkend, kan een heilzame werking uitoefenen op het gedrag van personen. Zulks in dier voege dat zij trachten de schade te voorkomen,’

stelt Spier in zijn standaardwerk over verbintenissen en schadevergoeding.³ Ook Kroeze stelt dat naast herstel, een minstens zo belangrijke functie van het aansprakelijkheidsrecht is dat met de schadevergoeding een maatschappelijke norm wordt gehandhaafd, die de schadetoebrenger heeft geschonden. Anderen zullen hun gedrag aanpassen om te voorkomen dat zij ook aansprakelijk zullen worden gesteld.⁴ Van Dunné noemt als ‘gangbaar voorbeeld’ de zeer winstgevende publicatie van foto’s van bekende personen door de roddelpers. ‘Die extra winst wil men kunnen afromen, *ter afschrikking* van dergelijke pers-piraten en hun praktijken’ [cursivering JvE]. Van Boom stelt dat aansprakelijkheid drie doelen heeft: recht doen aan de benadeelde, herstel of correctie van diens positie, en het bieden van een *negatieve prikkel* aan de ‘dader’ en eventuele anderen die vergelijkbare schade zouden kunnen toebrengen [cursivering JvE].⁵ Verheij werkt de rechtshandhavende functie van schadevergoeding uit, en onderscheidt deze van de preventieve werking. Rechtshandhaving gaat vooraf aan preventie, maar van de toekenning van smartengeld kan wel een preventieve werking uitgaan.⁶ Lindenbergh gebruikt het begrip ‘generale preventie’ zoals dat ook in het strafrecht wordt gehanteerd.⁷ Net als voor de meeste juristen moet generale preventie volgens hem als een, overigens bepaald niet ongewenst, neveneffect worden beschouwd, omdat de schadevergoeding doorgaans niet

2 Van Dunné 2001.

3 Spier 2003.

4 Kroeze p. 2.

5 Van Boom 2006, p. 18.

6 Verheij 2002, p. 448.

7 Lindenbergh 1998.

is vormgegeven met het oog hierop. Voor rechtseconomen is preventie zelfs de belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht.⁸

Hoewel blijkens het voorstaande het schadevergoedingsrecht door veel auteurs wel een zekere preventieve of afschrikwekkende werking wordt toegeschreven, plaatsen de meeste auteurs hier toch direct vraagtekens bij. Zo noemt Spier in de hiervoor geciteerde passage het werkelijk bestaan van dit preventieve effect 'omstreden'. Lindenbergh stelt dat het preventieve effect zal verschillen naargelang de toebrenger van de schade zich calculerend opstelt, en naarmate de verplichting tot vergoeding van de schade in die afweging wordt betrokken.⁹ Ook uit zijn opmerking dat de schadevergoeding niet wordt ontworpen met het oog op preventie, kunnen we afleiden dat preventie geen belangrijke rol speelt in de rechtspraktijk omtrent schadevergoedingen. En in deze bundel relativeert Giesen de 'opvoedende waarde' van het aansprakelijkheidsrecht, door te laten zien dat een leereffect pas optreedt als degene die de schade heeft veroorzaakt, zich ook werkelijk verantwoordelijk voelt en niet de schuld op een ander schuift.

De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht wordt door een aantal zaken belemmerd.¹⁰ In de eerste plaats werkt het aansprakelijkheidsrecht achteraf, als het kwaad al is geschied. Ten tweede is het afhankelijk van de bereidheid van individuele partijen om de toebrenger van de schade aansprakelijk te stellen. Dit is een kostbare, tijdrovende procedure, waardoor het risico bestaat dat partijen het erbij laten zitten. Dat risico is er zeker bij massaschade waarin elke individuele partij slechts een geringe schade heeft geleden ('strooischade'). Ten derde is de omvang van de schadevergoeding, en daarmee de negatieve prikkel die ervan uitgaat, afhankelijk van de geleden schade. Zeker in geval van immateriële schade, biedt de schadevergoeding daarmee niet voldoende negatieve prikkel om af te schrikken en kan een handhavingstekort ontstaan. Voor de roddelbladen vormen de schadevergoeding en rectificatie bijvoorbeeld geen voldoende prikkel om hen vooraf de juiste keuzes te laten maken.¹¹ De schadevergoeding wordt ingecalculeerd als 'risico van het vak' en weegt niet op tegen de extra verkoopopbrengst als gevolg van de onrechtmatige publicaties. Daarom wordt wel voorgesteld om hogere bedragen ter rechtshandhaving toe te kennen.¹²

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat de twijfels over de preventieve werking van de schadevergoeding veelal betrekking hebben op het probleem dat de schadevergoeding

8 Faure 2001, p. 224.

9 Lindenbergh 1998, p. 46.

10 Van Boom 2006.

11 Hartlief 2007.

12 Verheij 2002.

onvoldoende zou afschrikken, gezien de hoogte van het te betalen bedrag of de kans dat een procedure wordt gestart of met succes (voor de eiser) wordt beëindigd. Met andere woorden: de kosten van overtreding zijn te laag in verhouding tot de baten. De discussie over de preventieve werking van de schadevergoeding in het privaatrecht vertoont daarmee grote parallellen met klassieke benaderingen van generale preventie en afschrikking in het strafrecht. Klassieke strafrechtelijke theorieën over afschrikking hanteren een rationele-actorperspectief op overtredingsgedrag: de normadressant weegt bij de beslissing om regels na te leven dan wel te overtreden, de ingeschatte kosten en baten van een overtreding tegen elkaar af.¹³ De pakkans en de zwaarte van de verwachte sanctie, en de opbrengst van de overtreding, zijn in deze afweging cruciale factoren. Ze kunnen worden beschouwd als de strafrechtelijke equivalenten van de hoogte van de schadevergoeding in het privaatrecht. Niet alleen de gehanteerde verklaringsmodellen stemmen overeen. Om theorieën over preventie te illustreren, wordt zowel in de literatuur over schadevergoedingen als over generale preventie van organisatiecriminaliteit in het strafrecht, dezelfde archetypische casus opgevoerd: de Ford Pinto-affaire.

De rationele onderneming: de Ford Pinto-affaire

Ford introduceerde in 1970 de Pinto, een nieuw model compacte personenauto waarmee het bedrijf de Japanse concurrentie het hoofd wilde bieden. Ford bracht de Pinto op de markt ondanks het feit dat bij botsproeven regelmatig explosies van de benzinetank hadden plaatsgevonden. Technische verbetering van de benzinetank zou 137 miljoen dollar kosten. In een intern rapport dat later boven water kwam, raamde Ford de kosten van de schadevergoedingen die aan de families van de slachtoffers (die dus nog moesten gaan vallen) betaald zouden moeten worden op 49,5 miljoen dollar: 200.000 dollar per mensenleven. Op basis van deze calculatie zette Ford de verkoop van de Pinto door, waarna zich in de loop van de daaropvolgende jaren inderdaad een aantal ernstige en fatale ongevallen voordeed. Het vervolg van de Ford Pinto-zaak kan alleen in superlatieven beschreven worden: Ford doorstond een van de grootste publiciteitscrises in de geschiedenis van ondernemingen; aan een van de eerste slachtoffers werd een (toentertijd) recordbedrag van 125 miljoen aan *punitive damages* toegekend; de Pinto werd onderwerp van een van de grootste product recalls aller tijden; en tegen Ford werd een tot op dat moment ongekende strafzaak voor productaansprakelijkheid gestart.¹⁴

De Ford Pinto-affaire zoals die in de literatuur wordt gepresenteerd, reflecteert de wijze waarop in het aansprakelijkheidsrecht en de criminologie lange tijd werd aangekeken

¹³ Zie o.a. Kagan & Scholz 1984, p. 67-95; Nagin 1998, p. 1-42.

¹⁴ Lee & Ermann 2002, p. 277-305.

tegen overtredende ondernemingen: rationeel calculerende actoren die welbewust kosten en baten van overtredingen tegen elkaar afwegen. In de literatuur over organisatiecriminaliteit is Ford daarmee hét symbool van de rationele, amorele onderneming die ‘winst boven mensenlevens’ plaatst.¹⁵ In de literatuur over aansprakelijkheidsrecht komen we de Ford Pintozaak vaak tegen ter illustratie van de preventieve werking van schadevergoeding – en de gebreken daarvan in de praktijk. Enerzijds weegt Ford de winst van het op de markt brengen van een product af tegen de kosten van de te betalen schadevergoeding, waarmee de preventieve werking van de schadevergoeding in theorie kan worden geïllustreerd. Tegelijkertijd laat de Ford Pinto-zaak ons zien dat de dreiging van schadevergoeding onvoldoende is om te voorkomen dat onveilige producten op de markt worden gebracht.

Vanuit deze gedachtegang is de voor de hand liggende oplossing van de tekortschietende preventieve werking van de schadevergoeding: hogere schadevergoedingen, opdat de kosten ervan de baten van overtredingen overstijgen. In Nederland vinden we de weerklank van deze redenering in pleidooien voor punitive damages ofwel een civiele boete.¹⁶ Aan deze boete is bij uitstek het aspect van afschrikking ofwel preventie verbonden. De civiele boete is een bedrag dat, bovenop de reguliere schadevergoeding die bedoeld is ter compensatie van geleden schade, wordt opgelegd om eventuele opzet van de schadetoebrenger extra te bestraffen. Doel daarvan is vergelding, maar *ook* het voorkomen en afschrikken van het betreffende gedrag.

Het beeld van de rationeel handelende onderneming is in de literatuur inmiddels echter grondig bijgesteld. Uit empirisch onderzoek naar ondernemingen rijst een heel ander beeld dan dat van de rationeel calculerende actor. Ondernemingen maken fouten, beschikken niet over volledige informatie of overzicht, zijn intern verdeeld, overschatten hun kansen en hechten meer waarde aan potentiële winst dan aan potentieel verlies.¹⁷ Dat ondernemingen in werkelijkheid geen perfecte beslissers zijn blijkt al uit de Ford Pinto-zaak. Ford schat het aan schadevergoeding te betalen bedrag volkomen verkeerd in: in plaats van 49,5 miljoen in totaal, moet de onderneming alleen al aan één slachtoffer 125 miljoen dollar betalen. Nog meer dan het ongekend hoge bedrag aan schadevergoeding zal Ford schade hebben geleden door de negatieve publiciteit en het stigma van de strafrechtelijke vervolging.

Recent nieuw onderzoek naar de Ford Pinto-affaire laat zien dat het beeld van Ford als rationele beslisser op meer punten inadequaat is.¹⁸ In plaats van een weloverwogen

15 Bijv. Lanier 2004, p. 96.

16 Bolt 1993.

17 De zogenoemde ‘self-serving bias’, zie de bijdrage van Giesen in deze bundel.

18 Lee & Ermann 2002, p. 277-305.

besluit op één moment in de tijd, is sprake van een betrekkelijk onreflexief proces dat zich afspeelt in vele lagen van de organisatie en haar omgeving; en op vele momenten in de tijd. Een bewuste afweging van kosten en baten van schadevergoeding blijkt in het geheel niet te hebben plaatsgevonden. De beruchte interne notitie waarin kosten en baten tegen elkaar werden afgezet, blijkt pas te zijn opgesteld enkele jaren nádat de Pinto op de markt werd gebracht, waardoor deze notitie geen rol kan hebben gespeeld in de besluitvorming over de introductie van het nieuwe type. De testresultaten van de benzinetank blijken niet zo eenduidig als werd verondersteld, en bovendien was het uitvoeren van veiligheidstests een nieuwe ontwikkeling en was het meewegen van de resultaten daarvan in managementbeslissingen nog niet ingeburgerd. En het belangrijkste: de auto-industrie was een gesloten wereld waarin de opvattingen over risico's in betrekkelijke isolatie van de maatschappelijke omgeving tot stand kwamen. De veiligheidsrichtlijnen waren het resultaat van een besloten onderhandelingsproces tussen de industrie en de overheid, waarin maatschappelijke invloeden niet doordrongen. In hedendaagse colleges over organisatiecriminaliteit figureert de Ford Pinto-affaire dan ook niet als voorbeeld van doelgericht en calculerend handelen, maar als voorbeeld van de onvolkomenheid van besluitvorming binnen ondernemingen en het onvermogen van bedrijven om de economische en maatschappelijke gevolgen van hun handelen goed in te schatten.¹⁹

Generale preventie in het strafrecht

De verandering in het denken over de Ford Pinto-affaire weerspiegelt die in het denken over generale preventie in het strafrecht. Uit verschillende studies blijkt dat bedrijven de gevolgen in termen van reputatieverlies en reacties van de sociale omgeving veel erger vinden dan een boete door de overheid, die soms jaren later wordt opgelegd. Modernere afschrikkingstheorieën geven daarom in de eerste plaats meer aandacht aan de vraag *welke* kosten en baten in de besluitvorming moeten worden betrokken.²⁰ In de tweede plaats wordt het vraagstuk van de informatieverwerking en besluitvorming binnen ondernemingen nadrukkelijk centraal gesteld. De verklaring voor de Pinto-affaire ligt bijvoorbeeld niet in het feit dat de kosten van schadevergoeding niet opwegen tegen die van de aanpassing van het ontwerp, maar in gebreken in de informatieverwerking en besluitvorming bij Ford. Op dezelfde manier stellen hedendaagse auteurs over afschrikking de vraag hoe informatie over strafrechtelijke sancties wordt verspreid en geïnterpreteerd door de doelgroep.²¹ In een recent onderzoek waarin een aantal in het oog springende opgelegde strafrechtelijke sancties werd voorgelegd aan een groep bedrijven, werd bijvoorbeeld duidelijk dat veel strafrechtelijke sancties niet of nauwelijks bekend waren,

19 Van de Bunt 1992.

20 Zie o.a. May 1989.

21 Zie o.a. Braithwaite 1989.

en dat de hoogte van de boete door deze groep veel lager werd ingeschat dan de werkelijk opgelegde boete.²²

Dat de empirische werkelijkheid niet overeenstemt met het model van de onderneming als rationele actor, doet overigens niet af aan de waarde van de rationele keuzebenadering. Het rationele keuzemodel beoogt namelijk niet een zo adequaat mogelijke *beschrijving* te bieden van de empirische werkelijkheid, maar gedrag te *modellieren* teneinde theorieën te ontwikkelen over de collectieve uitkomsten van dat gedrag. In moderne rationele-keuzebenaderingen zijn de inzichten uit empirisch onderzoek naar besluitvormingsgedrag (van zowel ondernemingen als individuen) verwerkt. Zo wordt rekening gehouden met allerlei gebreken in informatieverwerking, door uit te gaan van *bounded rationality*.²³

De sociaalwetenschappelijke literatuur over afschrikking in het strafrecht heeft, samenvattend, een ontwikkeling doorgemaakt van een rationele-actormodel naar een meer empirisch georiënteerd verklaringsmodel waarin de aard van de kosten van sancties en de communicatie en informatieverwerking over sancties centraal staan. Kunnen deze inzichten ook vruchtbaar zijn voor het denken over de preventieve werking van de schadevergoeding in het privaatrecht? Deze bijdrage vormt een poging de verklarende factoren in de strafrechtelijke theorieën over afschrikking te vertalen naar het terrein van privaatrecht. Van het strafrecht kunnen we leren dat de preventieve werking van de schadevergoeding beter kan worden begrepen als we inzicht hebben in de aard van de *kosten* die schadevergoedingen met zich meebrengen, en de verspreiding en verwerking van *informatie* over schadevergoedingen. In deze bijdrage zal ik deze twee onderwerpen verder uitwerken.

Empirische kennis over het preventieve effect van schadevergoedingen

Empirische kennis over het preventieve effect van het aansprakelijkheidsrecht is schaars, zeker voor Nederland en België.²⁴ Visscher geeft een overzicht van statistische studies naar de preventieve werking van het onrechtmatigedaadsrecht in het verkeersrecht, medische behandeling, productaansprakelijkheid, milieuaansprakelijkheid en bedrijfsongevallen en beroepsziekten.²⁵ In dergelijke onderzoeken wordt getracht een samenhang te vinden tussen het stelsel van aansprakelijkheid en de maatschappelijke uitkomst, meestal het aantal ongevallen. Uit dit onderzoek blijkt niet eenduidig dat het onrechtmatigedaadsrecht een preventieve werking heeft. Bovendien betreft het voornamelijk onderzoek in de Verenigde Staten. Opvallend genoeg biedt de verkeersaansprakelijkheid de meeste

22 Gunningham 2005, p. 262-288

23 Zie bijvoorbeeld Posner 2000.

24 Faure 2001.

25 Visscher 2005.

aanwijzingen voor het bestaan van een preventieve werking.²⁶ Dat is opmerkelijk, want juist verkeersgedrag is routinegedrag waarbij het niet waarschijnlijk is dat een rationele afweging plaatsvindt van de baten en kosten van eventueel veroorzaakte schade. Het is niet goed denkbaar dat roekeloos gedrag van een automobilist een ‘keuze’ is die beïnvloed wordt door de verplichting de veroorzaakte schade geheel of slechts gedeeltelijk te moeten vergoeden. Hoe dan ook suggereren de onderzoeksresultaten alleen een preventief effect op het niveau van het rechtssysteem, dat wil zeggen er worden verschillen geconstateerd tussen rechtssystemen waarin automobilisten niet (geheel) aansprakelijk zijn voor veroorzaakte schade en rechtssystemen waarin die aansprakelijkheid vollediger is.²⁷ Er wordt geen preventief effect gemeten van individuele schadevergoedingszaken.

Opzet van deze bijdrage

Er is dus niet veel empirisch onderzoek beschikbaar waarin de mate waarin en de wijze waarop het aansprakelijkheidsrecht preventief werkt rechtstreeks wordt bestudeerd. Bovendien geven de resultaten die er zijn, niet direct aanknopingspunten voor theorievorming. In deze bijdrage wordt daarom een andere bron aangeboord die inzicht kan geven in de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Binnen de rechtssociologie is uitgebreid en in vele casestudies onderzoek gedaan naar de rol van het contractrecht in het handelsverkeer tussen ondernemingen. Aan de basis van deze onderzoekstraditie ligt Stewart Macaulay's *Relational Theory of Contracts*. In dit onderzoek wordt over het algemeen een wat breder perspectief gehanteerd dan dat van de schadevergoeding. Het zijn veelal kwalitatieve dieptestudies die proberen te begrijpen hoe het handelsverkeer tussen ondernemers onderling verloopt, hoe geschillen worden opgelost, en welke rol het formele recht daarbij speelt. In het eerste deel van deze bijdrage bespreek ik dit onderzoek. We zullen daarbij zien dat *reputatie* een cruciale factor is in de betrekkingen tussen ondernemingen. Ondernemers komen hun afspraken na omdat ze anders reputatieschade leiden. Met andere woorden, naast de financiële kosten die een schadevergoeding met zich meebrengt, kunnen de kosten van reputatieschade afschrikken en contractbreuk voorkomen. Uit de casestudies destilleer ik condities waaronder dit preventieve effect optreedt.

In paragraaf 3 maak ik de vertaalslag van de bevindingen in de lijn van de *relational theory of contracts* naar de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht. Ik onderzoek in hoeverre het reputatie-effect zich voordoet in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

26 Zie voor een uitgebreid onderzoek naar de preventieve werking van verkeersaansprakelijkheid Van Dam, 2001. Ook in dit onderzoek wordt geen empirische onderbouwing gevonden van de invloed van verkeersaansprakelijkheidsregels op ongevallen.

27 Visscher 2005, p. 289.

Kort samengevat luidt de vraag hier: Heeft een veroordeling tot het betalen van een schadevergoeding een negatief effect voor de reputatie van een onderneming? In paragraaf vier komt de tweede verklarende factor voor het preventieve effect van schadevergoedingen in beeld: de informatieverbreiding over schadevergoedingen. Het zal duidelijk worden dat in de Nederlandse praktijk met name de informatieverbreiding over de schadevergoedingen een regulerende werking door middel van reputatie-effecten in de weg staat. Ik onderzoek daarom de mogelijkheid om de reputatie-effecten van schadevergoeding te vergroten door negatieve publiciteit hierover of met andere woorden, *naming and shaming*. Ik bespreek de juridische mogelijkheden om publicatie van schadevergoedingen af te dwingen, en het gebruik daarvan in de praktijk. Ik zal de vraag stellen of een betere benutting van deze mogelijkheden kan bijdragen aan de vergroting van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.

2 REPUTATIE-EFFECTEN VAN CONTRACTBREUK

De 'relational theory of contracts'

Eind jaren vijftig gaf de jonge en nog onervaren jurist Stewart Macaulay het eerstejaarsvak Contractenrecht. Toen hij zijn schoonvader, de General Manager van een groot bedrijf, vertelde over de inhoud van het vak, kon deze hem nauwelijks geloven. Deze schoonvader was betrokken geweest bij vele zakelijke geschillen, maar nooit had hij meegeemaakt dat hiervoor een juridische oplossing werd gezocht. Macaulay's schoonvader vond dat het contractenrecht zoals zijn schoonzoon dat doceerde, een zeer onjuist beeld gaf van de zakenwereld, en organiseerde voor zijn schoonzoon een reeks gesprekken met bevriende zakenmensen.²⁸ Macaulay schreef hierover een artikel dat een van de meest geciteerde publicaties in de rechtssociologie werd, en tot op de dag van vandaag de basis vormt voor een grote hoeveelheid wetenschappelijke onderzoek naar de werking van het contractenrecht in de praktijk.²⁹ In deze paragraaf beschrijf ik wat we uit dit onderzoek kunnen leren over de preventieve werking van de schadevergoeding.

Macaulay's standpunt, dat hij nog steeds verdedigt, is dat ondernemers in geval van een zakelijk conflict slechts zelden een beroep doen op de onderliggende juridische contracten. De volgende citaten uit zijn klassieke publicatie maken duidelijk hoe er binnen de zakenwereld aangekeken wordt tegen het recht.

²⁸ Griffiths 1996, p. 69; zie ook Hertogh 2005.

²⁹ Macaulay 1963, p. 55-67.

'Als er iets aan de hand is zorg je dat je de ander aan de telefoon krijgt en je lost het probleem op. Je leest geen juridische clausules aan elkaar voor als je ooit weer zaken wilt doen. Je moet je in de zakenwereld fatsoenlijk gedragen: je rent niet naar je advocaat als je mee wilt doen.'

Een ander stelt: 'Je kunt elk geschil regelen als je de juristen en accountants er maar buiten houdt. Die begrijpen nu eenmaal niets van het geven en nemen dat in de zakenwereld nodig is.' Juridische procedures worden zelden gevoerd omdat er voldoende alternatieve niet-juridische sancties beschikbaar zijn. De verhoudingen tussen ondernemingen zijn meestal duurzaam, en het belang van de instandhouding van de handelsrelatie weegt vaak zwaarder dan het geschil dat aan de orde is. Dit maakt dat problemen in latere transacties meestal worden rechtgezet. Het risico dat de handelsrelatie wordt beëindigd is volgens Macaulay voldoende als stok achter de deur om oplossingen te bevorderen.

Macaulay's werk heeft aan de basis gestaan van een traditie van empirische rechtssociologische studies naar de rol van contracten in het verkeer tussen ondernemingen. Daarnaast zijn er rechtseconomen die mede door deze traditie zijn beïnvloed, maar de weg van de formele analyse kiezen om de handhaving van contractuele afspraken te bestuderen.³⁰ De vraag in hoeverre de *relational theory of contracts* een realistisch beeld schetst van de hedendaagse (Amerikaanse) zakenwereld, is tot op de dag van vandaag onderwerp van verhitte debatten tijdens congressen en dergelijke. Macaulay neemt daaraan zelf nog volop deel en wijkt niet van zijn oorspronkelijke standpunt dat contracten voer voor juristen vormen, maar geen doorslaggevende invloed hebben op het gedrag van ondernemers. De meeste wetenschappers zijn echter van mening dat contractuele relaties als een continuüm moeten worden beschouwd met meer duurzame, coöperatieve relaties aan de ene kant, en meer individualistische, competitieve relaties aan de andere kant. De vraag die voor ons relevant is, is daarom niet zozeer of Macaulay's zienswijze al of niet kan worden gegeneraliseerd, maar *waarom* sommige markten goed functioneren zonder een rechtstreeks beroep te doen op handhaving met juridische middelen. Zowel de rechtseconomische theorievorming op het gebied van de handhaving van het contractenrecht als het empirisch onderzoek in de traditie van de *relational theory of contracts* laat steeds weer zien dat contracten weliswaar de wettelijke verplichtingen van partijen bevatten, maar dat de naleving ervan in belangrijke mate wordt afgedwongen door buitenwettelijke mechanismen. De belangrijkste van die mechanismen is de dreiging van reputatieschade voor degene die zijn afspraken niet nakomt.

30 Onder andere Posner 2000; Bernstein 2001, p. 1724-1790; Charny 1990; Ellickson 1991. Zie voor een uitgebreidere bespreking van de twee stromingen ook De Hoon 2005.

Conceptualisering van reputatie-effecten

We kunnen drie typen kosten onderscheiden die kunnen volgen op het niet nakomen van afspraken. In de eerste plaats de kosten van het vergoeden van de schade aan de tegenpartij. Dit is het type kosten waarop in de meeste redeneringen over het mogelijke preventieve effect van schadevergoedingen wordt gedoeld: de directe kosten van de schadevergoeding. Macaulay's werk wijst er echter op dat transacties tussen ondernemers geen geïsoleerde, eenmalige gebeurtenissen zijn, maar dat ze plaatsvinden in de context van relaties tussen partijen. Transacties in het heden vinden plaats onder invloed van de *'shadow of the past'* en de *'shadow of the future'*.³¹ Voor de meeste ondernemers is de mogelijkheid dat ze bij eventuele problemen achteraf schadevergoeding kunnen eisen, niet bepaald een geruststellende gedachte. Zo'n procedure is immers omslachtig, onzeker en duur.³² Ondernemers willen over het algemeen problemen voorkomen in plaats van ze achteraf oplossen.³³ Daarom doen ze zaken met partners die ze kunnen vertrouwen: partners die de reputatie hebben hun afspraken na te komen (de *'shadow of the past'*).³⁴ Een reputatie van betrouwbaarheid maakt de kans op toekomstige opdrachten groter; de dreiging om zakenpartners te verliezen vormt een stimulans om afspraken na te komen (de *'shadow of the future'*). Vanuit dit perspectief wordt duidelijk dat het niet nakomen van afspraken ook indirecte kosten van reputatieschade met zich meebrengt. We onderscheiden twee reputatie-effecten. In de eerste plaats in tweezijdige relaties: het verlies van vertrouwen van de directe handelspartner waardoor men toekomstige opdrachten misloopt. Zeker in grote markten met veel alternatieve beschikbare handelspartners is dit echter geen effectief reguleringsmechanisme. Een veel krachtiger reputatie-effect is mogelijk wanneer ook de relatie met derde partijen in de redenering wordt betrokken. Informatie over niet nagekomen afspraken kan ook derde partijen bereiken – huidige of potentiële handelspartners. Dat maakt dat op contractbreuk *'third party sanctions'* staan in de vorm van gemiste potentiële handelsovereenkomsten met derden. Een geschonden afspraak met één partij vertaalt zichzelf dan meteen naar een geschonden afspraak met alle partijen op de markt.

Samenvattend kunnen we drie typen kosten onderscheiden van het niet nakomen van afspraken. In de eerste plaats de kosten van de te vergoeden schade. In de tweede plaats de kosten van gemiste toekomstige opdrachten van de directe handelspartij. Dit noem ik het tweezijdige reputatie-effect. In de derde plaats het driezijdige reputatie-effect van gemiste toekomstige opdrachten van derden.

31 Kamann, Snijders, Tazelaar & Welling 2006, p. 28-38.

32 Barendrecht & Kamminga 2004, p. 156.

33 Johnston 2001, p. 1791-1810.

34 Misztal 1996, p. 121.

Het driezijdige reputatie-effect is het meest krachtig, maar stelt hoge eisen aan de informatie-uitwisseling tussen partijen. Partijen moeten er immers van op de hoogte raken als anderen hun afspraken niet nakomen. Sommige markten bieden hiervoor betere condities dan andere.³⁵ In de traditie van Macaulay zijn daarom diverse *casestudies* verricht van markten waar krachtige reputatie-effecten bestaan, om te onderzoeken welke kenmerken van deze markten hiertoe bijdragen. Ik geef hier twee voorbeelden van deze markten.

Twee voorbeelden

Een eerste voorbeeld is de katoenmarkt in de zuidelijke staten van de Verenigde Staten.³⁶ De katoenhandel kenmerkt zich door onderling vertrouwen. Zoals een handelaar vertelt: *'Millions of dollars of business will be done on the basis of a thirty-second phone call'*. De prijzen zijn wisselvallig; de kwaliteitsbeoordeling van katoen is in hoge mate subjectief. Deals worden meestal mondeling, zelfs telefonisch gesloten, pas later wordt de partij bekeken en het contract schriftelijk vastgelegd. Vanwege deze kenmerken van de katoenhandel is het cruciaal dat katoenhandelaren beschikken over een reputatie van betrouwbaarheid op het gebied van tijdige levering, tijdige betaling, flexibiliteit, en zekerheid dat de gevraagde kwaliteit wordt geleverd. De handelsverenigingen voor katoenhandelaren hebben daarom een aantal mechanismen gecreëerd om reputatie-informatie actief te verspreiden. Zo houdt de handelsvereniging een register bij van reputatie-informatie. Lidmaatschap van de handelsvereniging vereist het melden van overtredingen van handelspartners aan de vereniging opdat dit register gevuld blijft. Namen van overtreders worden gepubliceerd, en ernstige overtreders worden uit de handelsvereniging verwijderd. Dit is 'meestal de doodsklap voor je handel'. Tot slot dragen een actieve handelpers en gespecialiseerde handelsbanken, bij aan de informatieverspreiding over de betrouwbaarheid van handelaren.

Naast deze meer formele mechanismen, zijn er ook informele mechanismen om de uitwisseling van informatie tussen handelaren onderling te faciliteren. Die informele mechanismen zijn er vooral op gericht om de verbinding tussen zakelijke en persoonlijke relaties in stand te houden. De katoenhandel is een hechte gemeenschap, niet alleen in zakelijk maar ook in sociaal opzicht. Het feit dat de handel geografisch is geconcentreerd in Front Street in Memphis in 'the Old South' van de VS draagt hier al toe bij. Handelaren vertellen: 'Front Street is net een naaikransje. Het is erger dan een stel oude wijven. Elke serieuze overtreding is er binnen een dag bekend'. Daarnaast organiseren de handelsverenigingen allerlei sociale evenementen waardoor de katoenhandelaren een

³⁵ Charny 1990, p. 418.

³⁶ Bernstein 2001, p. 1724-1790.

gemeenschap blijven en ook hun families worden betrokken: een jaarlijks debutantenbal, carnaval ('Memphis Mardi Gras'), een Cotton Wives club met een eigen blad 'Cotton Tales', golftoernooien, enzovoort.

Een tweede voorbeeld van een markt waarin effectieve reputatiesancties worden opgelegd, is de diamanthandel in New York.³⁷ Aangezien diamanthandel meestal op krediet plaatsvindt, diamanten door ontelbare tussenpersonen en -handelaren worden bekeken en beoordeeld voor ze hun uiteindelijke afnemer bereiken, en er een bloeiende zwarte markt voor gestolen diamanten bestaat, is er onder diamanthandelaren een enorme behoefte aan informatie over de betrouwbaarheid van handelspartners. De New York Diamond Dealers Club (DDC) voorziet in deze behoefte. Deze handelsvereniging annex beurs is gevestigd in 47th Street in Manhattan, waar 95% van de diamanthandel in de VS plaatsvindt. Lidmaatschap van de DDC biedt handelaren diverse voordelen. In de eerste plaats een zwaar beveiligde handelsruimte. Ten tweede heeft de DDC het monopolie op reputatie-informatie: er is een verplicht arbitragestelsel, en leden die hun toevlucht zoeken tot formele rechtspraak krijgen een boete of worden geroyeerd. De wijze van verspreiding van reputatie-informatie op deze beurs is verrassend eenvoudig voor een markt waarin 30 miljard dollar per jaar omgaat: op de beursvloer is een muur waarop alle relevante informatie over de betrouwbaarheid van leden van de beurs wordt weergegeven.³⁸ Van kandidaat-leden wordt gedurende tien dagen een foto aangeplakt waarbij ieder ander lid op- en aanmerkingen over de reputatie van de kandidaat kan aangeven. Uitspraken van de arbitragecommissie van de beurs worden op de muur gepubliceerd en partijen die hun schulden niet hebben afgelost worden met een foto – enigszins gelijkend op een 'wanted'-poster – afgebeeld. Het is duidelijk dat handelaren tot elke prijs zullen willen voorkomen dat hun foto op de muur kan worden aangetroffen. Naast deze muur, is de beursvloer ook een fysieke plaats waar handelaren de laatste nieuwtjes met elkaar uitwisselen, referenties vragen over potentiële zakenpartners, en reputatie-informatie snel wordt verspreid. En tot slot treffen we ook hier een vermenging van zakelijke en persoonlijke relaties aan: 85 tot 90% van de leden van de DDC zijn joods, veel handelaren zijn generaties lang in het vak, en familie- en gemeenschapsbanden zijn sterk.

Dit zijn twee voorbeelden van markten waarin de nakoming van afspraken redelijk effectief wordt gereguleerd door een systeem van reputatiesancties. In deze markten weten ondernemers die contractbreuk plegen of zich anderszins niet aan de afspraken houden, dat ze niet alleen de veroorzaakte schade zullen moeten vergoeden, maar ook toekomstige

³⁷ Richman 2006.

³⁸ Ook de Antwerpse diamantbeurs kent een dergelijke publicatie.

stige opdrachten van de betreffende handelspartner én van derden zullen mislopen. Alle drie de onderscheiden kosten van contractbreuk komen dus voor. Dat betekent natuurlijk niet dat conflicten en contractbreuk nooit voorkomen, maar wel dat van de dreiging van reputatieschade een sterk preventief effect uitgaat. In deze markten biedt de dreiging van reputatieverlies in de meeste gevallen voldoende prikkel om de nakoming van afspraken af te dwingen en ontstane geschillen te beslechten. Die prikkel is zelfs zo sterk, dat het recht buitenspel komt te staan of, zoals in het geval van de DDC, zelfs actief buitenspel wordt gezet. In het navolgende zullen we uit deze casus enkele algemene kenmerken afleiden.

Conditie voor preventie door de dreiging van reputatieschade

In markten waarin een krachtig systeem van reputatiesancties functioneert zoals hiervoor beschreven, zien we steeds weer de volgende condities.

In de eerste plaats gaat het om markten waarin vertrouwen bepalend is voor de totstandkoming van handelsbetrekkingen, en waarin de reputatie, dat wil zeggen de geloofwaardigheid dat een partner zich aan de afspraken zal houden, van belang is voor de totstandkoming van betrekkingen. Cruciaal in de hier beschreven markten is dat de ondernemers problemen willen voorkomen in plaats van ze achteraf via een ingewikkelde juridische procedure te willen oplossen. Ze willen geen schadevergoeding, maar schade voorkomen. Dat vormt een prikkel voor handelspartners om actief op zoek gaan naar reputatie-informatie en hierover informatie uit te wisselen.

In de tweede plaats betreft het hier kleine, gesloten, homogene markten, met een lange traditie en veelvuldige transacties. In de twee casus treffen we geografische concentratie aan in één straat, en de New Yorkse Diamantbeurs is een letterlijk voorbeeld van geslotenheid. Die concentratie draagt ertoe bij dat partijen elkaar voortdurend tegenkomen, en informatie uitwisselen over potentiële handelspartners.

Een derde kenmerk van dit soort markten is dat er een georganiseerd informatiecircuit is waarbinnen reputatie-informatie wordt uitgewisseld. Er is een officieel kanaal waarin overtredingen worden gepubliceerd, en ook een actieve handelspers. Met andere woorden: er is sprake van *naming* en *shaming*, het aan de schandpaal nagelen van overtreders. De instantie die hiertoe door de branche is aangewezen, is een autoriteit die gezaghebbend optreedt.

Ten vierde is kenmerkend voor dit soort markten de vermenging van zakelijke en persoonlijke relaties en een sterke vorm van sociale controle binnen de gemeenschap. Reputatiesancties kennen daardoor een sterke sociale inbedding: ze beschadigen niet alleen de economische positie van de handelaar maar ook de sociale positie van hemzelf en zijn gezin in de gemeenschap. Zelfs ontstaat uit de beschreven casus de indruk dat de

naleving van zakelijke afspraken een morele verplichting is: het nakomen van afspraken is een kwestie van eer, het schenden ervan zal leiden tot een verlies van respectabiliteit. ‘Shaming’ dus in de letterlijke zin van het woord.

3 BESTAAT HET REPUTATIE-EFFECT IN HET NEDERLANDSE HANDELSVERKEER TUSSEN ONDERNEMINGEN?

In deze bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre de dreiging van schadevergoeding preventief werkt in het handelsverkeer tussen ondernemingen. Laten ondernemingen zich afschrikken door de kans dat ze bij contractbreuk of wanprestatie een schadevergoeding moeten betalen, en wat bepaalt of dat effect optreedt? In de inleiding is geconcludeerd dat er in theorie van de schadevergoeding een preventief effect mag worden verwacht, maar dat hierover twijfels bestaan en dat empirische kennis schaars is. Daarom is in paragraaf 2 van deze bijdrage het preventieve effect theoretisch uitgewerkt op basis van rechtssociologische literatuur. We hebben daarbij drie kosten van contractbreuk onderscheiden: de kosten van de te vergoeden schade; tweezijdige reputatieschade (gemiste toekomstige opdrachten van de directe handelspartij); en driezijdige reputatieschade (gemiste toekomstige opdrachten van derden). De sterkste vorm van preventie vindt plaats als er een dreiging is van reputatieschade doordat ook derden gevolgen verbinden aan contractbreuk.

In deze paragraaf onderzoek ik welke vorm van preventie optreedt in het Nederlandse handelsverkeer tussen ondernemingen. Ondervindt een onderneming die veroordeeld wordt tot het betalen van schadevergoeding daarvan nog meer gevolgen dan de directe kosten? Levert dit ook schade op in de relatie met de tegenpartij of zelfs met derden? En, als meest vergaande mogelijkheid: heeft de schadevergoeding een morele dimensie, oftewel, is het een schande om te moeten betalen?

Recent en Nederlands empirisch onderzoek naar geschilgedrag van ondernemingen is schaars. De weinige studies die er zijn, passen echter in de lijn van de *relational theory of contracts*. Zo trekt Hertogh een parallel tussen de zakenwereld zoals die door Macaulay wordt geschetst, en de verhoudingen in de Nederlandse bouwwereld, zoals die naar voren kwamen in de Parlementaire enquête Bouwnijverheid. De Nederlandse bouwondernemers spreken over het recht in dezelfde bewoordingen als hun Amerikaanse collega's in het onderzoek van Macaulay: ‘Als juristen de baas worden in ondernemersland, dan worden er geen deals meer gemaakt’, stelt bijvoorbeeld de voormalig bestuursvoorzitter van aannemer Heijmans. De directeur van Ballast Nedam Infra merkt op: ‘Stel dat wij met

drie advocaten achter elkaar de contracten moeten tekenen! Er moet toch een stuk vertrouwen zijn naar elkaar toe. Wij moeten weten wat wij met elkaar aan het doen zijn'.³⁹

Ook de juridische studie van De Hoon naar commerciële relaties schetst een beeld dat overeenstemt met dat van Macaulay. Haar studie beschrijft conflictsituaties tussen contractspartijen met een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd. In dergelijke duurzame en complexe samenwerkingsrelaties is het vrij normaal dat aan beide kanten bepaalde afspraken niet volledig nagekomen worden. Dit leidt in de meeste gevallen niet tot grote problemen: ook hier is het een kwestie van er in onderling overleg uitkomen. In deze langdurige samenwerkingsrelaties ontstaan na verloop van tijd patronen die afwijken van de contractuele regels die bij aanvang van de samenwerking zijn opgesteld. Daarmee raakt het contract in de dagelijkse handelspraktijk op de achtergrond. Als een conflict escaleert of de relatie wordt beëindigd, is het dan ook de vraag of het wel redelijk is om zich op het oorspronkelijke contract te beroepen. Rechters kijken daarom niet alleen naar het contract, maar houden ook rekening met de omstandigheden van het geval en met uit het gedrag gerezen verwachtingen.⁴⁰

Een van de weinige Nederlandse grootschalige empirische studies in de traditie van Macaulay is dat van Rooks naar inkooptransacties.⁴¹ In deze studie blijft het gedachtegoed van Macaulay overeind: niet-juridische sancties zoals het beëindigen van een relatie of het passeren van een leverancier voor een latere transactie, worden in de hedendaagse zakenrelaties veel vaker toegepast dan het eisen van schadevergoeding. Rooks bestudeerde het verloop van 1252 transacties. In 902 transacties ontstonden op een of andere manier problemen. Slechts 43 keer werd daarbij schadevergoeding gevorderd. Transacties in sectoren waarin afnemers en leveranciers frequent en intensief contact hebben, leveren minder problemen op dan transacties in sectoren waarin minder contact is. In het eerste geval kunnen problemen in latere transacties worden rechtgezet, of is het belang van instandhouding van de relatie voldoende groot om een oplossing te vinden bij conflicten. In verreweg de meeste gevallen waren contact en overleg dan ook voldoende om het probleem te verhelpen, of liet men het er daarna bij zitten zonder maatregelen te nemen. 'Geven en nemen' is ook in deze studie dus een goede beschrijving van de realiteit. In ernstiger gevallen komt ook de niet-juridische sanctie van het beëindigen van de handelsrelatie veel voor. In drie kwart van de gevallen waarbij het conflict tussen afnemer en leverancier vergaand was geëscaleerd, werd de leverancier voor latere transacties gepasseerd. Deze resultaten worden bevestigd in een studie van Kamann et al.

³⁹ Hertogh 2005, p. 56-57.

⁴⁰ De Hoon 2005, p. 7-9 en 106.

⁴¹ Rooks 2002.

naar transacties in de bouw.⁴² In deze studie werd duidelijk dat problemen minder snel escaleren als partijen verwachten in de toekomst nog met elkaar samen te werken, met name als deze samenwerking tussen de betrokken individuen (in plaats van de organisaties) zou plaatsvinden.

Een andere studie in deze traditie is die van Jettinghof naar de beheersing van geschillen in relaties tussen bedrijven, onder de veelzeggende titel 'Het komt zelden voor'.⁴³ Jettinghof vergeleek drie markten: de kunststofverwerking, de bouw, en het wegtransport. Ook in deze studie wordt duidelijk dat ondernemers waar mogelijk de escalatie van geschillen voorkomen door duurzame relaties aan te gaan. Deze relaties voorkomen op verschillende manieren dat geschillen escaleren (tot juridische procedures). In de eerste plaats kiezen ondernemers betrouwbare partners. Ten tweede worden met deze partners langdurige relaties aangeknoopt, waarin men de tijd heeft om producten en werkwijzen af te stemmen op de wensen van de klant. Als er ondanks deze voorzorgsmaatregelen toch conflicten ontstaan, biedt de relatie mogelijkheden genoeg om deze in overleg op te lossen.

Overigens blijken er wel verschillen te bestaan tussen de drie onderzochte markten. Relationele oplossingen komen het makkelijkst tot stand in de kunststofverwerking en het wegtransport, waar door de aard van de activiteiten en producten duurzame relaties mogelijk zijn. In de bouw echter bestaat veel grotere onzekerheid over de uit te voeren projecten. Als een grote opdracht onverwachts doorgaat, moeten op stel en sprong onderaannemers worden ingehuurd. Niet altijd kan men daarbij een beroep doen op vertrouwde contacten. In deze sector wordt daarom actiever reputatie-informatie ingewonnen en uitgewisseld: sommige aannemers houden bijvoorbeeld een zwarte lijst bij van onderaannemers met wie ze slechte ervaringen hebben. Ook worden veel uitgebreidere contracten opgesteld (bestekken) en is er vaker behoefte aan conflictoplossing via juridische procedures. Die worden overigens niet altijd daadwerkelijk gestart, omdat vanwege de lange doorlooptijd geen snelle oplossing kan worden geboden.

Om het bestaan van reputatie-effecten goed te onderzoeken, zouden we eigenlijk een selectie van schadevergoedingszaken tussen ondernemingen onder de loep moeten nemen en hun effecten op de reputatie van de betrokken ondernemingen moeten onderzoeken.⁴⁴ Er zijn echter zeer beperkt rechterlijke uitspraken beschikbaar over schadevergoedingen tussen ondernemingen onderling. Het lijkt betrekkelijk weinig voor te

42 Kamann 2006, p. 28-38.

43 Jettinghof 2001.

44 In het strafrecht is op dergelijke wijze onderzoek gedaan naar de preventieve werking van boetes op milieuovertredingen door ondernemingen: Gunningham, Kagan & Thornton 2005, p. 262-288.

komen dat ondernemingen onderling schadevergoeding van elkaar eisen, althans bij de rechter. Dit komt deels overeen met het beeld dat in de hiervoor beschreven studies wordt geschetst, namelijk dat er in relaties tussen ondernemingen voldoende effectieve niet-juridische mogelijkheden zijn om geschillen op te lossen. Wat zeker ook zal bijdragen aan het geringe aantal rechtszaken is het brede scala aan buitengerechtelijke geschilprocedures in Nederland, zoals klachtencommissies, arbitrage en geschillencommissies. Deze zijn vaak speciaal door branches in het leven geroepen en bieden daardoor geschilbeslechting op maat. De meeste van deze procedures kennen een zeer hoge filterwerking: slechts in enkele procenten wordt na het buitengerechtelijk traject nog een juridische procedure gestart.⁴⁵ Naast het feit dat ondernemers in veel gevallen de voorkeur geven aan niet-juridische oplossingen, is een verklaring voor het geringe aantal rechtszaken dat ondernemers in geval van een juridische oplossing de voorkeur geven aan een schikking boven een rechtszaak. Een schikking blijft binnenskamers, en men houdt schadevergoedingen het liefst buiten de openbaarheid. Uit het feit dat schadevergoedingen het liefst in de beslotenheid van een schikking tot stand worden gebracht in plaats van in openbare rechtszaken, kunnen we afleiden dat ondernemers het niet prettig vinden als er publiciteit wordt gegeven aan schadevergoedingen. Dit gegeven vormt op zich een indicatie voor het feit dat de schadevergoeding reputatie-effect bij derden heeft.

Concluderend: de *relational theory of contracts* voorspelt dat ondernemers in geval van zakelijk conflict slechts zelden een juridische oplossing zoeken. Oplossingen worden eerder in de relationele sfeer gezocht: 'geven en nemen', en zo nodig de relatie beëindigen. Het beperkte Nederlandse onderzoek dat op dit terrein is gedaan, is in lijn met deze theorie. Uit dit onderzoek ontstaat echter ook de indruk dat de reputatie-effecten die optreden voornamelijk tweezijdig zijn. Het onderzoek geeft niet direct aanwijzingen dat het niet nakomen van afspraken ook negatief afstraalt op de relatie met derde partijen. Dat driezijdige reputatie-effect kan dan ook alleen optreden als informatie over schadevergoedingen wordt verspreid. Dat onderwerp wordt behandeld in de volgende paragraaf.

4 INFORMATIEVERSPREIDING OVER SCHADEVERGOEDINGEN

Een belangrijke voorwaarde voor *driezijdige* reputatie-effecten is dat informatie over schadevergoedingen verspreid wordt in de markt. In deze paragraaf staat de vraag centraal op welke wijze dat gebeurt in het Nederlandse handelsverkeer. Is het algemeen bekend als een onderneming schadevergoeding moet betalen? Hoe wordt informatie over

⁴⁵ Van Erp & Klein Haarhuis 2006. Zie ook Blankenburg 1994, p. 789-808.

schadevergoedingen gepubliceerd? In deze bijdrage kan ik slechts een verkennend beeld schetsen op basis van het beperkte empirisch onderzoek dat is gedaan, de jurisprudentie, en enkele gesprekken die in het kader van deze bijdrage zijn gevoerd. Gezien het exploratieve karakter van deze bijdrage is het hier geschetste beeld bovendien nogal algemeen en ontbreken de mogelijkheden om goed onderscheid te maken naar deelmarkten. Het empirisch deel van deze bijdrage moet daarom eerder worden beschouwd als een aanzet tot verder onderzoek dan als een afgerond geheel.

Ondernemers lossen hun problemen liever in onderling overleg op dan ze in de openbaarheid te brengen. Als het al zover komt dat schadevergoeding wordt gevorderd, geven ondernemers de voorkeur aan een schikking boven een rechtszaak, omdat de schikking achter gesloten deuren blijft. Geheimhouding is vaak zelfs een expliciete voorwaarde van de schikking, op straffe van een boete. Het zal duidelijk zijn dat de informatieverspreiding over schadevergoedingen hierdoor ernstig wordt bemoeilijkt. Van *naming en shaming* lijkt over het algemeen geen sprake.

Toch zijn er verschillende manieren waarop schadevergoedingen in de openbaarheid komen. Allereerst wordt er over schadevergoedingen gepubliceerd in de pers. In de landelijke pers gebeurt dit slechts bij uitzondering. In het kader van deze bijdrage is een inventarisatie gemaakt van berichten over schadevergoedingen in het *Financieel Dagblad* over de periode 2006 – september 2007. Er werden 331 artikelen gepubliceerd over schadevergoedingen. Het leeuwendeel hiervan gaat over schadevergoedingen waarbij de overheid is betrokken, bijvoorbeeld waarin ondernemingen de overheid aansprakelijk stellen of andersom. Als wordt gepubliceerd over schadevergoedingen tussen ondernemingen, betreft het vooral multinationals of internationale conflicten. Wat betreft Nederlandse bedrijven onderling, domineert in de berichtgeving de schadevergoeding die het bedrijf Chipshol eist van Schiphol. Over deze geruchtmakende en slepende zaak waarin Chipshol ook nadrukkelijk de media opzoekt, publiceerde het FD veertien maal. Over andere schadevergoedingszaken berichtte het FD in totaal drie maal. Eén bericht ging over een schikking tussen Philips en Heineken over de thuistap, één bericht over het afblazen van een joint venture tussen PCM en financier Marcel Boekhoorn, en een bericht over een schikking tussen D-reizen en textielketen Henk ter Hoor over een t-shirt met de opdruk 'Costa del Snol'. Uit de onderwerpen van deze berichten zouden we kunnen afleiden dat zelfs in een gespecialiseerd medium als het *Financieel Dagblad*, met name over landelijk bekende bedrijven of ondernemers of anderszins in het oog springende zaken wordt gepubliceerd.

In een enkel geval geven ondernemingen zelf actief bekendheid aan schadevergoedingen door een persbericht. Dat geldt niet alleen voor de eisers, zoals in de Chipshol-zaak, maar opvallend genoeg ook voor gedaagden. Zo verspreidde supermarktconcern Laurus een

persbericht (3 augustus 2007) dat er door het bedrijf Perfect Finishing 6,9 miljoen euro schadevergoeding was geëist. Laurus liet weten deze vordering te betwisten en meldde dat de vordering geen negatieve gevolgen had voor de dagelijkse bedrijfsvoering van Laurus.

Ook door rechterlijke uitspraken wordt bekendheid gegeven aan schadevergoedingen. Binnen het juridische domein worden veel uitspraken gepubliceerd op rechtspraak.nl, in jurisprudentieregisters en vaktijdschriften. Hoewel we hieruit niet zonder meer mogen afleiden dat deze uitspraken ook bekend raken bij alle ondernemers die zakenrelaties met elkaar aangaan, mogen we ervan uitgaan dat ondernemingen met gespecialiseerde bedrijfsjuristen actief de jurisprudentie bijhouden. Op grond van artikel 6:103 BW zou ook een actievare vorm van openbaarmaking van de schadevergoeding kunnen worden gevorderd. Dit artikel bepaalt dat de schadevergoeding naast een materiële genoegdoening, ook andere vormen van genoegdoening kan omvatten, zoals een bevel tot rectificatie van een onwaar bericht, een bevel tot doorhaling van een inschrijving in een openbaar register, óf – en daar gaat het hier om – een bevel tot publicatie van het vonnis. Op grond van dit artikel zou het bijvoorbeeld mogelijk zijn om de toebrenger van de schade te verplichten een advertentie te plaatsen waarin hij de veroordeling tot schadevergoeding bekendmaakt. Van dit artikel wordt in de praktijk echter nauwelijks gebruikgemaakt om schadevergoedingen te publiceren. Een zoektocht in Nederlandse Jurisprudentie 1995-2007 leverde één uitspraak op, die echter geen betrekking had op het handelsverkeer tussen ondernemingen.⁴⁶

Dat publicatie van het vonnis zo weinig wordt gevorderd in schadevergoedingszaken, kan wellicht worden verklaard door het feit dat de inzet van het geding primair het verkrijgen van schadevergoeding dan wel herstel is. Alles wat er aanvullend gevorderd wordt, maakt de zaak meer gecompliceerd en kwetsbaar. Als er al een juridische procedure wordt gevoerd, zal een onderneming de omvang en complexiteit van het geding trachten te beperken om de succeskans te verhogen en proceskosten te reduceren. Vaak wordt bijvoorbeeld alleen een procedure gestart om de hoogte van de schadevergoeding vast te stellen, en worden de overige aspecten in de onderhandelingen buiten de rechtszaal afgehandeld. Voor een betrokken partij is er ook geen direct voordeel te behalen aan de publicatie, behalve misschien een gevoel van genoegdoening. Een advocaat merkt bijvoorbeeld op dat publicatie zou kunnen bijdragen aan een grotere bekendheid van rechterlijke uitspraken, wat zou kunnen leiden tot eerdere overeenstemming in toekomstige zaken, ook vóór de fase dat gespecialiseerde advocaten worden ingeschakeld. Op

⁴⁶ NJ 2002/78, Hof Den Bosch, 20 maart 2001. Deze vordering was ingesteld door iemand die was bestolen van een dure Kawasaki-motor, en van de (reeds veroordeelde) dief eiste dat deze de naam van de koper van de motor bekendmaakte. De bestolene wilde namelijk bij deze koper, die hij beschuldigde van heling, verhaal halen.

die manier zou publicatie de nakoming van afspraken kunnen bevorderen en dus het beoogde preventieve effect kunnen hebben.⁴⁷

Het burgerlijke recht kent nog enkele andere mogelijkheden tot openbaarmaking van vonnissen. De meest bekende daarvan is natuurlijk de verplichting tot rectificatie bij onjuiste of misleidende publicaties. Rectificatie wordt vaak toegepast als een materiële schadevergoeding onvoldoende herstel en genoegdoening kan bieden, zoals bij aantasting van iemands goede naam. De grondslag hiervoor is artikel 6:167 BW (rectificatie van onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard). Rectificatie treffen we voornamelijk aan in de sfeer van publiciteit over (bekende) personen. In het handelsverkeer tussen ondernemingen treffen we de rectificatie geregeld aan bij misleidende of onjuiste vergelijkende reclame. De grondslag hiervoor is artikel 6:196 BW. Ook in deze vorm heeft rectificatie eigenlijk geen verband met de publicatie van schadevergoedingen. Het gaat niet om een bestaande handelsrelatie die wordt geschonden, maar om partijen die geen contractspartner van elkaar zijn.

Een andere vorm van openbaarmaking treffen we wel aan bij de schending van auteurs- of merkenrecht. De onderneming die het auteursrecht heeft geschonden, wordt dan verplicht haar klanten een brief te sturen waarin ze bekendmaakt dat ze het product niet had mogen aanbieden en dat ze het moet terugnemen. Een voorbeeld van zo'n verplichting is de brief die muziekproducent Ramshorn uit Heemstede moest sturen toen dit bedrijf inbreuk had gemaakt op het merkenrecht van rapper Eminem.⁴⁸ Onder de titel 'The All stars: Eminem greatest hits' had Ramshorn een cd op de markt gebracht waarop nummers van Eminem, zonder diens toestemming, door andere artiesten werden gecoverd. Eminem betoogde dat hier sprake was van misleiding, omdat op de cd-hoes de indruk werd gewekt dat Eminem deze nummers zelf uitvoerde. Ramshorn werd verplicht aan alle afnemers de volgende brief te sturen:

Mijne dames, heren

Wij hebben aan u geluids- en/of beeld dragers geleverd met opnames van EMINEM. De voorzieningenrechter van de rechtbank te 's-Gravenhage heeft ons bij vonnis van 15 juli 2004 verboden de distributie van deze producten voort te zetten omdat daardoor inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de artiest EMINEM. Wij verzoeken u vriendelijk doch zeer dringend om deze

⁴⁷ Interview advocaat gespecialiseerd in milieuprivaatrecht, 2 november 2007.

⁴⁸ Rechtbank Den Haag, KG 04/621, 15 juli 2004. Een ander voorbeeld van een dergelijke verplichte openbaarmaking vinden we in de zaak KPN-Denda international inzake de NL-info-cd, een alternatieve cd-foongids (LJN AA 8920, Rechtbank Almelo, o.a. 6 december 2000).

producten onmiddellijk uit de verkoop te nemen en alle bij u aanwezige door ons geleverde exemplaren van deze producten per ommegaande aan ons te retourneren. Wij zullen u dan onmiddellijk de volledige aankoopprijs en de verzendkosten vergoeden.

We mogen aannemen dat een dergelijke brief de reputatie van Ramshorn niet ten goede komt.

Een laatste vorm van openbaarmaking vinden we in het recht omtrent algemene voorwaarden. Bepaalde bedingen in algemene voorwaarden van een leverancier kunnen door de rechter als onredelijk bezwarend worden aangemerkt. Een van de gevolgen die de rechter hieraan kan verbinden is de veroordeling tot het openbaar maken van de uitspraak (art. 6:241 lid 3 sub c). Ook deze vorm van publicatie is zeldzaam, maar recent opgelegd in een conflict tussen computerfabrikant en -leverancier Dell en computergebruikersvereniging HCC over de algemene voorwaarden van Dell.⁴⁹ HCC had deze zaak aangespannen omdat zij het onredelijk vond dat kopers van een Dell-pc de volledige aankoopprijs van computers vóóraf moeten betalen. De rechter stelde HCC in het gelijk. Dell werd in deze zaak niet alleen veroordeeld tot het wijzigen van de algemene voorwaarden, maar ook tot het plaatsen van een advertentie in vier landelijke dagbladen met de mededeling dat deze voorwaarden onredelijk bezwarend waren voor consumenten. De advocaat van HCC stelt in een mondelinge toelichting dat hij de publicatie had gevorderd in de verwachting dat dit een extra pressiemiddel zou vormen om een minnelijke regeling af te dwingen. In theorie zou de publicatieplicht volgens hem ook kunnen worden gevorderd als een middel om een onderneming extra te treffen en de consument op de hoogte te stellen. Dell beschouwde dit kennelijk ook zo, want maakte bezwaar tegen de vordering omdat de onderneming door de publicatie schade zou lijden. Volgens de advocaat van HCC moet deze schade beperkt zijn gebleven, omdat de advertentie zeer beknopt was en feitelijk alleen verwees naar de uitspraak op rechtspraak.nl. 'Een wassen neus', zo betitelt deze advocaat de publicatie in dit geval dan ook.⁵⁰

5 CONCLUSIE

Van strafrechtelijke sancties nemen we als vanzelfsprekend aan dat ze, naast het doel van bestraffing, ook generale preventie bewerkstelligen. Een boete die wordt opgelegd aan een

⁴⁹ LJN: AT 1762, Gerechtshof 's Gravenhage, 03/1463, uitspraak 22 maart 2005. Overigens had de rechter in een eerder kort geding de vordering tot publicatie afgewezen, omdat Dell had aangegeven door de publicatie schade te lijden en omdat publicatie ook in de hoofdzaak was. NJ 2004/483.

⁵⁰ Bron: telefonisch interview H.E.P. van Geelkerken, advocaat te Venlo, 15 november 2007.

overtreder, zal ook anderen afschrikken van het plegen van een dergelijke overtreding. In het privaatrecht is preventie veel minder vanzelfsprekend. Schadevergoedingen, het belangrijkste financiële instrument in het privaatrecht, hebben als belangrijkste functie compensatie van de geleden schade. Toch wordt de schadevergoeding door de meeste auteurs wel een zeker preventief effect toegedicht. De afschrikwekkende werking van de schadevergoeding zou echter onvoldoende zijn om in effectieve preventie te kunnen voorzien. Dit leidt tot pleidooien voor een verbetering van de preventieve werking door een verhoging van de toegekende bedragen.

In deze bijdrage is getracht empirisch inzicht te krijgen in de preventieve werking van de schadevergoeding. Geïnspireerd door de ontwikkeling in het denken over generale preventie in het strafrecht, is daarbij niet alleen gekeken naar de financiële kant van de schadevergoeding. Uit het onderzoek naar generale preventie in het strafrecht is duidelijk geworden dat sancties naast financiële kosten, ook reputatieschade veroorzaken. De dreiging van negatieve publiciteit als gevolg van een boete vormt een veel sterkere prikkel tot naleving dan de boete zelf. Vertaald naar het privaatrecht, leidt dit tot de vraag of schadevergoedingen naast directe kosten ook reputatieschade met zich meebrengen. Reputatieschade zou de preventieve werking van de schadevergoeding kunnen versterken, mits er in de betreffende markt een informatiecircuit bestaat waarbinnen reputatie-informatie effectief wordt verspreid. Daarom is in deze bijdrage onderzocht op welke wijze informatie over schadevergoedingen wordt verspreid onder ondernemers.

Op basis van sociaalwetenschappelijk onderzoek naar handelsbetrekkingen door ondernemingen kunnen we concluderen dat de schadevergoeding meer kosten met zich brengt dan alleen de financiële kosten van de te vergoeden schade. Schadevergoedingen hebben ook negatieve effecten voor de reputatie van de onderneming. Naast de directe kosten van de schadevergoeding, heb ik daarom in deze bijdrage twee reputatie-effecten beschreven. Allereerst het tweezijdige reputatie-effect, dat bestaat uit de kosten van misgelopen toekomstige opdrachten met de directe handelspartij. Daarnaast onderscheid ik het driezijdige reputatie-effect van gemiste toekomstige opdrachten van derden. Dit laatste effect is het meest krachtig, maar komt alleen tot stand als derde partijen op de hoogte raken van de veroorzaakte schade. Markten waarin een krachtig systeem van reputatiesancties functioneert, kennen een effectief stelsel voor verspreiding van reputatie-informatie. De beste condities hiervoor treffen we aan in kleine, gesloten en homogene markten, die een informatiecircuit kennen waarbinnen reputatie-informatie actief wordt uitgewisseld. Dit informatiecircuit kent zowel officiële kanalen als meer informele kanalen die voortkomen uit de vermenging van zakelijke en persoonlijke relaties.

Hoe is het gesteld met de preventieve werking van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht? De basis daarvoor is aanwezig: ondernemers vrezen negatieve publiciteit in het kader van schadevergoeding. Schadevergoeding heeft dus een reputatie-effect. Maar waar het vaak aan schort is een effectieve verspreiding van informatie over schadevergoedingen. Het privaatrecht kent diverse bepalingen op grond waarvan publicatie van rechterlijke uitspraken kan worden gevorderd. Daarvan is artikel 6:103 BW direct gerelateerd aan de schadevergoeding. Een frequentere toepassing van dit wetsartikel zou kunnen bijdragen aan een toename van publiciteit over schadevergoedingen. Een beperking van dit wetsartikel is echter dat de toepassing ervan afhankelijk is van de bereidheid van de benadeelde partijen om publicatie van het vonnis te vorderen. Voor individuele ondernemingen is het echter voornamelijk van belang dat ze hun schade vergoed krijgen en zonder langdurige en kostbare procedures hun commerciële activiteiten kunnen voortzetten.⁵¹ Het ligt daarom niet voor de hand dat partijen op eigen initiatief de procedure verder compliceren door naast de schadevergoeding, ook nog publicatie van het vonnis te eisen. De baten daarvan komen immers niet henzelf ten goede, maar de derden die hierop actie moeten ondernemen. Alleen als de benadeelde zelf in zijn reputatie is geschaad, zoals bij schending van het merkenrecht, of bij misleidende of onjuiste publicaties, heeft de benadeelde er belang bij om rectificatie of publicatie van het vonnis te vorderen. Uit de zaak HCC-Dell blijkt echter dat het reputatie-effect van openbare rechterlijke vonnissen niet altijd groot hoeft te zijn.

We moeten daarom wellicht niet al te veel verwachten van juridische procedures in individuele zaken. Een kenmerk van markten waarin effectieve regulering door reputatie-informatie plaatsvindt, is nu juist dat er intermediaire organisaties verantwoordelijk zijn voor de verspreiding van reputatie-informatie.⁵² Zo kunnen brancheorganisaties als informatiemakelaar optreden door een openbaar of besloten register bij te houden. Dat gebeurt nu al in diverse branches, zoals in de detailhandel, de horeca, de luchtvaart en de uitzendbranche, waar de brancheorganisatie of het bedrijf een register beheert van frauderende werknemers of uitzendkrachten, niet-betalende klanten of agressieve passagiers. Ook de vakpers kan een rol spelen in de verspreiding van reputatie-informatie. Een voorbeeld hiervan is de Reputatie Monitor Bouwbranche, die jaarlijks wordt gepubliceerd door het vakblad *Building Business*.⁵³ In deze monitor worden 57 partijen in de bouw- en vastgoedsector beoordeeld door collega's in de branche. Onder de reputatie-indicatoren treffen we onder andere indicatoren als 'betrouwbaar', 'afspraak is afspraak'

51 De Hoon 2005, p. 124.

52 Zie Van Erp en Brandsen 2006, p. 97-116.

53 Laverman 2007, p. 12-17.

en 'aanspreekbaar bij problemen'. Ook belangenorganisaties, banken, verzekeraars of de overheid kunnen schadevergoedingen openbaar maken.

Het ligt, kortom, meer voor de hand dat de publicatie van schadevergoedingen op collectief niveau gestalte krijgt dan dat dit via individuele juridische procedures wordt gerealiseerd. Natuurlijk moet er wel draagvlak aanwezig zijn voor een dergelijke vorm van 'naming en shaming'. Maar uiteindelijk hebben alle partijen in de branche baat bij een effectieve regulering van hun contractuele afspraken.

LITERATUUR

Barendrecht & Kamminga 2004

Barendrecht, M., & P. Kamminga, 'Toegang tot recht: de lasten van een uitweg', bijlage bij RMO-advies 32, *Toegang tot recht*, Tilburg, augustus 2004.

Bernstein 2001

Bernstein, L., 'Private commercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms, and institutions', in: *Michigan Law Review*, jrg. 99, no. 7, 2001, p. 1724-1790.

Blankenburg 1994

Blankenburg, E., 'The infrastructure for avoiding civil litigation: comparing cultures of legal behavior in the Netherlands and West Germany', in: *Law & Society Review*, vol. 28 no. 4, 1994.

Bolt & Lensing 1993

Bolt, A.T. & J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, no. 48, 1993.

Van Boom 2006

Boom, W. van, *Efficacious enforcement in contract and tort*, Den Haag: BJu 2006.

Braithwaite 1989

Braithwaite, J., *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press 1989.

Van de Bunt 1992

Bunt, H.G. van de, *Organisatiecriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

Charny 1990

Charny, D., 'Nonlegal sanctions in commercial relationships', in: *Harvard Law Review*, vol. 104, 1990.

Van Dam 2001

Dam, M. van, *Verkeersongevallen*, Den Haag: BJu 2001.

Van Dunné 2001

Dunné, J.M. van, *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Ellickson 1991

Ellickson, R.C., *Order without law, How neighbors settle disputes*, Cambridge: Harvard University Press 1991.

Van Erp & Brandsen 2006

Erp, J.G. van, & T. Brandsen, 'Maatschappelijke controle als reguleringsmechanisme, Groene stroom zonder wettelijke dwang?', in: B. Dorbeck-Jung & M. Oude Vrielink-van Heffen, *Op weg naar bruikbare regulering, themanummer Recht der Werkelijkheid*, 2006.

Van Erp & Klein Haarhuis 2006

Erp, J.G. van, & C.M. Klein Haarhuis, *De filterwerking van buitengerechtelijke procedures, een verkennend onderzoek*, WODC-cahier 2006-06.

Faure 2001

Faure, M., 'A selection of empirical socio-economic research with respect to the functioning of legal rules and institutions in Belgium and the Netherlands', in: *European Journal of Law and Economics*, 11:3, 2001, p. 207-248.

Griffiths 1996

Griffiths, J., 'Inleiding bij het werk van Macaulay', in: *De sociale werking van recht, een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

Gunningham, Kagan & Thornton 2005

Gunningham, N., R.A. Kagan & D. Thornton, 'General Deterrence and Corporate Environmental Behavior', in: *Law and Policy*, vol. 27, no. 2, 2005.

Hartlief 2007

Hartlief, T., 'Gij zult handhaven!', in: *Nederlands JuristenBlad*, nr. 15, 2007.

Hertogh 2005

Hertogh, M., 'Van naleving naar beleving van regels. Bouwwereld en Bouwfraude vanuit een rechtssociologisch perspectief', in: Barkhuysen, T., W. den Oudsten & J. Polak, *Recht realiseren, Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 51-68.

De Hoon 2005

Hoon, M. de, *Conflictbeheersing bij opzegging*, Den Haag: BJu 2005.

Jettinghof 2001

Jettinghof, A., *Het komt zelden voor, Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven* (diss. Maastricht), 2001.

Johnston 2001

Johnston, J.S., 'Should the Law Ignore Commercial Norms? A Comment on the Bernstein Conjecture and Its Relevance for Contract Law Theory and Reform', in: *Michigan Law Review*, Vol. 99, No. 7, 2001.

Kagan & Scholz 1984

Kagan, R.A. & J.T. Scholz, 'The "Criminology of the Corporation" and Regulatory Enforcement Strategies', in: Hawkins, K., and J.M. Thomas (eds.), *Enforcing Regulation*, Boston; Kluwer 1984.

Kamann, Snijders, Tazelaar & Welling 2006

Kamann, D.F., C. Snijders, F. Tazelaar & D. Welling, 'The ties that bind: buyer-supplier relations in the construction industry', in: *Journal of purchasing and supply management*, 12, 2006.

Kroeze 2005

Kroeze, M.J., *Bange Bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005.

Lanier & Henry 2004

Lanier, M.M., & S. Henry, *Essential criminology*, Boulder: Westview Press 2004.

Laverman 2007

Laverman, W., 'Verrassende winnaars in 4e Reputatie Monitor', in: *Building Business*, november 2007.

Lee & Ermann 2002

Lee, M.T., & M.D. Ermann, 'Pinto Madness, Flaws in the Generally Accepted Landmark Narrative', in: Ermann, M.D., & R.J. Lundmann, *Corporate and Governmental Deviance, Problems of organizational behavior in contemporary society*, New York 2002.

Lindenbergh 1998

Lindenbergh, S., *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998.

Macauley 1963

Macauley, S., 'Non-contractual relations in business: a preliminary study', in: *American Sociological Review*, 28, 1963, p. 55-67.

May 2004

May, P., 'Compliance Motivations, Affirmative and Negative Bases', in: *Law & Society Review*, vol. 38, no. 1, 2004.

Misztal 1996

Misztal, B.A., *Trust in modern societies: the search for the bases of social order*, Cambridge: Polity Press 1996.

Nagin 1998

Nagin, D.S., 'Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-first Century', in: *Crime and Justice*, no. 23, 1998.

Posner 2000

Posner, E., *Law and Social Norms*, Cambridge: Harvard University Press 2000.

Richman 2006

Richman, B.D., 'How community institutions create economic advantage: jewish diamond merchants in New York', in: *Law & Social Inquiry*, vol. 31 no. 2, spring 2006.

Rooks 2002

Rooks, G., *Contract en conflict, strategisch management van inkooptransacties* (diss. UU), Utrecht 2002.

Simpson 2002

Simpson, S.S., *Corporate Crime, Law, and Social Control*. New York: Cambridge University Press 2002.

Spier 2003

Spier, J., 'Doel en functie van het aansprakelijkheidsrecht', in: Spier, J. T. Hartlief, G. van Maanen & R. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003.

Verheij 2002

Verheij, A.J., *Vergoeding van immateriele schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Visscher 2005

Visscher, L.T., *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. EUR), Rotterdam 2005.

HOOFDSTUK 8

ATTRIBUTIE, JURIDISCHE CAUSALITEIT EN PREVENTIEVE WERKING

Over causaliteitstoerekening vanuit psychologisch perspectief en de mogelijke gevolgen daarvan voor (de preventieve werking van) het aansprakelijkheidsrecht

*I. Giesen*¹

SAMENVATTING

Het doel van deze bijdrage is te inventariseren in hoeverre privaatrechtelijke regels inzake causale toerekening aansluiten bij hoe mensen zich werkelijk gedragen, gegeven het bestaan van attributie als psychologisch fenomeen. Welke gedragspresumpties gaan er schuil achter de regels uit het BW en klopt dat beeld in het licht van wat er uit de psychologie bekend is over causale relaties? Zo nee, in hoeverre zijn beide concepten dan alsnog passend te maken? De conclusie luidt dat beide concepten niet zonder meer passend zijn. Derhalve is het nodig om bij beslissingen over causaliteitsvragen rekening te houden met de lessen uit de attributietheorie. Naast enkele specifieke aanwijzingen voor verbeteringen, blijkt in meer algemene zin dat langer nadenken over juridische vragen, tot betere antwoorden zal leiden. Een nog algemenere les is dat de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht (ten dele) niet te bereiken lijkt te zijn omdat attributiemechanismen (waardoor personen bepaalde gebeurtenissen vooral extern toeschrijven) daaraan in de weg staan.

¹ Ivo Giesen is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht, en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof's-Hertogenbosch. Met dank aan Esther Engelhard, Laura Klaming, Fred van Raay en mijn mede-redacteurs voor het kritisch meelezen en aan Lonneke Stevens voor de geboden inspiratie.

1 INTRODUCTIE

1.1 *Inleiding: vragen uit het recht en antwoorden uit de psychologie?*

Het aansprakelijkheidsrecht is gebouwd rondom de centrale begrippen onrechtmatigheid, relativiteit, causaliteit en schuld. De dader dient onrechtmatig te handelen, en wel jegens een specifieke ander. Bovendien moet hij door dat gedrag de schade veroorzaakt hebben en moet hem daarvan een verwijt te maken zijn (tenzij hij het risico toebedeeld krijgt). Bij die beide laatste vereisten (oorzaak en verwijt) gaat het om vormen van toerekening of – zoals psychologen plegen te zeggen – attributie. De beoordeling daarvan stelt de jurist nog altijd voor vraagtekens omdat er weinig ‘harde’ toepassingscriteria voorhanden zijn. De rechter wikt en weegt op grond van de omstandigheden zoals die zich voordoen. Of daarbij bepaalde gedragspresumpties een rol spelen, is nauwelijks bekend, maar dat lijkt voor de hand te liggen.

In de (cognitieve) psychologie is attributie (voor nu: gebeurtenissen toeschrijven aan oorzaken, causale relaties leggen) een bekend en veel onderzocht fenomeen. Personen zijn bijvoorbeeld geneigd om de oorzaak van een gebeurtenis in eerste instantie bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie) te onderschatten.² Bij het nadenken over hoe een ongeval en schade ontstaan is, kan dat allicht van invloed zijn. En zo rijst de vraag: zijn er in de psychologie lessen te leren en antwoorden te vinden die de jurist verder kunnen helpen?³ Wellicht blijkt dat de juristen van bepaalde presumpties uitgaan, ten onrechte of niet, en dat bepaalde gedragseffecten te verwachten zijn. Het doel van deze bijdrage is derhalve te inventariseren of attributie als psychologisch fenomeen aansluit of past bij de notie van causale toerekening in juridische zin, en zo nee, in hoeverre beide concepten dan alsnog passend te maken zijn.

Ik wil hierna dus onderzoeken in hoeverre privaatrechtelijke regels inzake causale toerekening aansluiten bij hoe mensen zich werkelijk gedragen, gegeven het bestaan van de notie van attributie. Welke gedragspresumpties (van de wetgever en rechter) gaan er eventueel schuil achter de regels uit het BW? Klopt dat beeld in het licht van wat er uit de psychologie bekend is over causale relaties? Anders gezegd: klopt de juridische dogmatiek met de psychologische ‘regels’ inzake menselijke attributie? Zo nee, wat is het gevolg daarvan, bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van preventie?

² Zie nader par. 3.2.

³ Dat de (cognitieve) psychologie interessant kan zijn voor juristen en wat daaronder dan wordt verstaan, heb ik eerder uitvoerig beschreven, zie Giesen 2005a, p. 17-24. Ik sla die stap nu over. Het navolgende vormt overigens de uitwerking van een suggestie op p. 45 (noot 124) van mijn rede.

De achterliggende, meer algemene vraag die in deze bijdrage aan de orde is, is zodoende uiteindelijk deze: hoe zou het aansprakelijkheidsrecht moeten omgaan met de resultaten die in de psychologie bereikt zijn inzake attributie? Sluiten de presumpties en beoogde effecten van de wetgever aan bij de werkelijkheid? Zo nee, hoe erg is dat? Mijn vertrekpunt bij die laatste vraag is dat als het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht niet aansluiten bij de gebruikelijke ‘attributieve noties’ van de justitiabele, er ten minste een probleem zou kunnen zijn.

1.2 Verdere opzet en plan van aanpak

Ik richt mij in deze bijdrage, vanuit juridisch perspectief beschouwd, op de causaliteitsvraag, waarbij ik vooral de toerekening naar redelijkheid (TNR) in ogenschouw neem. Ik ga dus niet nader in op de juridische vraag naar verwijtbaarheid (schuld, ‘*blame*’), hoewel ook dat thema onder attributie (vanuit de psychologie bezien, tenminste) te scharen is.⁴ Dat tweede thema is wat mij betreft namelijk minder interessant omdat de eis van verwijtbaarheid in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW in het hedendaagse onrechtmatigedaadsrecht nog slechts een beperkte rol vervult naast de daarvan te onderscheiden eis dat er in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid (lid 2) gehandeld moet zijn.⁵ Uiteraard betekent zulks wel dat beide begrippen, die psychologisch als een geheel kunnen worden gezien, voor de omslag naar het juridische uit elkaar gehaald moeten worden. Theorieën inzake de attributie van ‘*blame*’, waarin zowel ‘*causality*’ als ‘*responsibility*’ verweven worden, zal ik dus onbesproken laten.⁶

Het eerste thema (causaliteit) is vooral daarom interessant omdat uit psychologisch onderzoek⁷ is gebleken dat mensen bij attributie (zie par. 3.1) geneigd zijn de oorzaak van een gebeurtenis bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie) te onderschatten. Deze ‘fundamentele attributiefout’⁸ (waarover par. 3.2) lijkt van belang voor de omgang met causaliteitsvragen in het aansprakelijkheidsrecht. Deze ‘fout’ zou immers kunnen leiden tot verkeerde ideeën over hoe de dingen gelopen zijn en dus tot verkeerde beslissingen (door rechters of door partijen tijdens schikkingsonderhandelingen) inzake aansprakelijkheid en schadevergoeding. Zeker in het licht van de juridische opkomst van de proportionele aanspra-

4 Zoals ook door De Hoon gedaan is in haar bijdrage aan deze bundel, maar dan voor het contractenrecht. Het thema ‘attributie’ wordt dus ook wel behandeld onder de noemer ‘schuld’, zo ook bij Van Koppen & Hessing 2002, p. 25 e.v.

5 Zie bijv. Verheij 2005, p. 48. In die richting ook Asser-Hartkamp 2006, nr. 77. In het contractenrecht speelt de verwijtbaarheid nog altijd een (te) belangrijke rol, aldus De Hoon in haar bijdrage aan deze bundel.

6 Zie bijv. Shaver 1985. Vgl. bijv. ook nog De Hoon in haar bijdrage aan deze bundel; Mantler et al 2003, p. 142-152; Baarendrecht 2004, p. 55-56, en Hans & Dee 2002-2003, p. 1093-1094.

7 Zie bijv. Vonk c.s. 2003, p. 23-25 en p. 77 e.v.

8 Zie voor nu alvast Plous 1993, p. 180 e.v.

kelijkheid⁹ wordt het van steeds groter belang dat de diverse causale bijdragen aan de schade, voor zover afgrensbaar, juist worden bepaald en ingevuld.

Aan de andere kant is ook voorstelbaar dat vanuit de gedachte van TNR juist bewust afstand genomen wordt van wat werkelijk (psychologisch) toerekenbaar is, zodat de attributiefout als het ware 'goedgekeurd' of in elk geval geaccepteerd wordt door het juridische systeem, omdat de zo bereikte uitkomst wenselijk is (op normatieve gronden). Dezelfde vragen en denklijnen gelden voor de zogenoemde '*defensieve attributie*', het verschijnsel dat mensen meer verantwoordelijkheid toeschrijven aan een ander als dat gedrag tot ernstiger gevolgen leidt. Ook dat zal in het onderzoek betrokken worden (par. 3.3), net als de '*actor-observer difference*' en de '*self-serving bias*' (par. 3.4 en 3.5). De beschouwingen in paragraaf 3 zijn geschreven vanuit het perspectief van 'gewone' personen, en niet met de civiele rechter in het achterhoofd.

Voorafgaand aan deze beschouwingen vanuit de psychologie zal ik kort het juridisch kader inzake (zowel het 'condicio sine qua non' (CSQN)-verband als) de TNR schetsen (par. 2.1) en bezien welke gedragspresumpties en beoogde gedragseffecten daaraan eventueel ten grondslag liggen (par. 2.2). In paragraaf 4 zal ik vervolgens de verkregen resultaten uit paragraaf 3 terugkoppelen naar het juridische speelveld: hoe verloopt de aansluiting tussen het juridische en het psychologische? Het perspectief in die paragraaf is dat van de civiele rechter. De gevolgen van een en ander zet ik aldaar op een rij en ik zal bespreken wat er eventueel gedaan kan worden om de aansluiting te versoepelen. Vervolgens zal ik specifiek ingaan op de gevolgen van de psychologische 'uitkomsten' voor de beoogde gedragseffecten van de juridische causaliteitsregels (par. 5). De vraag of die effecten worden bereikt, wordt deels ontkenkend beantwoord en bezien wordt dan ook hoe dat te verklaren valt. Dat leidt tot een algemene gedachte over (het ontbreken van) de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. In paragraaf 6 volgt een korte afronding.

2 HET JURIDISCHE KADER GESCHETST

2.1 Causaliteit: regels inzake CSQN en TNR

Als een persoon een ander met succes aansprakelijk wil stellen, is naast een onrechtmatige handeling in enge zin ook vereist dat de handeling in kwestie in causaal verband staat met de schade. De beoordeling van die causaliteitsvraag wordt vervolgens in tweeën gesplitst. Eerst beoordelen wij de feitelijke causaliteit; bestaat er feitelijk een verband tussen handeling en schade? Het betreft hier de vraag naar de vestiging van aansprake-

⁹ HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Karamus/Nefalit).

lijkheid. Vervolgens komt de secundaire causaliteit aan bod, dat wil zeggen de (normatieve) toerekening van de schade aan de veroorzakende gebeurtenis.

Ten eerste de feitelijke causaliteit ofwel de *condicio sine qua non*-vraag. Daarbij wordt gevraagd: zou de schade ook zijn ingetreden indien er wel correct zou zijn gehandeld? Is dat het geval, dan zou correct handelen de schade niet voorkomen hebben en ontbreekt het CSQN-verband zoals vereist op basis van artikel 6:162 BW. Is dat niet het geval, dan zou anders (rechtmatig) handelen de schade wel voorkomen hebben, althans niet veroorzaakt hebben, en bestaat dus wel het vereiste verband tussen handeling en schade.¹⁰ Het gaat hierbij dus in eerste instantie om een bewijsvraag: welke feiten kunnen bewezen worden?¹¹

De toerekening van de schade aan de schadeveroorzakende gebeurtenis, de secundaire causaliteit, geschiedt vervolgens op basis van artikel 6:98 BW.¹² Een algemene uitspraak over hoe de via dat artikel beoogde weging uitpakt, is niet bij voorbaat te geven. De daarbij door de wetgever gebruikte (niet-limitatieve) canon van relevante omstandigheden en factoren dient steeds opnieuw afgewogen te worden door de rechter die de betreffende zaak voor zich heeft. Deze zal vervolgens tot een (grotendeels normatieve) keuze komen. Ik stip hier slechts de belangrijkste elementen uit die afweging aan.

Wellicht praktisch het meest van invloed is de factor *aard van de schade*. Als wij te maken hebben met zuivere vermogensschade, zal de toerekening minder ruim zijn (minder schadeposten omvatten) dan in het geval waarin het om letselschade gaat. Binnen de afweging van artikel 6:98 BW dient echter ook de *aard van de aansprakelijkheid* meegevoegd te worden. Meestal gaat het dan om de vraag of de aansprakelijkheid in kwestie een schuld- of risicoaansprakelijkheid is, een eigen of andermans daad betreft, dan wel een contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid is. Naarmate de schuld aan het gebeuren groter is, is toerekening in ruimere mate mogelijk. Dat betekent dat ook de *mate van verwijtbaarheid* relevant is. Ook de *aard van de geschonden norm* (verkeers- of veiligheidsnorm, dan wel een reguliere zorgplicht) kan de reikwijdte van de toerekening bepalen. Tevens kan de *voorzienbaarheid van de schade* een (beperkte) rol spelen bij de toerekening (hoe beter voorzienbaar, hoe beter toerekening te rechtvaardigen is), net als het feit dat het gevolg wellicht verder of minder *ver verwijderd* is van de onrechtmatige daad (de gebeurtenis).¹³ Gevolg van een en ander is dat er hier uiteindelijk weinig vooraf met zekerheid gezegd kan worden, al was het maar omdat de af te wegen factoren elkaar ook ten dele kunnen tegenspreken.

10 Daarover bijv. Asser-Hartkamp 2004, nr. 426; Verheij 2005, p. 27-28.

11 Zie over dergelijke bewijsvragen en de problemen daarbij bijv. ook Wagner 2006, p. 281 e.v., en Schulz 2006, p. 327 e.v.

12 Asser-Hartkamp 2004, nr. 433 e.v.; Verheij 2005, p. 28-29 en p. 69 e.v.

13 Over het voorgaande Asser-Hartkamp 2004, nr. 433-435, en Verheij 2005, p. 70-72.

Ook zonder verdere analyse van deze twee grondgedachten over causaliteit, zal duidelijk zijn dat hoewel het eerste verband vooral een bewijskwestie lijkt te zijn (wat deed zich feitelijk voor?), er ook daar normatieve beslissingen genomen worden (bijvoorbeeld over wat wel of niet bewezen kan worden geacht) waarbij de beslisser onder invloed kan staan van psychologische invloeden en vooroordelen ('bias'). De tweede causaliteitsvraag is echter normatiever van aard (welke schade(omvang) reken ik nog toe?) en vergt een heel directe eigen afweging door de rechter, een afweging, en dus een beslissing, die nog sterker beïnvloed zal (kunnen) worden door alle psychologische valkuilen die eenieder daarbij zou (kunnen) tegenkomen.

2.2 Gedragspresumpties en gedragseffecten?

Alvorens wij aan die mogelijke valkuilen toekomen, is het logisch om eerst nog te bezien of en in hoeverre de wetgever bij het opstellen van deze causaliteitsregels wellicht uit is gegaan van bepaalde presumpties over menselijk gedrag. Ook is het interessant te bekijken of men bepaalde gedragseffecten van deze regels heeft verwacht, en zo ja, welke. Immers, als dat het geval zou zijn, zou de terugkoppeling (in par. 4) tussen het juridische en het psychologische wellicht eenvoudiger zijn.

Helaas blijkt dat de wetsgeschiedenis ons op dit punt niet verder helpt. Voor zover de wetgever al bepaalde presumpties of effecten in gedachten had, zijn die niet op schrift gesteld, voor zover ik heb kunnen achterhalen. Uiteraard is dat vrij logisch als men zich bedenkt dat deze wetgeving en de toelichting het werk zijn geweest van gespecialiseerde civilisten. Helemaal verloren zijn wij daarmee nog niet, want het is wel mogelijk om de algemene gedragspresumpties en beoogde gedragseffecten van het aansprakelijkheidsrecht als zodanig tot uitgangspunt te nemen, aangezien dergelijke uitgangspunten dan waarschijnlijk ook voor de causaliteit opgeld zullen doen. Echter, of op dat vlak de wetgever wél het achterste van zijn tong heeft willen laten zien, valt ook te betwijfelen. En inderdaad, opnieuw valt uit de wetgevingsstukken niets te putten.

Heeft de wetgever dan in het geheel geen gedachten gehad over wat er met het aansprakelijkheidsrecht bereikt zou kunnen of moeten worden? Zo erg is het niet, maar die wetgever heeft het niet opgeschreven. Een algemeen erkend uitgangspunt van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is echter, daar kunnen wij in het navolgende ook van uitgaan, dat regels van aansprakelijkheidsrecht beogen om een midden te vinden tussen de behoefte aan veiligheid (voor de benadeelde) enerzijds en de behoefte aan handelingsvrijheid (voor de aangesprokene). Tegenwoordig krijgt het veiligheidsaspect daarbij meer nadruk.¹⁴ Net een niveau concreter leidt dit tot de brede erkenning

14 Zie bijvoorbeeld Verheij 2005, p. 16, en Van Dam 2000, nr. 001; Asser-Hartkamp 2006, nr. 12.

van ten minste twee functies van aansprakelijkheidsrecht: ten eerste compensatie, dat wil zeggen een vergoeding bieden als een ander onjuist, onzorgvuldig handelde, en ten tweede, waar mogelijk, preventie (voorkomen) van onzorgvuldig gedrag door dergelijk gedrag te sanctioneren.¹⁵

Vanuit die functies verder redenerend, is het niet al te lastig om als een gedragspresumptie die ten grondslag zou kunnen liggen aan het aansprakelijkheidsrecht in zijn algemeenheid, te aanvaarden dat de afdwingbare plicht om schadevergoeding te betalen bij onzorgvuldig handelen (compensatie), de actor ertoe zal bewegen dergelijk onzorgvuldig (en dus onrechtmatig) gedrag te vermijden. De wetgever gaat er dus van uit (hij veronderstelt zulks) dat schadelijk gedrag omzeild wordt vanwege de sanctie die erop staat. Door zich vervolgens daadwerkelijk zo te gedragen wordt meteen ook de schade als zodanig voorkomen (preventie), en dat is dan het beoogde gedragseffect dat aan het aansprakelijkheidsrecht in zijn algemeenheid verbonden wordt. In welke mate dat effect zich in werkelijkheid ook voordoet (of de regels van het aansprakelijkheidsrecht werkelijk preventief werken), staat overigens ter discussie.¹⁶ Ik kom daar nog op terug (par. 5).

Dat alles als vertrekpunt hanterend, kan vervolgens vastgesteld worden dat de regels inzake causaliteit van dit grotere geheel een belangrijk deel vormen en dat dus veilig gesteld kan worden dat dezelfde gedragspresumpties en -effecten ook op dat niveau een rol zullen spelen. En dus wordt het tijd te bezien in hoeverre een en ander past bij wat de (cognitieve) psychologie ons leert over oorzakelijke verbanden.

3 PSYCHOLOGISCHE INZICHTEN

3.1 Diverse attributietheorieën

Dat deel van de psychologie dat zich bezighoudt met de attributietheorie, in de breedste zin van het woord, *'is concerned with the attempts of ordinary people to understand the causes and implications of the events they witness.'*¹⁷ Men is *'seeking to discover why an event has occurred.'*¹⁸ Het betreft in wezen niet één attributietheorie, maar veeleer een aantal verwante theorieën die beschrijven hoe mensen oorzaken toeschrijven aan gebeurtenissen of gedragingen.¹⁹ Een gebeurtenis kan dan een ongeval zijn, maar ook

15 Zie Verheij 2005, p. 16-17, alwaar ook nog andere, maar minder algemeen erkende functies genoemd worden. Die laat ik hier verder rusten.

16 In zijn algemeenheid daarover Van Boom 2006, p. 287 e.v., en Engelhard 2003, p. 213-222.

17 Ross & Anderson 1982, p. 129. Het navolgende is overigens een zeer beknopte weergave van slechts een deel van de theorievorming over dit thema.

18 Weiner 1986, p. 292. Zie ook Van Koppen & Hessing 2002, p. 27.

19 Zo bijv. McArthur 1972, p. 171. Attributie is op zich slechts een deel van het menselijke 'information-processing system', vgl. Hamilton 1988, p. 359 e.v.

een opmerking van iemand anders of het resultaat van bepaald gedrag.²⁰ Het kan daarbij om gedragingen van de actor zelf gaan of om het gedrag van een ander, zo is gebleken.²¹ Deze zoektocht naar antwoorden inzake de mogelijke oorzaken voor gebeurtenissen of gedragingen is weliswaar nodig, maar wordt niet in alle gevallen door iedereen op gelijke wijze ingezet, want dat zou te veel (cognitieve) moeite kosten. In plaats daarvan zoekt men verklaringen als zich een onverwachte uitkomst aandient, als een wens niet vervuld is en wanneer de uitkomst van groot belang is. De mens doet dit, zo wordt gezegd, om verrassingen en onzekerheid tegen te gaan en te bestrijden. Ook wil men zo bereiken dat bepaalde doelen de volgende keer wel gehaald worden, men wil dus leren.²²

De grondlegger van de attributietheorie, *Heider* onderscheidde drie mogelijke oorzaken of eigenlijk drie soorten factoren als mogelijke oorzaken voor bepaalde gebeurtenissen. Ten eerste 'het zelf', dat wil zeggen de persoon die het gedrag uitvoerde; ten tweede iemand anders, en ten derde toeval of 'het lot'.²³ De eerste factor dient binnen deze theorie onderscheiden te worden van de tweede en derde factor. *Persoonsattributie* (het toeschrijven aan de persoon van de actor), ook wel interne attributie genoemd, wordt derhalve gesteld tegenover externe attributie of *situationele attributie* (het toeschrijven aan factoren buiten de actor, hetzij een ander persoon hetzij de situatie).²⁴ Een volgend belangrijk onderdeel van de theorie betreft de stabiliteit van een oorzaak. Geldt deze tijdelijk of permanent? Een permanente of stabiele oorzaak, zoals iemands persoonlijkheidskenmerken, staat ons immers toe om gedrag te voorspellen. Dat biedt houvast.²⁵ Onder andere door *Kelley* is voortgebouwd op het werk van Heider, en is de attributietheorie verder geformaliseerd.²⁶ Kelley onderscheidt drie attributiedimensies en drie bronnen van informatie die aan elk gerelateerd zijn. Er is consistentie-informatie, verwijzend naar het gedrag van de actor op andere momenten of ten aanzien van een andere modaliteit, er is consensus-informatie, over het gedrag van andere actoren,²⁷ en er is distinctiviteits-informatie, verwijzend naar de objecten (entiteiten) ten opzichte waarvan

20 Vonk c.s. 2003, p. 23 en p. 78.

21 Zie Vonk c.s. 2003, p. 97 en 117; Nisbett et al 1982, p. 103.

22 Zie Weiner 1986, p. 292-293. Vgl. ook Vonk c.s. 2007, p. 210-212, alsmede en vooral Vonk c.s. 2003, p. 117: attributie geschiedt als iemand belangrijk is, er iets negatiefs gebeurt of als iemand iets onverwachts doet.

23 Vonk c.s. 2003, p. 23 en p. 78.

24 Vonk c.s. 2003, p. 78; Van Koppen & Hessing 2002, p. 28.

25 Zie nader Van Koppen & Hessing 2002, p. 28, alsmede Vonk c.s. 2007, p. 208-212. Intern of extern attribueren hangt dus bijvoorbeeld ook ervan af of een goed persoon ook goed handelt (consistent gedrag, interne attributie) of juist slecht handelt (inconsistent; extern), Regan et al 1974, p. 385-397.

26 Zie daarover Nisbett et al 1982, p. 101, en Shaver 1985, p. 50 e.v. Plous 1993, p. 174, geeft Kelley een nog belangrijker stek in de ontwikkeling van 'attribution theory'.

27 Inmiddels is er meer en meer bewijs boven tafel gekomen dat consensus-informatie (wat doen anderen?) weinig of geen invloed heeft op het toeschrijven van oorzaken, zie Nisbett et al 1982, p. 102-103; Vonk c.s. 2003, p. 133, en Plous 1993, p. 176-178. Dit heeft waarschijnlijk te maken met het 'false-consensus-effect', de veronderstelling dat een ander onder gelijke omstandigheden op dezelfde manier reageert als de waarnemer (Vonc c.s. 2003, p. 133).

het gedrag wordt vertoond.²⁸ Het toeschrijven van een oorzaak aan iets of iemand hangt af van deze informatie. Een persoons-attributie betekent in dit geval dat de oorzaak van het gedrag bij de actor zelf ligt, een entiteits-attributie legt de oorzaak bij het object (hetgeen ook een gebeurtenis kan zijn). Beide voorgaande vormen zijn ook te combineren, maar ook toeval kan bepalend zijn geweest (omstandigheden-attributie).²⁹

Attributietheorie behandelt dus de verwerking van sociale informatie door de mens. Het is een normatieve theorie die zegt wat wij zouden moeten doen als rationeel handelende personen.³⁰ Er is echter, zoals gezegd, geen tijd om altijd conform de theorie te attribueren. Soms willen wij dat ook niet. Ook ontbreekt het ons geregeld aan informatie. Ter compensatie daarvan maken wij dan ook gebruik van bestaande kennis en van bestaande vuistregels, uit ervaring opgebouwd en opgeslagen als causale schema's.³¹ Zo is er het 'multiple sufficient causes' schema dat stelt dat als er meerdere oorzaken denkbaar zijn, soms één oorzaak al als voldoende verklaring wordt gezien. Nadeel daarvan is echter dat er daarbij vertekeningen optreden, 'fouten' worden gemaakt. Zo kan een andere oorzakelijke factor binnen dat schema ten onrechte genegeerd worden, omdat er al een oorzaak bekend is, het zogenoemde 'discounting'-principe.³²

Dit is een van vele voorbeelden van wat attributiefouten genoemd kunnen worden. Deze kunnen grote gevolgen hebben.³³ In het navolgende komt een aantal van die vertekeningen (steeds vanuit het perspectief van een reguliere persoon, en nog niet vanuit dat van bijvoorbeeld een rechter) dan ook uitvoeriger aan de orde.

3.2 De fundamentele attributiefout

De 'fundamental attribution error' is een vertekening die te maken heeft met een ander (ook psychologisch) fenomeen: 'saliënce'. 'Saliënce' is het vermogen om aandacht te trekken, en de meer 'salient factors', de factoren die meer aandacht opeisen, worden typischerwijs gezien als meer causaal betrokken. Iemands perceptie van causaliteit is

28 Vonk c.s. 2003, p. 88-89; Plous 1993, p. 174; Nisbett et al 1982, p. 101; Van Koppen & Hessing 2002, p. 28. Dit alles is onderdeel van Kelley's covariatiemodet of ANOVA-principe, vgl. ook nog Vonk c.s. 2007, p. 209-211. Ik laat dat hier verder onbesproken; het is voor dit artikel niet nodig hierover nader uit te wijden.

29 Zie Vonk c.s. 2003, p. 90-93; Plous 1993, p. 174-175.

30 Zoals gezegd, het gaat hier om een verzameling van theorieën. Ik bespreek hier bijv. niet de prestatie-attributietheorie van Weiner, zie bijv. Weiner 1986 en Vonk c.s. 2003, p. 97 e.v., en de zelfwaarnemingstheorie van Bem (zie Vonk c.s. 2003, p. 107 e.v.).

31 Vonk c.s. 2003, p. 94-95. Zie hierover ook Van Koppen & Hessing 2002, p. 25-27.

32 Vonk c.s. 2003, p. 95; Ross & Anderson 1982, p. 132.

33 Van Koppen & Hessing 2002, p. 29.

dus ook afhankelijk van waar zijn aandacht heen gaat in een bepaalde context en die aandacht wordt dan weer bepaald door hoe ‘*salient*’ een factor (of een persoon) is.³⁴

Als wij daarvan uitgaan en daaraan koppelen dat in een sociale omgeving het gedrag, en dus de actor, de meeste aandacht trekt van een waarnemer, is het een kleine stap te bedenken dat deze focus op de actor ertoe leiden zal dat de toeschouwer het gedrag te veel zal toeschrijven aan ‘*dispositional factors*’ (dispositionele factoren), persoonskenmerken zoals mogelijkheden en motieven (interne attributie), en te weinig aan situationele factoren (externe attributie). Wij zijn derhalve geneigd de oorzaak van een gebeurtenis bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie) te onderschatten.³⁵ Omdat die neiging zo enorm groot bleek, en de attributie vaak zo onjuist, sprak men over de fundamentele attributiefout en niet over een reguliere ‘*bias*’. In vervolgonderzoek is deze fout (ook wel de correspondentievertekening genoemd)³⁶ steeds weer aangetoond; zelfs als proefpersonen nadere uitleg krijgen, worden de persoonskenmerken toch weer naar voren gehaald om gedrag te voorspellen, en wordt dezelfde fout gemaakt.³⁷ Dat betekent overigens niet dat niet ook betoogd is dat deze ‘*error*’ niet zou bestaan of ten minste niet fundamenteel zou zijn.³⁸

De correspondentievertekening treedt mede hierom vaak op omdat het lastig is een attributie te maken die recht doet aan de invloed van de situatie. Wij moeten *weten* in welke situatie de actor zich bevindt, wij moeten *verwachtingen* koesteren over hoe mensen zich dan gedragen, wij moeten het gedrag *identificeren* en dat gedrag eventueel ook nog *corrigeren* na een vergelijking met wat anderen zouden doen. En op al die vlakken kan het mis gaan. En stevig ook. Bezien wij bijvoorbeeld de derde stap iets nader, dan blijkt dat zelfs als wij weten hoe de situatie is en onze verwachtingen kloppen, ons oordeel kan afwijken, bijvoorbeeld doordat wij het gedrag dat wij verwachten veel sterker waarnemen dan het feitelijk is, met als gevolg dat wij de reactie dan wellicht ‘te’ vinden, overdreven achten. Goed inzicht leidt dan (alsnog) tot een vertekening, een extreme gevolgtrekking.³⁹

34 Plous 1993, p. 178-180, verwijzend o.a. naar Taylor & Fiske 1975, p. 439-445, en Ross & Anderson 1982, p. 138-139. Over ‘aandacht’ ook nog Vonk c.s. 2003, p. 135-136, en Giesen 2005a, p. 65-67.

35 Plous 1993, p. 180; Van Koppen & Hessing 2002, p. 29-30; Vonk c.s. 2003, p. 124; Ross & Anderson 1982, p. 135. Mischien verklaart dit ook (ten dele) de neiging om in bepaalde gevallen te denken in termen van primaire (hoofdverantwoordelijke) en secundaire daders, zoals bij falend toezicht (daarover nader Giesen 2005b, m.n. p. 37-40).

36 Daarnaast is er nog de ‘*ultimate attribution error*’ die handelt over etnische vooroordelen, zie Pettigrew 1979, p. 461-476. Ik ga daar nu niet nader op in.

37 Zie Plous 1993, p. 180-181; Vonk c.s. 2003, p. 124, en Van Koppen & Hessing 2002, p. 29. Zie ook nog Tetlock 1985, m.n. p. 228 en Vonk c.s. 2007, p. 44 en 203-207.

38 Zie bijv. Harvey et al 1981, p. 346-349 en in reactie daarop Reeder 1982, p. 341-344.

39 Zie uitvoeriger Vonk c.s. 2003, p. 124-128.

3.3 'Defensive attribution'

Een volgend fenomeen dat gerelateerd is aan attributietheorie is de zogenoemde defensieve attributie, het verschijnsel dat mensen meer verantwoordelijkheid toeschrijven aan een ander (de dader of het slachtoffer) als het gedrag tot ernstiger gevolgen leidt.⁴⁰ Het betreft hier een defensieve vertekening omdat men zichzelf beschermt tegen de moeilijk verdraagbare gedachte dat negatieve gebeurtenissen met ernstige gevolgen door toeval tot stand komen, zodat die ook jezelf kunnen overkomen zonder dat je daarover controle hebt. Door de oorzaak alsnog bij een ander persoon te leggen, wordt de gebeurtenis iets dat kan worden vermeden.⁴¹ De 'bias' dient dus het eigen welzijn en komt voort uit individuele motieven.⁴²

Vervolgens is deze 'bias' nader onderzocht. Zo werd ontdekt dat deze bias moeilijk te bevestigen was dus modificeerde men deze als volgt: wanneer een waarnemer een oordeel velt over de verantwoordelijkheid van een ander, kan de attributie verstoord raken als de waarnemer en actor sterk op elkaar lijken en de actor in een situatie zit die de waarnemer ook zou kunnen meemaken. Zowel de gelijkheid tussen de actor en de waarnemer, als de ernst van de uitkomst draagt dus aan defensieve attributie bij.⁴³

Voor wat betreft de gelijkheid tussen actor en waarnemer: als de waarnemer in de toekomst in dezelfde situatie zal (kunnen) geraken als de actor, dan zal die gelijkheid zich voordoen. Vervolgens zal de waarnemer trachten de persoonlijke gelijkheid te ontkennen. Lukt dat niet, dan volgen andere strategieën, zoals attributie aan toeval, en daarmee dus niet aan de persoon die weinig verschilt van de waarnemer zelf, of minimalisatie van de gevolgen ervan. Zo wordt ervoor gezorgd dat de waarnemer zelf straks geen schuld zal (kunnen) hebben aan een eventueel toekomstig ongeval waarbij hij zelf betrokken is.⁴⁴

Als echter de waarnemer géén gelijkenis ziet, en hij zichzelf dus niet als potentiële toekomstige dader ziet, maar eerder als een slachtoffer, dan zal deze de gebeurtenis niet aan toeval willen toeschrijven.⁴⁵ Ten opzichte van de persoon met wie men een zekere gelijkenis heeft, is men derhalve milder dan ten opzichte van iemand die niet die gelijkenis vertoont. Vervolgens is ook bevestigd dat als de ondervraagde gelijkenis vertoont

40 Zie Vonk c.s. 2003, p. 139; Vgl. ook Hans & Dee 2002-2003, p. 1103 e.v. en Barendrecht 2004, p. 55-56.

41 In die zin lijkt deze theorie op de zogenoemde '*just world hypothesis*' waarover o.a. Van Koppen & Hessing 2002, p. 33 e.v.

42 Vonk c.s. 2003, p. 139; Burger 1981, p. 497-498 en p. 510, alsmede Stewart 2005, p. 682. Dit verklaart ook waarom slachtoffers van verkrachting vaak de verantwoordelijkheid bij zichzelf zoeken, want zelf verantwoordelijk zijn betekent dat de gebeurtenis (in de toekomst) vermijdbaar is, zie het overzicht bij Burger 1981, p. 497.

43 Burger 1981, p. 498; Stewart 2005, p. 682. Zie (voor whiplashgevallen) Hans & Dee 2002-2003, p. 1103.

44 Burger 1981, p. 498.

45 Burger 1981, p. 498-499.

met de actor en de situatie gelijk is, de attributie aan die actor minder zal zijn, temeer nog als de gevolgen erger zijn.⁴⁶ Als er echter geen situationele en persoonlijke gelijkenis is, wordt er juist meer verantwoordelijkheid toegeschreven aan de actor als de ernst van de gevolgen groter is (de oorspronkelijke these van defensieve attributie).⁴⁷ De gedachte is, nogmaals, dat als toeval geen rol speelt, de ernstige gebeurtenis vermijdbaar, en dus controleerbaar is.

3.4 'Actor-observer differences'

Het voorgaande ging nog over de attributie door iemand die de actor waarneemt. Die situatie kan en moet onderscheiden worden van de gevallen waarin attributie door de actor zelf ter discussie staat. Immers, de waarnemer focust op de actor (die is 'salient', zie par. 3.2), maar de actor zelf zal zich niet daarop kunnen richten; deze focust (dus) op de situatie zoals die zich voordoet. Omdat de actor zelf vooral zijn omgeving zal waarnemen – die is immers voor hem 'salient' – zal deze persoon vervolgens zijn eigen gedrag juist te sterk attribueren aan die omgeving (te veel externe attributie dus). Dat verschil tussen de attributie van eigen gedrag en het gedrag van anderen, heet dan het 'actor-observer'-verschil.⁴⁸ De verklaring hiervoor schuilt in de verschillen in waarneming en in het gegeven dat de actor meer informatie heeft over zijn eigen situatie die anders benut kan worden.⁴⁹

De oorzaak van dit verschil in perceptie ligt waarschijnlijk bij het al (in par. 3.2) genoemde besef van (wetenschap over) de situatie; de waarnemer ziet de handelende persoon, de actor zelf ziet de omgeving, zodat het perspectief letterlijk verschilt. Als men die posities aanpast, bijvoorbeeld doordat de actor zichzelf in de spiegel kan zien of doordat de waarnemer geacht wordt zich in te leven in de actor (empathie op te bouwen), vermindert ook het verschil in attributie.⁵⁰ Nu echter recent het bestaan van deze 'actor-observer'-vertekening als zodanig principieel ter discussie is gesteld, dient ook deze 'aanpassing' voorzichtig gehanteerd te worden.⁵¹

46 Men gaat dan zelfs het slachtoffer verantwoordelijk houden, vgl. Hans & Dee 2002-2003, p. 1105.

47 Hans & Dee 2002-2003, p. 1106.

48 Zie hierover vooral Jones & Nisbett 1971, vooral p. 15; Nisbett et al 1973, p. 154-164; Watson 1982, p. 682-700 en verder o.a. Vonk c.s. 2007, p. 207-208; Vonk c.s. 2003, p. 131-132; Van Koppen & Hessing 2002, p. 29 en p. 30; Plous 1993, p. 181.

49 Zie bijv. Watson 1982, p. 683.

50 Vonk c.s. 2003, p. 132, en uitvoeriger Jones & Nisbett 1971, p. 5 e.v., en p. 9-10, alsmede bijv. Storms 1973; Regan & Totten 1975 en Galper 1976.

51 Zie Malle 2006, m.n. p. 907.

3.5 'Self-serving bias'

'People are more likely to make self-attributions for positive than for negative outcomes.' Aldus de 'self-serving bias'.⁵² Een succes wordt vooral en eerder toegeschreven aan interne factoren (zoals iemands 'ability' en 'effort'), terwijl een falen wordt geattribueerd aan externe factoren zoals de moeilijkheid van de taak, fouten van een ander en pech. Op deze wijze zal iemand zijn zelfvertrouwen en eigendunk op peil houden. Die persoon heeft daar dus belang bij.⁵³

Deze 'bias' bestaat zodoende dus uit twee componenten. Ten eerste 'self-defence': de mens zoekt de oorzaak voor negatieve gebeurtenissen (falen) niet bij zichzelf. Ten tweede is er 'self-enhancement': de oorzaak van positieve uitkomsten (succes) wordt wel bij zichzelf gevonden.⁵⁴ Deze vertekening treedt overigens niet op als de ander iemand is met wie men een band voelt, men wil dan het positieve beeld van de ander in stand houden.⁵⁵

Het bestaan van deze 'bias' is echter fel bestreden en de strijd daarover is nog niet ten einde gevoerd.⁵⁶ Wij moeten dus ook hier voorzichtig zijn. Bovendien mogen wij niet vergeten dat (ook) deze 'fout' ook begrijpelijk en functioneel is. Het steeds weer toeschrijven van fouten aan jezelf en succes aan externe factoren, zou immers verlamdend werken. Dan komt iemand tot helemaal niets meer op de lange duur.⁵⁷

3.6 Tussenconclusie

Er zijn meer vertekeningen of fouten te beschrijven die met attributie van doen hebben, zoals bijvoorbeeld de 'egocentric bias': een persoon accepteert meer verantwoordelijkheid voor een gezamenlijke uitkomst dan de overige deelnemers aan deze persoon toeschrijven.⁵⁸ Denk echter ook aan 'augmentation' (versterking), het omgekeerde van het eerder al genoemde 'discounting principle'.⁵⁹ Daarbij wordt een faciliterende oorzaak voor bepaald gedrag (een oorzaak die de gedraging makkelijker maakt) als sterker gezien als er ook een remmende factor aanwezig is. Als je ondanks het ermee gepaard gaande

52 Plous 1993, p. 185; Vonk c.s. 2003, p. 137. Zie ook nog Vonk c.s. 2007, p. 131-134.

53 Zie Weiner 1986, p. 300 en Vonk c.s. 2003, p. 137.

54 Spiegelbeeldig aan dit intern attribueren van eigen succes en het extern attribueren van eigen falen, wordt succes van een ander juist extern en falen van een ander juist intern (aan die ander) toegeedeeld.

55 Vonk c.s. 2003, p. 137.

56 Zie daarover Ross & Anderson 1982, p. 133-135 en bijv. Duval & Silvia 2002, m.n. p. 49 en p. 57 (vooral de attributie bij een falen blijft onduidelijk).

57 Vonk c.s. 2003, p. 137-138 en p. 141.

58 Plous 1993, p. 185-186. Dat gebeurt ook voor onwenselijke (negatieve) uitkomsten, zoals het veroorzaken van een echtelijke ruzie.

59 Vonk c.s. 2003, p. 96-97; Vgl. ook Shaver 1985, p. 54-56 en Van Koppen & Hessing 2002, p. 27. Bij 'discounting' wordt de rol van een oorzakelijke factor kleiner ingeschat als er andere faciliterende oorzaken aanwezig zijn.

verlies aan weelde toch een echtscheiding doorzet, dan moet het wel zo zijn dat je het thuis echt niet meer kan volhouden.⁶⁰ Verder noem ik slechts het ‘positivity effect’,⁶¹ de manier waarop wij met nieuwe informatie omgaan en de wijze waarop wij stereotypen benutten,⁶² alsmede de recent geclaimde ‘sexual attribution bias’.⁶³ Ik ga daar verder aan voorbij omdat het voorgaande al genoeg stof tot overdenking biedt. Welke van die al besproken vertekeningen of ‘biases’ is van invloed of zou van invloed kunnen zijn op (onze manier van omgang met) het recht, in het bijzonder de beslissingen die genomen worden bij causaliteitsvragen, en op welke wijze dan? En als die invloed er is, kunnen wij of moeten wij er dan iets aan doen, en zo ja, wat dan?

4 TERUG NAAR DE JURIDISCHE AFWEGING

4.1 *Beslissen over causaliteit*

Nu zowel de juridische als de psychologische kijk op het thema ‘toeschrijven van oorzaken’, geschetst is, rijst de vraag hoe goed of slecht de aansluiting tussen de juridische en de psychologische wereld verzorgd is. Omdat met deze bijdrage in eerste instantie een juridische beschouwing over causaliteitsvragen beoogd is, verdicht die vraag zich naar wat de jurist – waarbij ik hierna met name uitga van het perspectief van de civiele rechter of van dat van de justitiabele – zou kunnen leren door het nieuw aangeboden perspectief ter harte te nemen.

Welnu, rechters hakken knopen door; het zijn mensen die beslissingen nemen en moeten nemen. En voordien al vragen de advocaten van de partijen, al procederend of nog schikkend, zich af wat de rechter waarschijnlijk zal gaan beslissen; om dat te doen verplaatsen ze zich in die rechterlijke afweging. Bestaat er wel voldoende (bewijs voor) *condicio sine qua non*-verband of niet? Komt schadepost ‘zus-en-zo’ wel of niet voor vergoeding in aanmerking? Enzovoort.

Mogelijke verstorende effecten of vertekeningen (‘biases’), van welke aard of soort dan ook, op beslissingen van mensen in zijn algemeenheid zijn daarmee ook ten zeerste relevant voor rechters en voordien al de betrokken advocaten. Deze ‘biases’ zouden, om tot juiste oordelen te kunnen komen, zo veel mogelijk uitgesloten moeten worden of ten minste verdisconteerd moeten worden in die zin dat men weet en er rekening mee houdt dat fouten gemaakt (kunnen) worden. Zo is bijvoorbeeld, los van de hier

60 Vonk c.s. 2003, p. 96-97. Of, maar dan veel speculatiever: als een toezichthouder als secundaire dader onvoldoende toezicht hield en er wordt schade geleden na een handeling van een ander, de primaire dader, dan moet die handeling wel heel sterk bepalend (heel causaal in de onderlinge weging tussen beide daders) voor de schade zijn geweest.

61 Plous 1993, p. 186.

62 Van Koppen & Hessing 2002, p. 31-32.

63 Fösterling et al 2007, p. 775-788.

besproken attributietheorieën, gebleken uit Amerikaans onderzoek dat juridische leken die als juryleden dienen, minder snel tot aansprakelijkheid besluiten als de causale keten tussen ongeval en schade complexer is, meerdere ketens omvat, of wanneer er meer tijd verstrijkt tussen het gedrag en de schade, terwijl die factoren juridisch irrelevant zijn.⁶⁴ Uiteraard moet deze wijsheid ook door de Nederlandse rechter in acht genomen worden als deze een causale keten beoordeelt.

De ‘fouten’ van rechters en anderen die gerelateerd zijn aan de attributie van oorzaken aan personen of gebeurtenissen, zijn in dit verband eens te meer relevant omdat het privaatrecht bol staat van oordelen over causale relaties. Niet alleen in het tot nu toe centraal gestelde aansprakelijkheidsrecht als het om de vraag naar schadevergoeding gaat, maar ook daarbuiten, als bijvoorbeeld een beroep op dwaling ex artikel 6:228 BW gedaan wordt, of als de schijn van volmachtverlening wordt ingeroepen en de vraag rijst of er sprake is van een toedoen van de achterman (art. 3:61 lid 2 BW), wordt de rechter gevraagd causale relaties bloot te leggen en te beoordelen.

De wijze waarop mensen attribueren, zoals hiervoor beschreven, zou ons moeten inscherpen dat rechters (en advocaten) als zij causale relaties beoordelen, regelmatig de fout kunnen en waarschijnlijk zullen ingaan. Let wel, dit is zeker geen verwijt aan de rechterlijke macht of de advocatuur, het betekent alleen dat rechters en advocaten menselijk en feilbaar zijn. Zulks betekent echter niet dat wij het daarbij kunnen of moeten laten. Wij zullen van die attributiefouten moeten leren, waar mogelijk.

4.2 Aanwijzingen voor verbeterde regels of regeltoepassing?

4.2.1 Inleiding

Wat wij aan dit soort fouten moeten en kunnen doen, is eenvoudig het volgende.⁶⁵ Wij zullen moeten trachten de ‘biases’ uit te schakelen of in elk geval verminderen; wij moeten aan ‘debiasing’ doen. En daarbij dienen wij dan tevens te bezien of daartoe eventueel andere of betere juridische regels nodig zijn dan de huidige. Daarbij richt ik mij in eerste instantie op de regels inzake causaliteit, maar soms zullen daarbij ook het (procesrechtelijke) systeem, andere leerstukken of andere regels betrokken zijn of moeten worden.

4.2.2 ‘Debiasing’ de fundamentele attributiefout

De fundamentele attributiefout, de neiging om de oorzaak van een gebeurtenis bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie) te onderschatten, zal er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat bij beoordelingen

⁶⁴ Zie Johnson & Drobny 1985, p. 283 e.v.

⁶⁵ De vraag of vervolgens de wetgever of de rechter zou moeten optreden, laat ik hier rusten. Volgens Rachlinski 2006, p. 159 e.v., hangt zulks steeds van de omstandigheden af.

van causale relaties de beslisser, de rechter, een waarnemer, vooral naar de persoon die handelde zal kijken en dat de doorslag zal laten geven, en niet naar de situatie. En dat kan nogal een verschil maken: lag het aan de eigenschappen van de persoon of aan de omgeving?⁶⁶

Deze fundamentele ‘fout’ kunnen wij echter omzeilen door goed te letten op ‘consensus-informatie’ (wat doen anderen?). In een dergelijk geval (als iedereen hetzelfde doet) is immers een verklaring die gebaseerd is op de kenmerken van de individuele, handelende persoon niet erg waarschijnlijk. Bovendien moeten wij ook op zoek gaan naar verborgen oorzaken, oorzaken die niet op de voorgrond staan, die niet ‘salient’ zijn.⁶⁷ Dat laatste gebeurt bijvoorbeeld als de waarnemer denkt dat de handelende persoon verborgen motieven heeft. Wij gaan in dergelijke gevallen beter nadenken over het gedrag en dan wordt de vertekening minder scherp. Dat is ook het geval als wij ons concentreren op de situatie en niet op de persoon, maar dat kan dan wel weer doorschieten de andere kant op.⁶⁸

Het focussen op en nadenken over de zaak in zijn geheel, zowel de situatie als de actoren, kan mijns inziens worden gestimuleerd door in te bouwen dat de rechterlijke aandacht verspreid wordt, door dus te stimuleren dat andere mogelijke oorzaken ook een plek krijgen. Precies dat is wat mijns inziens te bereiken is (omdat men dan inderdaad meerdere oorzaken in ogenschouw neemt) door technisch-juridisch gezien uit te gaan van de leer van de proportionele aansprakelijkheid zoals dat op het terrein van de asbestaansprakelijkheid tegenwoordig ook al geschiedt.⁶⁹ Daarmee worden immers alle in dat geval bekende mogelijke causale bijdragen (zowel blootstelling aan gevaarlijke stoffen als asbest, maar ook roken en de bekende omgevingsfactoren en omgevingsrisico’s, enz.) noodzakelijkerwijs, omdat ze deel uitmaken van die wegging, in de afweging betrokken zodat de aandacht verspreid moet worden over meerdere oorzaken die elk een plek moeten krijgen. De rechter zal dus grondig moeten nadenken over de causale wegging van al die factoren en dat voorkomt of verkleint allicht attributiefouten.⁷⁰

Los van dit – toegegeven – nogal speculatieve idee, geldt hier nog het volgende. De rechter die causale verbanden beoordeelt, zal moeten trachten om verder te kijken dan zijn neus lang is om de situatie en niet alleen de persoon te bezien. Dat civiele procedures veelal

66 Zo ook Plous 1993, p. 183.

67 Plous 1993, p. 187 en p. 188.

68 Vonk c.s. 2003, p. 128-130; Vonk c.s. 2007, p. 206; Harvey et al. 1981, p. 347.

69 Zie HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Karamus/Nefalit) en de vele commentaren daarop, steeds met vele verwijzingen naar eerdere studies over het fenomeen van de proportionele aansprakelijkheid. Uiteraard krijgen ‘andere mogelijke oorzaken’ ook een plek als bijvoorbeeld beslist moet worden over de verdeling van de draagplicht tussen meerdere hoofdelijk aansprakelijke partijen en soortgelijke gevallen.

70 Een additionele valkuil is dan wel nog dat de rechter bij de afweging op grond van de artikel 6:98, 101 en 102 BW ook de mate van schuld mag betrekken. Zie hierna.

schriftelijk afgewikkeld worden, en in elk geval in eerste instantie op papier 'kleur' krijgen, kan daarbij een voordeel zijn, omdat de actor zelf minder de aandacht van de waarnemer (de rechter) zal trekken via dat papier. Dat maakt wellicht een 'betere' (minder extreme) afweging van het geheel mogelijk. Lukt dat niet en krijgen de dispositionele factoren toch te veel gewicht,⁷¹ dan kan zich dat manifesteren in een ten onrechte aannemen van een te grote mate van verwijtbaarheid – één van de toerekeningsfactoren – met een te ruime toerekening in de zin van artikel 6:98 BW als mogelijk gevolg. Hiermee is overigens niet gezegd dat deze regel onjuist is – er valt voldoende te zeggen voor de gedachte om strenger te zijn als iemand meer te verwijten valt – maar wel dat de toepassing ervan in de gaten moet worden gehouden.

Ook voor zover er over eigen schuld gesproken wordt, kan dit alles doorwerken, want bij die beoordeling worden immers op grond van artikel 6:101 BW de causale bijdragen van beide partijen (dader en slachtoffer) tegen elkaar afgewogen – hetgeen mis kan gaan als de actor te veel aandacht krijgt. Daarna kan die juridische causaliteitsweging nog 'gecorrigeerd' worden door op de mate van verwijtbaarheid te letten. Ook dat is dus een valkuil. Wat hierbij zeker niet helpt, is dat de Hoge Raad de lagere rechter een ruime beslissingsmarge heeft gegeven, gekoppeld aan zeer beperkte motiveringseisen omdat het hier een intuïtieve afweging zou betreffen.⁷² Dit gebrek aan noodzaak om de uitkomst werkelijk te motiveren, zal in elk geval niet tot meer nadenken en langduriger afwegen leiden, en juist dat zou vanuit psychologisch oogpunt wenselijk zijn. Beter nadenken kan de fundamentele attributiefout reduceren, en de (vooraf bekende) noodzaak van het moeten afleggen van verantwoording (uitleggen of verklaren van een gemaakte keuze), zo is gebleken, kan deze voorkomen.⁷³ De motivering maakt de gemaakte keuze immers transparant. Omdat deze gedachte tegelijk met zich brengt dat de motivering aan een hoge(re) standaard zal moeten voldoen, lijkt hier een correctie van dat deel van de huidige jurisprudentiële lijn in de rede te liggen. Dat zou alleen anders zijn wanneer de rechterlijke macht geen of veel minder attributiefouten zou maken, maar er bestaan

71 Dat kan bijvoorbeeld gebeuren doordat de civiele rechter de partijen meestal maar een enkele maal daadwerkelijk ziet, bij comparitie dan wel bij pleidooi, vgl. art. 134 jo. 131 Rv. Er is dus weinig ervaring met deze partijen en dus ook weinig informatie, waarna het attribueren fout gaat, vgl. Van Koppen & Hessing 2002, p. 29.

72 Zie Asser-Hartkamp 2004, nr. 452a, en o.a. HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214 (Chan-a-Hung/Maalsté), r.o.v. 3.7.4.

73 Zie over dat laatste vooral Tetclock 1985, m.n. p. 232 en p. 233. Als iemand genoopt wordt om verantwoording over een keuze af te leggen, vermindert dat de attributiefout. Dat is vooral het geval als tevoren bekend is dat zulks nodig is. Rechters weten, uiteraard, alvorens zij tot hun beslissing komen dat op enig moment een motivering nodig is (vgl. art. 30 Rv).

mijns inziens geen aanwijzingen om zulks te veronderstellen.⁷⁴ Nader onderzoek inzake die specifieke kwestie zou echter gewenst zijn.

4.2.3 *Omgaan met de gecodificeerde defensieve attributie 'bias'*

De 'bias' van defensieve attributie kan in stelsels waarin er nog juryrechtspraak bestaat, benut (om niet te zeggen: misbruikt) worden door ervoor te zorgen en te benadrukken dat de juryleden en de eisende partij bij bijvoorbeeld een verkeersongeval veel gelijkenis vertonen. Een jury van vroegere verkeersslachtoffers is in een dergelijk geval nastrevenswaardig voor het slachtoffer in die zaak. Die juryleden zullen hun vroegere ongeluk niet aan zichzelf toeschrijven en dus ook niet dit ongeval aan dit slachtoffer.⁷⁵ Voor de tegenstrever en de maatschappij als geheel ligt het met die 'wenselijkheid' qua jury-opbouw uiteraard anders.

Ons Nederlandse systeem met beroepsrechters werkt echter niet op deze wijze. Hier zal ervoor gewaakt moeten worden dat er geen 'vereenzelviging' plaatsvindt tussen een procespartij en de rechter (uit hetzelfde milieu, dezelfde maatschappelijke achtergrond?), waardoor die rechter wellicht milder wordt ten opzichte van die partij als het om diens causale bijdrage gaat. De rechter moet onpartijdig en onafhankelijk zijn, zeggen wij dan, en daarom zijn er waarborgen opgenomen in het systeem. Mijn inschatting is overigens dat ook door de veelal verplichte tussenkomst van advocaten aan beide zijden veel onheil voorkomen wordt. Immers, de rechters kunnen en zullen ten opzichte van beide advocaten een zekere gelijkheid ervaren (dezelfde studie, op zijn minst), zodat enig effect daarvan 'gedeeld' wordt door beide partijen.

Daarnaast en vooral zal de rechter echter moeten oppassen in die (schijnbaar veilige) situaties waarin er geen situationele en persoonlijke gelijkenis is tussen hemzelf en de procespartijen. Immers, de in dergelijke gevallen waarschijnlijk als eenvoudigweg aanwezig veronderstelde onbevangenheid van de rechter, is dan niet zonder meer present. In die gevallen wordt er immers meer verantwoordelijkheid toegeschreven aan de actor als de ernst van de gevolgen groter is, zodat de kans bestaat dat de causale gevolgen van een onzorgvuldige handeling dan te zeer (te ruim toegerekend) aan de laedens worden toegeschreven als het inderdaad een serieuze onzorgvuldigheid met serieuze gevolgen betreft.

In wezen is dat overigens precies wat geaccordeerd is door de Nederlandse wetgeving en rechtspraak. Daarin is immers toegestaan dat de toerekening van schade en schadeposten

74 Immers, rechters (en advocaten) nemen beslissingen in onzekerheid en daarbij worden nu eenmaal fouten gemaakt, omdat ook zij onder invloed van diverse 'biases' staan, vgl. Giesen 2005a, p. 92, n. 290. Zie nog over dit thema in breder verband Van Koppen & De Keijser 2002, p. 801 e.v., alsmede Wagenaar & Crombag 2002, p. 835 e.v. Echter, harde cijfers die aantonen dat Nederlandse civiele rechters als specifieke groep inderdaad (veel) attributiefouten maken, ken ik ook niet.

75 Hans & Dee 2002-2003, p. 1115-1117.

aan de aansprakelijk persoon afhankelijk is van de aard van de schade, waarbij die toerekening dan ruimer mag geschieden als er letselschade is (letsel wordt als een ernstiger gevolg gezien, hetgeen tot ruime toerekening noopt, zie par. 2.1). Ruimer toerekenen mag naar geldend recht dus ook als de daadwerkelijke oorzaak verder dezelfde is als bij een vergelijkbare gebeurtenis zonder letsel.⁷⁶ ‘*Defensive attribution*’ is zodoende als het ware gecodificeerd in ons aansprakelijkheidsrecht. Op indirecte wijze wordt dat effect vervolgens nog versterkt door de regel inzake de ruime toerekening van schade bij de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, omdat het daarbij ook om letselschade en dus ernstige gevolgen gaat. Opnieuw wordt de rechter dus uitgenodigd om inzake het toeschrijven van oorzaken aan gedragingen een vertekening te benutten.

Let wel. De huidige regels inzake toerekening zijn (ook hier) daarmee niet opeens onjuist, want vanuit normatieve overwegingen (bijvoorbeeld: harder ‘straffen’ bij ernstiger gevolgen; het beginsel van volledige schadevergoeding) kunnen deze regels zeer wel geïndiceerd en rechtvaardig zijn. Ik spreek mij dus verder ook niet uit voor of tegen de juistheid van die (overigens op juridische vlak breed gedragen) regels. Wel wil ik opwerpen om, gegeven het voorgaande, bij de concrete toepassing van die regels met extra voorzichtigheid te werk te gaan, en zo nu en dan de vraag te stellen of de toerekening niet té ver gaat. Gelukkig is ook dat een van de factoren binnen de afweging van artikel 6:98 BW.

4.2.4 Actor en waarnemer: empathische rechters

Zoals besproken, bestaat er een verschil in attributie afhankelijk van de vraag of het om het gedrag van een ander of het gedrag van de actor zelf gaat. Als nu een waarnemer (ten dele) de positie van de actor inneemt, doordat deze zich verplaatst in die ander (ofwel: empathie toont), dan verdwijnt het verschil in attributie. Het gedrag van de ander, de actor, wordt dan door de waarnemer vaker toegeschreven aan de omgeving (externe attributie, net zoals de actor dat zelf zou doen) dan het geval is bij attributie van het gedrag van een reguliere ander, iemand die men gewoon observeert.⁷⁷ De fundamentele attributiefout wordt daarmee dus ingeperkt.⁷⁸

Ook dit kan voor de juridische beoordeling van belang zijn. Immers, zo blijkt, als de waarnemer (lees: de rechter) zich moet of wil en kan inleven, en er dus empathie is, zal deze meer oog hebben voor de omgeving als causale factor. Dat verkleint de vertekening van de fundamentele attributiefout (het gedrag te veel toeschrijven aan persoonskenmerken,

76 Denk bijv. aan twee gevallen waarin het door een ruit schoppen van een bal door spelende jongens in het eerste geval tot letsel leidt en in het tweede geval niet. De toerekening is dan ruimer in het eerste geval terwijl er qua causale relatie (oorzaak en gevolg) in wezen hetzelfde geschiedt.

77 Zie par. 3.4; Regan & Totten 1975, en Vonk c.s. 2003, p. 132.

78 Men moet overigens voorzichtig zijn bij het koppelen van beide vertekeningen, aldus Malle 2006, p. 896.

dispositionele factoren). Op het eerste gezicht leidt dat wellicht tot een evenwichtiger beoordeling van ieders causale bijdrage. Dat de rechter zich tot op zekere hoogte zal inleven in de situatie van de aangesprokene, kan derhalve geen kwaad, zo lijkt het. Ook hier (vgl. al par. 4.2.2) geldt dan weer dat er daardoor, naar het zich laat aanzien, beter, langer en meer zal worden nagedacht. Empathische rechters lijken dus evenwichtiger te oordelen.⁷⁹

4.2.5 De 'self-serving bias' en de acceptatie van negatieve uitkomsten

Ook de hiervoor besproken 'self-serving bias' heeft in potentie gevolgen die kunnen doorwerken op juridisch vlak. Immers, de toerekening van een schade of schadepost aan de dader zal door die dader niet steeds voldoende begrepen worden. Ten gevolge van deze vertekening zal deze dader een negatieve uitkomst van bepaald handelen (schade) namelijk niet snel aan zichzelf toeschrijven. Hij zal die uitkomst dan ook op zijn best moeizaam accepteren omdat die niet strookt met zijn eigen beeld.⁸⁰

De civiele rechter kan die 'acceptatie' door de aangesprokene uiteraard afdwingen, in die zin dat deze een executorialle titel verstrekt aan de wederpartij via zijn vonnis, maar deze 'bias' zal waarschijnlijk wel voordien al de onderhandelingen over de afwikkeling bemoeilijkt hebben.⁸¹ Bovendien kan deze 'bias' er na die rechterlijke uitspraak toe leiden dat de aangesprokene eerder hoger beroep zal willen instellen.

Deze fout tegen kunnen gaan, zou gezien het voorgaande prettig zijn – meer buitengerechtig afwikkelen en minder hoger beroep bespaart de partijen kosten⁸² en de rechterlijke macht veel werk – maar is erg lastig. 'Debiasing' kan op zich wel, omdat de 'self-serving bias' minder sterk is als er een band bestaat met de ander, maar in het aansprakelijkheidsrecht is juist dat nu typisch niet het geval. Mensen kennen elkaar niet voordat het ongeval ze bijeenbrengt. Achteraf de partijen alsnog een band laten opbouwen, lijkt dan echter een verstandige zet. Dat zal de onderlinge acceptatie niet verslechteren en wellicht zelfs ten goede komen. Wellicht is dat ook de reden waarom mediation, indien eenmaal gestart, vaak goed uitpakt.

79 Over dat thema reeds eerder Giesen 2003, p. 39 e.v. (met reactie Kerkmeester op p. 45 e.v.). Hierbij verdient nog opmerking dat de rechter zich natuurlijk, en dat is meteen het lastige deel van zijn werk, niet te veel mag 'vereenzelvigen' met het slachtoffer, want dat kan er dan weer toe leiden dat de bijdrage van het slachtoffer juist te zeer onderschat wordt.

80 Daar komt dan nog bij dat door de 'actor-observer bias' (zie par. 3.4) tussen partijen een verschil van mening kan ontstaan over de interpretatie van een gebeurtenis zoals een verkeersongeval, vgl. Wilson et al. 1997, p. 710.

81 Uitvoerig daarover Babcock & Loewenstein 2000, p. 355 e.v.

82 Zie Babcock & Loewenstein 2000, p. 362. Eerdere ervaring met onderhandelingen doet de 'bias' niet teniet (p. 362-363 en p. 367).

4.3 Tussenconclusie

In het voorafgaande is voor een beperkt aantal situaties getoond hoe de eerder besproken attributiefouten zouden kunnen doorwerken op juridisch vlak en hoe daar vervolgens eventueel mee omgegaan zou kunnen (of moeten) worden. Daarmee is zeker niet het laatste woord gesproken. Naast dat alles had er bijvoorbeeld ook nog op gewezen kunnen worden dat personen in sterkere mate verantwoordelijk worden geacht als er sprake is van opzettelijk gedrag.⁸³ Die gedachte past op zichzelf erg goed in ons huidige causaliteitsdenken, waarbij de mate van verwijtbaarheid (opzet duidt op een grote mate van verwijtbaarheid) een rol speelt bij de toerekening in de zin van artikel 6:98 BW. Die subregel (het betreft hier een van de factoren in de causale toerekening) lijkt wat dat betreft dus prima in elkaar te steken, al schuilt er ook een mogelijk gevaar in dezelfde overweging (zie par. 4.2.2). Dat laatste is nog van belang: psychologie en rechtsregels op elkaar afstemmen is al niet eenvoudig, maar als er krachten (vertekeningen) tegendraads werken, wordt het nog lastiger. Het eventueel te behalen voordeel is echter van dien aard dat het de moeite waard is om wel een poging te doen.

5 HET EFFECT VAN ATTRIBUTIE OP HET BEOOGDE GEDRAGSEFFECT?

Alvorens deze bijdrage afgerond wordt, dient nog één algemeen punt aan de orde te komen. In paragraaf 2.2 kwam al aan bod dat het aansprakelijkheidsrecht (en dus de causaliteitsregels daarbinnen) beoogt om de potentiële dader te weerhouden van het schadelijk handelen teneinde zo de schade voor een ander te voorkomen. Ik ben er ook van uitgegaan dat die zogenoemde preventieve werking aanwezig is, tot op zekere hoogte tenminste. Uit de voorgaande psychologische beschouwing kan mijns inziens, naast het voorgaande, ook afgeleid worden dat de attributietheorie, de gedachten over hoe mensen oorzaken toeschrijven aan personen of gebeurtenissen, wezenlijk is voor de beantwoording van de vraag of dat beoogde gedragseffect van het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk wel kan bestaan en bestaat. Dat zit als volgt.

Als de actor (hier: de laedens, de aangesprokene) de oorzaak voor een bepaalde gebeurtenis (het schadeveroorzakende voorval) aan zichzelf toeschrijft, als hij deze gebeurtenis dus *intern* attribueert, en als hij dat doet met het (onbewuste) doel om te leren van eerdere ervaringen (dat is een van de redenen waarom personen attribueren, zie par. 3.1), dan zal, zo kan men mijns inziens concluderen, die actor in de toekomst voorzichtiger handelen (speciale preventie). En als hij dan vervolgens zijn verhaal vertelt aan zijn omgeving, zal dat vervolgens ook een zekere generieke preventieve werking kunnen hebben, zo veron-

⁸³ Vonk c.s. 2003, p. 88.

derstel ik.⁸⁴ Hoewel (en omdat) hier dus de wijze van attributie (intern) het leereffect en de preventie bepaalt, en het aansprakelijkheidsrecht daaraan dus niet bijdraagt (het heeft er in wezen ook niet direct iets mee van doen), kan in dit geval het beoogde gedragseffect van het aansprakelijkheidsrecht wel in potentie (doch langs andere weg) bereikt worden, omdat een leereffect op zich bereikbaar is.⁸⁵

Als echter de gebeurtenis door de actor wordt toegeschreven aan een andere persoon of de situatie ter plekke ten tijde van de gebeurtenis, bij *externe* attributie derhalve, zal de actor ook menen dat hij zelf 'vrijuit' gaat waar het om de schadeveroorzaking gaat en is er geen reden om zijn gedrag in de toekomst aan te passen, om voorzichtiger te handelen. Het beoogde gedragseffect zal zich dan niet manifesteren en daar zal het aansprakelijkheidsrecht vervolgens niets aan (kunnen) veranderen. Dat aansprakelijkheidsrecht werkt niet preventief, omdat (sterkere) attributiemechanismen het mogelijke leereffect bij voorbaat voorkomen of tenietdoen.

Koppelen wij dit alles aan de notie dat personen geneigd zijn om eerder aan een ander persoon (en niet aan zichzelf) te attribueren als het gedrag in kwestie ernstiger gevolgen heeft ('*defensive attribution*', par. 3.3) en vooral aan de gedachte dat een succes intern wordt geattribueerd terwijl een falen extern wordt geattribueerd (par. 3.5, de '*self-serving bias*'), dan ligt de conclusie voor de hand dat schadeveroorzakend gedrag – vaak gedrag met ernstige gevolgen en gedrag dat als falen bestempeld zal moeten worden – tot externe attributie zal leiden, en dus het beoogde gedragseffect zal missen. Men zal dus het eigen gedrag 'goedpraten' en er weinig of niets van willen opsteken.

Het belang van die conclusie is groot. De hier ontvouwde gedachte vormt mijns inziens een mogelijke verklaring voor het vaak geopperde ontbreken van preventieve werking als het om het aansprakelijkheidsrecht gaat. Wanneer mensen schadevoorvallen extern attribueren, hebben deze geen didactisch effect. Die attributie is te sterk; het aansprakelijkheidsrecht kan er niet tegenop.⁸⁶ Eerdere voorvallen leiden dus niet tot preventie van schade. De twijfel die er over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht bestaat, vindt hierin dus bevestiging. Overigens is hiermee natuurlijk niet de kwantitatieve omvang van het gebrek aan preventieve werking vastgesteld.

84 De empirische onderbouwing van die veronderstelling, zou echter onderzocht moeten worden.

85 Overigens is het lastig om hier harde(re) uitspraken te doen omdat de invloed van zogenoemde 'consensus-informatie' op de attributie niet evident is, zie par. 3.1, noot 26.

86 Dat is wellicht anders (maar ik speculeer in deze noot) indien de schadevergoeding die volgt op het onzorgvuldige gedrag, zo stevig is dat iemand er alsnog van leren zal (het aansprakelijkheidsrecht draagt dan dus bij aan het bewustzijn t.a.v. de attributiefout), maar waar dat punt bereikt wordt is onduidelijk, als het al haalbaar is. Gezien de bestaande mate van verzekeringsdekking en het feit dat de dader dus meestal niet direct zal voelen dat er betaald moet worden, is het 'alsnog leereffect' van het aansprakelijkheidsrecht m.i. erg klein te achten. Bovendien, als iemand extern attribueert en alsnog betalen moet, zal dat als een onterechte 'straf' voelen. Ook dat zal m.i. niet bijdragen aan het leermoment.

Deze verklaring wordt mijns inziens nog sterker als wij hierbij tevens betrekken het onderscheid dat in de literatuur regelmatig gemaakt wordt tussen preventieve werking voor zover het gaat om ‘one-shotters’, te weten de particulier, de consument die slechts sporadisch met het aansprakelijkheidsrecht in aanraking komt, of om ‘repeat players’, zoals ondernemingen die in hun beslissingen aansprakelijkheidsvragen meenemen.⁸⁷ In dat tweede geval wordt blijkens die literatuur meer waarde toegekend aan de afschrikkende werking van aansprakelijkheid. Dat beeld strookt in zoverre met het voorgaande dat verwacht mag worden dat de eerste groep (de ‘one-shotters’) meer extern zal attribueren omdat het dan om hun eigen persoonlijke gedrag gaat, en dus om iemands zelfbeeld, terwijl bij de tweede groep (de ‘geïnstitutionaliseerde’ gedaagden) de gemaakte fout binnen de organisatie eerder intern te attribueren valt omdat het niet een individueel persoon betreft die dan zichzelf onzeker maakt. De organisatie als geheel, de onderneming en niet een specifiek individu, neemt ‘de schuld’ op zich, wijst zichzelf als de oorzaak aan. Ook mag men verwachten dat die organisatie sowieso meer rationeel handelen zal en er meer aan gelegen zal zijn om te leren van fouten in het verleden, bijvoorbeeld ook om financiële redenen, zodat deze organisatie eerder dan een individu intern zal willen attribueren. Om geen misverstanden te laten bestaan, deze laatste verwachting is een verklaring die niet bevestigd wordt door separaat psychologisch onderzoek, althans niet voor zover ik heb kunnen nagaan, en dient dan ook in dat licht te worden gezien.

6 AFRONDING

Het doel van deze bijdrage was te inventariseren of attributie als psychologisch fenomeen past bij de notie van causale toerekening in juridische zin, en zo nee, in hoeverre beide concepten dan alsnog passend te maken zijn. De conclusie luidt dat beide concepten niet zonder meer passend zijn. Derhalve is het nodig om beslissingen over causaliteitsvragen voorzichtig te nemen, om daarbij te trachten rekening te houden met de lessen uit de attributietheorie. Naast diverse specifieke aanwijzingen voor verbeteringen, is in elk geval ook duidelijk geworden dat meer en langer nadenken over de juridische vragen als deze zich voordoen, tot betere antwoorden zal leiden.⁸⁸ Dat is een waardevolle les.

Een veel algemenere en ook niet onbelangrijke les uit het voorgaande is verder dat de veelbesproken preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht (ten dele) niet te bereiken lijkt te zijn omdat attributiemechanismen daaraan mogelijk in de weg staan waardoor personen bepaalde gebeurtenissen vooral extern toeschrijven. Dat heeft dan

⁸⁷ Zie vooral Van Boom 2006 alsmede Giesen 2005b, p. 148-149, met verdere verwijzingen.

⁸⁸ Vgl. ook Babcock & Loewenstein 2000, p. 362: ‘considering the opposite’ leidt tot ‘debiasing’.

weer tot gevolg dat de op zich aanwezige opvoedende waarde van het aansprakelijkheidsrecht niet volledig doordringen kan en geen of te weinig invloed zal uitoefenen.

Het bredere idee achter deze bijdrage lag besloten in de zeer algemene vraag hoe het aansprakelijkheidsrecht zou moeten omgaan met de resultaten die in de psychologie bereikt zijn. Ik meen dat het voorgaande opnieuw⁸⁹ heeft laten zien dat er zoveel te leren is uit psychologisch onderzoek dat de koppeling tussen beide terreinen vaker gelegd zou moeten worden. Daar wordt een jurist wellicht geen betere jurist van, maar daardoor wordt het (aansprakelijkheids)recht wel beter recht.

LITERATUUR

Asser-Hartkamp 2004

A.S. Hartkamp, C. Asser's *Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 4: Verbintenissenrecht I De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2004.

Asser-Hartkamp 2006

A.S. Hartkamp, C. Asser's *Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 4: Verbintenissenrecht III De verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2006.

Babcock & Loewenstein 2000

L. Babcock en G. Loewenstein, 'Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-serving Biases', in: C.R. Sunstein (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge UP: New York 2000, p. 355-373.

Barendrecht 2004

J.M. Barendrecht, 'Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat', in: W.H. van Boom, M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, BJu: Den Haag 2004, p. 55-87

Van Boom 2006

W.H. van Boom, 'Compensating and preventing damage: is there any future left for tort law?', in: *Festkrift till Bill W. Dufwa – Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa. Volume I*, Jure: Stockholm 2006, p. 287-293.

Burger 1981

J.M. Burger, 'Motivational Biases in the Attribution of Responsibility for an Accident: A Meta-Analysis of the Defensive-Attribution Hypothesis', *Psychological Bulletin* 1981, Vol. 90, no. 3, p. 496-512.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, BJu: Den Haag 2000.

Duval & Silvia 2002

Th.S. Duval en P.J. Silvia, 'Self-Awareness, Probability of Improvement, and the Self-Serving Bias', *Journal of Personality and Social Psychology* 2002, Vol. 82, no. 1, p. 49-61.

89 Zie reeds Giesen 2005a.

Engelhard 2003

E.F.D. Engelhard, *Regres*, Kluwer: Deventer 2003.

Fösterling et al 2007

F. Fösterling et al, 'Ability, Luck, and Looks: An Evolutionary Look at Achievement Ascriptions and the Sexual Attribution Bias', *Journal of Personality and Social Psychology* 2007, Vol. 92, no. 5, p. 775-788.

Galper 1976

R.E. Galper, 'Turning Observers into Actors: Differential Causal Attributions as a Function of "Empathy"', *Journal of Research in Personality* 1976, 10, p. 328-335.

Giesen 2003

I. Giesen, 'Rechtspraak is mensenwerk', *Recht der Werkelijkheid* 2003/1, p. 39-44.

Giesen 2005a

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

Giesen 2005b

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

Hamilton 1988

D.L. Hamilton, 'Causal attribution viewed from an information-processing perspective', in: D. Bar-Tal, A.W. Kruglanski, *The social psychology of knowledge*, Cambridge University Press: Cambridge 1988, p. 359-385.

Hans & Dee 2002-2003

V.P. Hans en J. Dee, 'Whiplash: Who's to Blame?', 68 *Brook. L. Rev.* 2002-2003, 1093, p. 1093-1094.

Harvey et al 1981

J.H. Harvey et al, 'How Fundamental is "The Fundamental Attribution Error"?', *Journal of Personality and Social Psychology* 1981, Vol. 40, no. 2, p. 346-349.

Jones & Nisbett 1971

E.E. Jones en R.E. Nisbett, *The Actor and the Observer: Divergent Perceptions on the Causes of Behavior*, General Learning Press: Morristown, NJ 1971.

Johnson & Drobny 1985

J.T. Johnson en J. Drobny, 'Proximity Biases in the Attribution of Civil Liability', *Journal of Personality and Social Psychology* 1985, Vol. 48, no. 2, p. 283-296.

Van Koppen & Hessing 2002

P.J. van Koppen en D.J. Hessing, 'De schuld krijgen', in: P.J. van Koppen (e.a.) (red.), *Het recht van binnen*, Kluwer: Deventer 2002, p. 25-40

Van Koppen & De Keijser 2002

P.J. van Koppen en J.W. de Keijser, 'Beslissende rechters', in: P.J. van Koppen (e.a.) (red.), *Het recht van binnen*, Kluwer: Deventer 2002, p. 801-812.

I. Giesen

Malle 2006

B.F. Malle, 'The Actor-Observer Asymmetry in Attribution: A (Surprising) Meta-Analysis', *Psychological Bulletin* 2006, Vol. 132, No. 6, p. 895-919.

Mantler et al. 2003

J. Mantler et al., 'Attributions for Serious Illness: Are Controllability, Responsibility, and Blame Different Constructs?', *Canadian Journal of Behavioural Science* 35:2, 2003, p. 142-152.

McArthur 1972

L.A. McArthur, 'The How and What of Why?', *Journal of Personality and Social Psychology* 1972, Vol. 22, No. 2, p. 171-193.

Nisbett et al. 1973

R.E. Nisbett et al., 'Behavior as Seen by the Actor and as Seen by the Observer', *Journal of Personality and Social Psychology* 1973, Vol. 27, No. 2, p. 154-164.

Nisbett et al. 1982

R.E. Nisbett et al., 'Popular induction: Information is not necessarily informative', in: D. Kahneman et al. (eds.), *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge University Press, Cambridge 1982 (reprint 2001), p. 101-116.

Pettigrew 1979

Th.F. Pettigrew, 'The Ultimate Attribution Error: Extending Allport's Cognitive Analysis of Prejudice', *Personality and Social Psychology Bulletin* 1979, Vol. 5, no. 4, p. 461-476.

Plous 1993

S. Plous, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, McGraw-Hill: New York 1993.

Rachlinski 2006

J.J. Rachlinski, 'Bottom-up versus Top-down Lawmaking', in: G. Gigerenzer, C. Engel, *Heuristics and the Law*, MIT Press: Cambridge 2006, p. 159-173.

Reeder 1982

G.D. Reeder, 'Let's Give the Fundamental Attribution Error Another Chance', *Journal of Personality and Social Psychology* 1982, Vol. 43, No. 2, p. 341-344.

Regan et al. 1974

D.T. Regan et al., 'Liking and the Attribution Process', *Journal of Experimental Social Psychology* 1974, 10, p. 385-397.

Regan & Totten 1975

D.T. Regan en J. Totten, 'Empathy and Attribution: Turning Observers into Actors', *Journal of Personality and Social Psychology* 1975, Vol. 32, No. 5, p. 850-856.

Ross & Anderson 1982

L. Ross en C.A. Anderson, 'Shortcomings in the attribution process: On the origins and maintenance of erroneous social assessments', in: D. Kahneman et al (eds.), *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge University Press, Cambridge 1982 (reprint 2001), p. 129-152.

Schulz 2006

J. Schulz, 'Rules of Evidence as Heuristics – Heuristics as Rules of Evidence', in: G. Gigerenzer, C. Engel, *Heuristics and the Law*, MIT Press: Cambridge 2006, p. 327-341.

Shaver 1985

K.G. Shaver, *The Attribution of Blame. Causality, Responsibility and Blameworthiness*, Springer: New York 1985.

Stewart 2005

A.E. Stewart, 'Attributions of responsibility for motor vehicle crashes', *Accident Analysis and Prevention* 37 (2005), p. 681-688.

Storms 1973

M.D. Storms, 'Videotape and the Attribution Process', *Journal of Personality and Social Psychology* 1973, Vol. 27, no. 2, p. 165-175.

Taylor & Fiske 1975

S.E. Taylor en S.T. Fiske, 'Points of View and Perceptions of Causality', *Journal of Personality and Social Psychology* 1975, Vol. 32, no. 3, p. 439-445.

Tetlock 1985

Ph.E. Tetlock, 'Accountability: A Social Check on the Fundamental Attribution Error', *Social Psychology Quarterly* 1985, Vol. 48, no. 3, p. 227-236.

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Monografieën Privaatrecht. Deel 4: Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005.

Vonk c.s. 2003

R. Vonk (red.), *Cognitieve sociale psychologie*, 2e druk, Lemma: Utrecht 2003.

Vonk c.s. 2007

R. Vonk (red.), *Sociale psychologie*, 2e druk, Wolters-Noordhoff: Groningen/Houten 2007.

Wagenaar & Crombag 2002

W.A. Wagenaar en H.F.M. Crombag, 'Ook rechters maken menselijke fouten', in: P.J. van Koppen (e.a.) (red.), *Het recht van binnen*, Kluwer: Deventer 2002, p. 835-853.

Wagner 2006

G. Wagner, 'Heuristics in Procedural Law', in: G. Gigerenzer, C. Engel, *Heuristics and the Law*, MIT Press: Cambridge 2006, p. 281-302.

Watson 1982

D. Watson, 'The Actor and the Observer: How are Their Perceptions of Causality Divergent?', *Psychological Bulletin* 1982, Vol. 92, no. 3, p. 682-700.

Weiner 1986

B. Weiner, 'Attribution, Emotion, and Action', in: R.M. Sorrentino, E.T. Higgins, *Handbook of Motivation and Cognition*, The Guilford Press: New York 1986, p. 281-312.

I. Giesen

Wilson et al. 1997

S.R. Wilson et al., 'Attribution Complexity and Actor-Observer Bias', *Journal of Social Behavior and Personality* 1997, Vol. 12, no. 3, p. 709-726.

HOOFDSTUK 9

MOETEN SLACHTOFFERS MET EEN PSYCHISCHE PREDISPOSITIE SCHADEVERGOEDING KRIJGEN?

W. van Tilburg¹

SAMENVATTING

De vraag of slachtoffers met een psychische predispositie schadevergoeding moeten krijgen wordt gesteld op basis van de vooronderstelling, dat een ongewoon lange en/of heftige reactie op een toegebracht letsel in hoofdzaak toe te schrijven is aan een abnormaal verlangen naar materiële schadevergoeding, die berust op een bepaalde psychische predispositie; tevens, dat het niet toekennen van de schadevergoeding in deze gevallen de klachten en/of symptomen zou doen verdwijnen of zelfs niet zou doen ontstaan. Deze aannames moeten beschouwd worden als een niet voldoende door de feiten ondersteunde narratieve constructie. Het herstelproces na een letsel kan om zeer uiteenlopende redenen abnormaal verlopen; een bepaalde psychische predispositie zal daar vaak een rol bij spelen, maar over hoe groot die rol is kunnen geen algemene uitspraken worden gedaan; de tot dusver beschikbare onderzoeksresultaten laten dat trouwens over de psychiatrische diagnostiek in het algemeen niet toe; deze hebben nog geen hiervoor geschikte testen met voldoende specificiteit en sensitiviteit opgeleverd. Ook het tot dusver verrichte wetenschappelijk onderzoek naar het verband tussen schadeloosstelling en het persisteren van klachten na een letsel in het algemeen geeft geen ondubbelzinnig antwoord op de vraag of dit verband voor de totale groep letselsslachtoffers echt bestaat. Dat betekent niet, dat het bij bepaalde subgroepen niet zou kunnen voorkomen. Met name bij de zogenoemde renteneurose, waarbij secundaire en tertiaire ziektefactoren een belangrijke rol spelen, zou dit verband aantoonbaar

1 Emeritus hoogleraar klinische psychiatrie VU medisch centrum, Amsterdam.

kunnen zijn, al moet nog wel wetenschappelijk gedemonstreerd worden in welke mate dat het geval is. Het abnormale ziektegedrag waarop dit beeld berust kan namelijk door een veelheid van factoren worden gedetermineerd, waarvan de psychische predispositie er maar een is; een belangrijke ziektebestendige of zelfs inducerende werking kan ook uitgaan van de juridische en andere processen, waarmee iemand na het letsel wordt geconfronteerd. De renteneurose, die per definitie gedetermineerd wordt door grotendeels onbewuste motieven, moet wel onderscheiden worden van de simulatie, de bewuste aggraviatie en de nagebootste stoornis. Het tot dusver belangrijkste probleem in deze is het vaststellen daarvan, waarvoor nog geen in de dagelijkse praktijk te hanteren methoden van voldoende sensitiviteit en specificiteit bestaan. In hoeverre een uitkering in dit soort gevallen gerechtvaardigd is, moet per casus beoordeeld worden.

1 INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

De vraag, die in de titel gesteld wordt, verwijst naar een situatie, die voor artsen (zoals ik) en juristen, die zich bezighouden met slachtoffers in het algemeen en die van letsels in het bijzonder, niet ongewoon is. Iemand heeft na een ongeval of een daarmee te vergelijken gebeurtenis klachten en/of symptomen ontwikkeld, die langer blijven bestaan en tot meer functieverlies aanleiding geven, dan op grond van de ernst van het ongeval en de daarbij gevonden medische afwijkingen te verwachten is. Het lijkt erop, dat de betreffende persoon ‘abnormaal’ reageert op een gebeurtenis, omdat deze tevens een reeds bestaande ‘zwakke plek’, een ‘verborgen gebrek’ aan het licht heeft gebracht. Deze wordt in de jurisprudentie wel met de term ‘predispositie’ aangeduid.² Er zijn veel manieren, waarop zo’n veronderstelde ‘predispositie’ zich kan manifesteren. Maar verreweg de meest bekende en juridisch ook het meest beruchte is de zogenoemde ‘renteneurose’. Daarmee bedoelt men in het juridische jargon, om bij de bewoordingen van de Hoge Raad te blijven³ ‘gevolgen van een letsel, die ernstiger en langer van duur zijn dan in de normale lijn der verwachtingen ligt op basis van de neurotische behoefte van het slachtoffer een vergoeding te krijgen’. De ‘predispositie’ wordt dan gezocht in een bepaalde persoonlijkheidsstructuur, die iemand ertoe brengt te proberen zich aan de gewone verplichtingen van het leven met de daarbij behorende verantwoordelijkheden te onttrekken met behulp van een uitkering. Deze moet natuurlijk gelegitimeerd worden, vandaar dat, aldus de redenering van vele betrokken juristen en artsen, de klachten en symptomen die daar recht op geven, in stand gehouden moeten worden. Over de manier waarop dat gebeurt (bewust, onbewust of nog anderszins) lopen de meningen uiteen,

² Akkermans 2003, p. 94.

³ Akkermans 2003, p. 95.

maar al tientallen jaren wordt door een aantal meer of minder ter zake deskundigen in de literatuur en daarbuiten aanbevolen in dit soort situaties de uitkering te stoppen. Daardoor zouden de klachten en/of symptomen verdwijnen. Als dat het geval is zou het juridisch in ieder geval absurd zijn door te gaan met de uitkering, alleen al vanwege het uitgangspunt, dat ‘herstel voor schadevergoeding dient te gaan’.⁴ In een tijdperk, waarin het bestrijden van misbruik of oneigenlijk gebruik van sociale of andere voorzieningen een steeds hogere prioriteit krijgt, zijn dit scenario en de daarbij aanbevolen oplossing natuurlijk om allerlei redenen bijzonder aantrekkelijk: men voorkomt een financieel nadeel voor de uitkerende instantie en bevordert en passant tevens het welzijn van de persoon die zich ten onrechte nog als slachtoffer presenteert. Men kan in de verleiding komen hier zelfs een vorm van ‘maatschappelijke pedagogie’ in te zien, gemotiveerd door de bijbelse aansporing: ‘Wie zijn zoon liefheeft, tuchtigt hem’. Wat mij als psychiater interesseert is, in hoeverre dit scenario wetenschappelijk ‘bestaansrecht’ heeft. Is het meer dan een in allerlei ziektegeschiedenissen vaak gemakkelijk te herkennen en in onze rol als deskundige goed te gebruiken en te verkopen ‘verhaal’ of heeft het een ‘*fundamentum in re*’, berust het op feiten? Aannemelijke verhalen zijn tenslotte snel verzonnen en verteld, we hebben in de psychiatrie eeuwen geloofd in bezetenheid als oorzaak voor krankzinnigheid en later bijvoorbeeld in moeders die schizofrenie veroorzaakten of door hun emotionele verwaarlozing zelfs autisme... Daarover waren ook zeer aansprekende verhalen in omloop. Achtereenvolgens bespreek ik in dit verband de begrippen, die in de vraag worden aangesneden. In de eerste plaats de begrippen ‘slachtofferschap’ en ‘predispositie’, waarbij ik me, als psychiater, voor dat laatste beperk tot de psychiatrische diagnostiek, in de tweede plaats het concept ‘ziektegedrag’, en vervolgens ‘renteneurose’, ‘hysterie’ en ‘simulatie’ als diverse vormen daarvan, alsmede de resultaten van het wetenschappelijk onderzoek over de functie van de uitkering in dat kader. Dan kan ik vervolgens de vraag in de titel beantwoorden. Ten slotte sta ik nog even stil bij de aard van de psychiatrische diagnostiek in relatie tot haar doelstelling en dat wat men van haar wel en niet van kan verwachten in een juridische context.

2 SLACHTOFFERSCHAP, HERSTEL EN COMPENSATIE

De titelvraag gaat in feite impliciet over de vraag wat een normale reactie is van een slachtoffer op hem/haar door anderen toegebrachte letselschade en wat de rol van de financiële compensatie daar in is. Iedereen heeft daar in het dagelijks leven wel een mening over, maar er bestaan in de psychologie en de psychiatrie ook algemene theorieën over trauma- en verliesverwerking, die ons kunnen helpen een meer wetenschappelijk onder-

4 Akkermans 2003, p. 95.

bouwde visie te ontwikkelen. Heel vaak zal het gaan om een beeld dat wel als ‘traumatische rouw’ wordt omschreven. Voor een nadere beschrijving daarvan en van de grote variabiliteit in beloop verwijs ik naar een artikel van mijn hand over affectieschade.⁵ In dat artikel heb ik aangegeven, dat het proces dat normaliter gedurende de verwerking van een door de schuld van een medemens toegebracht letsel, een soort ‘*man-made disaster*’, op gang hoort te komen, een *herstelproces* is. De doelstellingen van dit herstelproces kan men globaal benoemen als enerzijds *het herwinnen van het vertrouwen* in zichzelf, de medemens en de wereld, anderzijds *het herwinnen van de regie over de inrichting van het eigen leven*, meer gespecificeerd als zelfzorg, relaties en werk in de ruimste zin. Wat er gebeurd is heeft immers het vertrouwde zelf- en wereldbeeld geschokt, de metafoor van een aardbeving is hier op zijn plaats. De geschokte rechtsorde is daar een onderdeel van. Welke eisen kan men vanuit dit perspectief stellen aan de compensatie? Het verlangen daarnaar moet als een *normaal* onderdeel van het proces worden beschouwd. Daarover is wel empirisch onderzoek verricht, dat door Huver e.a.⁶ nog eens is samengevat. Zij trekken de volgende conclusie:

‘Uit de hierboven besproken literatuur blijkt in de eerste plaats, dat slachtoffers veelvuldig aangeven dat compensatie niet het enige of het primaire motief is om juridische stappen te ondernemen. Andere veelgenoemde motieven zijn erkenning, te weten komen wat er precies gebeurd is, de behoefte aan het verantwoordelijk stellen van de wederpartij en het willen voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt. Wat dit betreft lijkt een aanzienlijke discrepantie te bestaan tussen enerzijds het belang dat slachtoffers hechten aan dergelijke immateriële behoeften en anderzijds de omstandigheid dat de huidige praktijk van de letselschaderegeling nagenoeg uitsluitend is gericht op de financiële compensatie.’

Uit het eigen onderzoek van Huver e.a.⁷ blijkt dat het de meeste slachtoffers weliswaar primair gaat om financiële compensatie, maar dat daarnaast ook de immateriële behoeften als ‘erkenning’ een belangrijke rol spelen. Met erkenning worden uiteenlopende zaken bedoeld. Enerzijds de erkenning door de wederpartij, dat hij een fout heeft gemaakt, aansprakelijk is, dat hij het slachtoffer leed heeft berokkend, zich daarvoor excuseert en probeert de situatie zo dragelijk mogelijk te maken, anderzijds behoefte aan erkend te worden in wat is aangedaan, serieus genomen te worden door de eigen omgeving, de buitenwereld in het algemeen. Andere immateriële behoeften zijn onder meer het willen

5 Van Tilburg 2004, p. 10.

6 Huver e.a. 2007, p. 27 e.v.

7 Huver e.a. 2007, p. 55 e.v.

verkrijgen van informatie, het willen verkrijgen van gerechtigheid en het willen voorkomen dat anderen hetzelfde overkomt. Kortom, in het proces speelt een veelheid van motieven en gevoelens een rol en men kan zich voorstellen dat zo'n proces alleen daarom al gemakkelijk kan ontsporen en kan leiden tot echte psychiatrische pathologie. Een psychiatrische stoornis kan daarvan het gevolg zijn, al of niet in combinatie met een scheefgroei van het verwerkingsproces, zoals dat tot uiting kan komen in een uitsluitend op de financiële aspecten gericht zijn en het voorbijgaan aan de eigen immateriële behoeften; het geld wordt dan een substituut voor respect, medeleven, erkenning enzovoort. Wat minder bekend is, is dat zo'n scheefgroei zich ook kan uiten in een abnormale onverschilligheid voor de financiële aspecten. Een belangrijke oorzakelijke factor blijkt in het door Huver e.a. uitgevoerde onderzoek de aard en de duur van de juridische procedure te zijn.⁸ Door de meeste slachtoffers wordt die als 'antitherapeutisch' ervaren. Niet voor niets wordt deze wel aangeduid als 'de ramp na de ramp'.⁹ Daarnaast zullen, net als bij andere psychiatrische stoornissen allerlei al langer bestaande sociale omstandigheden en persoonlijke predisposities ook een rol kunnen spelen bij het ontsporen van het normale herstelproces. Hun rol zal in de volgende paragraaf besproken worden. Hier echter wil ik vooral onderstrepen, dat gestoorde verwerkingsprocessen ook mede een product kunnen zijn van een gebrek aan procedurele rechtvaardigheid. Dit is een opvatting, waarvoor Huver e.a.¹⁰ in de onderzoeksliteratuur en in hun eigen onderzoek een niet te verwaarlozen hoeveelheid steun hebben gevonden. De titelvraag laat dit aspect geheel buiten beschouwing en richt zich domweg alleen op de predispositie. Zij weerspiegelt, zoals uit de volgende paragraaf zal blijken, daarmee impliciet een psychiatrisch zeer ongebruikelijke eenzijdigheid in visie op het ontstaan van de ontsporing van het verwerkingsproces: belangrijke 'omgevingsfactoren' worden geheel buiten beschouwing gelaten. 'Abnormaal' slachtofferschap wordt rechtstreeks gekoppeld aan een 'persoonlijke predispositie'. Voor een psychiater is dit een ongebruikelijke visie, zoals in de volgende paragraaf uiteengezet zal worden.

3 'PREDISPOSITIE' IN DE PSYCHIATRISCHE DIAGNOSTIEK

Allereerst is het van belang even stil te staan bij een in deze context zeer relevant terminologisch onderscheid, namelijk dat tussen predispositie en pre-existente ziekte. Onder predispositie verstaat men een vorm van kwetsbaarheid, die op zich niet als ziekte hoeft te uiten. Vaak richten mensen met een bepaalde predispositie (bijv. subassertiviteit, een zekere neiging tot afhankelijkheid, angst voor te veel verantwoordelijkheid, niet zo grote

8 Huver e.a. 2007, p. 67 e.v.

9 Van Tilburg 2004, p. 11.

10 Huver e.a. 2007 p. 30 e.v.

stressbestendigheid) hun leven zelfs bewust of onbewust zo in, dat er nooit een vorm van psychische ontregeling plaatsvindt. Het hoeft dan beslist geen leven te zijn van mindere kwaliteit, dan een zogenoemd 'normaal' leven. Men vermijdt eenvoudigweg situaties die men minder goed kan hanteren, maakt andere keuzen, waarmee men volmaakt gelukkig kan worden en blijven. Een pre-existente ziekte is een tevoren al bestaande vorm van psychisch disfunctioneren, die als psychische stoornis diagnostiseerbaar is, en dus gepaard gaat met symptomen en klachten, die iemand en/of zijn omgeving in duidelijke mate hinderen. Koerselman¹¹ wijst er in dit verband op, dat een persoonlijkheidstrek een predispositie kan zijn, maar dat een persoonlijkheidsstoornis als een pre-existente ziekte moet worden opgevat. Nu dan iets over de diagnostiek.

De psychiatrische diagnostiek verschilt op een aantal punten van die bij veel somatische ziekten, met name waar het gaat om het vaststellen van *waardoor* en *hoe* een stoornis is ontstaan; in het psychiatrisch jargon gaat het respectievelijk om de *etiologie* en de *pathogenese*. In de eerste plaats is er meestal meer dan een oorzaak in het spel, het gaat vaak om het samenspel van een aantal ontstaansvoorwaarden, die geen van alle een 'voldoende' karakter hebben.¹² In de somatische geneeskunde speelt dat ook wel, maar toch op een wat andere wijze. Longtuberculose ontstaat bijvoorbeeld niet bij iedereen, die met de tuberkelbacil in aanraking komt; het is bekend, dat slechte sociaaleconomische omstandigheden daar een *risicofactor* voor vormen. Maar niemand krijgt tuberculose zonder met de tuberkelbacil besmet te zijn, dat is een noodzakelijke voorwaarde. Dit laatste type voorwaarden komt men in de psychiatrie veel minder vaak tegen. Bij een depressieve stoornis weten we bijvoorbeeld uit recent wetenschappelijk onderzoek, dat vier factoren, afzonderlijk of in combinatie, een prominente rol spelen bij het ontstaan ervan, te weten de erfelijke factor, het feit dat men al eens eerder een depressie heeft gehad, de persoonlijkheid (gekenmerkt door trekken, die men wel met de term 'neuroticisme' aanduidt) en stressfactoren (meestal een vorm van 'verlies').¹³ Bij de eerste drie van deze vier gaat het om factoren die een onderdeel vormen van wat men in juridische zin onder kwetsbaarheid verstaat. Het zijn *risicofactoren*, die iemand kwetsbaar maken voor het optreden van een bepaalde stoornis, in casu een depressie. Deze persoonlijke kwetsbaarheid is een factor, die overigens bij verreweg de meeste psychische stoornissen een rol speelt, en die men daarom ook in vrijwel alle zorgvuldige diagnostische formuleringen terug zal vinden. Maar in een concreet geval zal men soms één, soms meerdere, maar soms ook geen van de genoemde risicofactoren vinden! Voorts kan men in de situatie, dat er meerdere van deze factoren aanwezig zijn, nooit met zekerheid zeggen, of ze alle ook werkelijk een rol spelen. Men kan natuurlijk wel een pathogenetisch verhaal

11 Koerselman 2007, p. 126.

12 Beekman 2005, p. 81 en 82.

13 Bruijn e.a. 2005, p. 244-246.

construeren, dat min of meer aannemelijk is, maar dat is iets anders dan het leveren van een bewijs. Dat dit niet mogelijk is heeft te maken met het feit, dat men in de psychiatrie anders dan in de somatische geneeskunde nog relatief weinig inzicht heeft in de keten van mechanismen, die van oorzakelijke factoren naar het ontstaan van het ziektebeeld leiden (de pathogenese) en met het feit, dat men nog niet over objectieve testen beschikt, die kunnen aantonen dat een bepaald mechanisme ook werkelijk een rol speelt. Er wordt wel veel wetenschappelijk onderzoek gedaan met biologische en psychologische onderzoeksinstrumenten, en de resultaten daarvan hebben soms geresulteerd in goed te meten risicofactoren voor groepen; ze hebben echter nog niet geleid tot in de klinische praktijk bruikbare testen van voldoende sensitiviteit en specificiteit.¹⁴ In de neurologie weten we, dat een hersenbloeding vaak ontstaat als gevolg van diverse factoren, onder andere een al langer bestaande hoge bloeddruk. We kunnen in een concreet geval van een 'beroerte' met behulp van allerlei metingen (zoals bijv. die van de bloeddruk en andere cardiovasculaire parameters) en moderne *neuroimaging* technieken vaak tot een heel concrete, door objectieve meetresultaten en een door onderzoek bewezen pathogenetische theorie ondersteunde reconstructie komen van wat er precies heeft plaatsgevonden. Dat is in de psychiatrie nog een utopie. Natuurlijk, het gaat in beide gevallen om klinische verhalen, narratieve constructen, maar in de neurologie zijn er veel meer gevallen, waarin een dergelijk verhaal door een aantal objectief verifieerbare feiten te onderbouwen is. Om misverstand te voorkomen: dat geldt natuurlijk lang niet voor alle somatische ziekten. Er bestaat tenslotte een grote groep patiënten met 'onverklaarde somatische klachten'. Tegen deze achtergrond is het duidelijk, dat het verband tussen zoiets als een 'letsel', een gebeurtenis die psychologisch als een 'trauma' kan worden opgevat en een daarna ontstaan psychiatrisch beeld zelden een '*rechtstreeks*' karakter heeft.¹⁵ Dat geldt ook voor die gevallen in de psychiatrie waarbij men wel kan spreken van zoiets als een 'noodzakelijke voorwaarde', een '*conditio sine qua non*'. Weliswaar is voor de posttraumatische stressstoornis het trauma een noodzakelijke voorwaarde (een dus vrij uitzonderlijke situatie in de psychiatrie), maar daarmee nog geen voldoende voorwaarde: de meeste mensen krijgen na een trauma geen posttraumatische stressstoornis. Omgekeerd is voor een beeld als schizofrenie de erfelijke predispositie waarschijnlijk een noodzakelijke voorwaarde (helemaal zeker is dat niet), maar dat betekent niet, dat deze predispositie altijd tot het ontstaan van het ziektebeeld zal leiden. Dat is in ieder geval niet aangetoond. Als gevolg daarvan moet men rekening houden met de mogelijkheid dat een trauma, dat in een concreet geval gevolgd wordt door het ontstaan van een schizofrene psychose, als de 'oorzaak' daarvan kan worden aangemerkt, hoewel het in het algemeen, als men

¹⁴ Kingdon/Young 2007, p. 285.

¹⁵ Koerselman 2007, p. 126.

afgaat op de vigerende wetenschappelijke inzichten, niet als een noodzakelijke, laat staan voldoende voorwaarde kan worden beschouwd.¹⁶ Voor zover er dus in de psychiatrie noodzakelijke voorwaarden bestaan, moeten ze in vergelijking met de somatische geneeskunde vaak als betrekkelijk 'zwak' worden gekenschetst, er zijn veel bijkomende factoren nodig om ze in staat te stellen een ziekte te doen ontstaan.

Summa summarum: de predispositie in de zin van een premorbide of voor een trauma bestaande persoonlijke kwetsbaarheid is een in de psychiatrie voor het begrijpen van het ontstaan van een psychische stoornis vaak onmisbare factor in de diagnostische formulering. Zeer vaak is er in de psychiatrie dus sprake van een 'psychische predispositie'. Het bepalen van de werkelijke rol ervan in een *individueel* geval is meestal niet objectief mogelijk en berust in het algemeen op een meer of minder waarschijnlijk narratief klinisch construct. Het komt erop neer, dat de weging van het aandeel van de factoren die in een *concreet* geval een rol spelen, meestal niet plaats kan vinden op basis van objectieve gegevens of kan worden afgeleid uit algemeen geldige theoretische constructen. Of om terug te komen op de titelvraag: 'de' psychische predispositie bestaat niet, zij is niet te meten en als zij al aantoonbaar is, kan haar rol in een concrete situatie in het gunstigste geval slechts bij benadering worden bepaald. De vraag is dus alleen daarom al in haar algemeenheid niet te beantwoorden: men weet namelijk niet over welke personen het in concreto gaat. Het is binnen deze groep geen goed herkenbare, af te bakenen subgroep. Strikt genomen kan men zelfs stellen, dat het merendeel van de psychiatrische patiënten tot de in de titelvraag aangeduide populatie behoort!

4 HET PROBLEEM VAN DE 'RENTENEUROSE'

4.1 *Financiële compensatie en ziektebeeld: aard van de relatie niet duidelijk*

De vorenstaande beschouwingen laten zien, dat men bij een onderzoek naar een duidelijke rol van de predispositie in de relatie tussen letsel en (psychiatrische) pathologie maar zelden uit zal komen boven het niveau van meer of minder aannemelijke gissingen. Als men afgaat op de wetenschappelijk beschikbare gegevens komt men in het beste geval niet verder dan het beschrijven van een vaak ook nog moeilijk te kwantificeren verhoogd risico, vaker zal men moeten zeggen, dat men het niet weet. In feite is dat dus inherent aan de veelheid van determinanten die een rol spelen bij het verloop van het verwerken van het slachtofferschap. Maar ook over de rol van de andere in de titelvraag genoemde determinant, de financiële compensatie bij een gestoord verwerkingsproces, bijvoorbeeld zich uitend in een chronische depressie of posttraumatische stressstoornis, kan

¹⁶ Van Tilburg 2007, p. 23 e.v.

men op basis van de beschikbare wetenschappelijke literatuur geen algemene uitspraken doen over een positief verband. Zeker geen uitspraken, zoals die doorklinken in de titelvraag, namelijk dat het verlangen naar een financiële compensatie bij een bepaalde groep mensen het ontstane ziektebeeld in stand houdt. Als men afgaat op de door Huver e.a. gerefereerde onderzoeksgegevens¹⁷ moet men concluderen dat de resultaten tegenstrijdig zijn en geen definitieve conclusie in een bepaalde richting toelaten. Bekend geworden is het onderzoek van Miller uit 1961, die een sterke correlatie vond tussen beëindiging van het proces van schadeafwikkeling en het weer aan het werk gaan bij 50 slachtoffers van verkeers- en bedrijfsongevallen.¹⁸ Hij concludeerde tot het bestaan van een rechtstreeks verband tussen werkverzuim en de hoop op financiële compensatie. Huver e.a. refereren uiteraard ook de veel geciteerde studies uit Litouwen (1996) respectievelijk Canada (2005) resp. Engeland (2005), waarin een verband werd gevonden tussen symptomen na een 'whiplash'-trauma en mogelijkheden tot respectievelijk claims van financiële compensatie. Voor RSI zijn soortgelijke verbanden gevonden.¹⁹ Daartegenover staat echter een krachtig wetenschappelijk bewijs van het ontbreken van een verband. Scholten – Peeters e.a. concludeerden in 2003 op basis van een systematische review van 29 cohortstudies, dat voor whiplash een dergelijk relatie niet bestaat.²⁰ Bryant en Harvey (2003) vonden in een longitudinale studie onder 170 verkeersslachtoffers geen verband tussen het beëindigen van de claimsituatie en het persisteren van de posttraumatische stressstoornis.²¹ In dit soort situaties moet men concluderen, dat het zinvol is zich af te vragen of er geen sprake is van een te grote heterogeniteit van het patiëntenmateriaal: misschien bestaan de genoemde verbanden wel, maar alleen bij bepaalde subgroepen of binnen bepaalde culturen. Het blijven bestaan van klachten en symptomen, dus het chronisch verloop van psychiatrische beelden, kan tenslotte vele uiteenlopende oorzaken hebben. Nader onderzoek zal moeten uitwijzen hoeveel typen er werkelijk bestaan.

Men kan dus concluderen, dat het in de eerste plaats onduidelijk is bij welke groepen slachtoffers er een verband bestaat tussen letsel en ziektebeeld, en, in de tweede plaats, zo dat verband al aantoonbaar is, hoe sterk het is. Een *algemene, qua doelgroep specifieke interventie* als bedoeld in de titelvraag, het niet verstrekken van een financiële compensatie bij dit soort vaag getypeerde populaties is psychiatrisch gezien natuurlijk een volstrekt onverantwoorde maatregel: men weet domweg niet wat men bij wie doet en wat men kan verwachten, dat hangt af van de rol die de financiële compensatie speelt in het totale verwerkingsproces. Voor sommigen betekent het alleen maar nog een extra

17 Huver e.a. 2007.

18 Miller 1961.

19 Ireland 1998, p. 63 e.v.

20 Scholten-Peeters e.a. 2003, p. 303 e.v.

21 Bryant & Harvey 2003, p. 191 e.v.

stressfactor, die het beeld zal verergeren, anderen zullen er nauwelijks op reageren, maar het is ook denkbaar dat er verbetering zou kunnen optreden.

Intussen kan men op basis van de klinische ervaring al wel enkele bijzondere groepen slachtoffers onderscheiden, bij wie de relatie met het letsel en de gevolgen daarvan een meer specifiek karakter lijken te hebben.

4.2 Abnormaal ziektegedrag

Onder de chronische psychiatrische beelden, die na een letsel kunnen optreden zijn er twee bijzondere, voor het ontstaan waarvan zowel bij klinici, juristen als het publiek in het algemeen een simpeler verklaring populair is geworden om het persisteren van de verschijnselen en de daarbij optredende invaliditeit te verklaren. Dat is enerzijds het syndroom dat bekendstaat als de 'renteneurose' en anderzijds het fenomeen van de simulatie. In beide gevallen lijkt het streven naar het verkrijgen van een financiële compensatie de rol te spelen van een zowel noodzakelijke als voldoende voorwaarde. De titelvraag lijkt vooral deze situatie op het oog te hebben, immers in deze gevallen zou het onthouden van de compensatie een therapeutisch effect kunnen hebben, maar dan wel als in deze gevallen de relatie tussen klachten en/of symptomen enerzijds en het streven naar financiële compensatie inderdaad zo rechtstreeks en direct is als men zich dat voorstelt. Maar is de situatie echt minder ingewikkeld dan bij de andere psychiatrische beelden?

Om deze syndromen te kunnen plaatsen is het noodzakelijk een begrip te introduceren, dat nog niet zo algemeen bekend is. Ik bedoel het concept 'ziektegedrag', oftewel in het Engels '*Illness behaviour*', een door de Amerikaanse socioloog Mechanic (1986) in de tweede helft van de vorige eeuw geïntroduceerde term.²² Elders heb ik dit concept uitvoeriger besproken;²³ ik gebruik enkele passages uit dit artikel om het hier kort uit te leggen. Men bedoelt met ziektegedrag het complex van beleving, opvattingen, en gedrag, dat iemand als reactie op mogelijke of duidelijke tekenen van ziekte vertoont. Iemands persoonlijke opvattingen over griep, zijn beleving van de koorts enzovoort, horen daarbij, maar ook het feit dat hij zich ziek meldt, naar de huisarts gaat; ook dat hij daarna op grond van een medisch niet te verklaren moeheid maandenlang thuis blijft en zich door zijn partner laat verwennen; de ziekte winst hoort er ook bij en dus ook het beeld dat wij als 'renteneurose' betitelen. Anderzijds kan het ook gaan om het gedrag van degene die zijn griep verwaarloost en er mee door blijft lopen. Kortom, het gaat om dat wat iemand met zijn ziekte in zijn persoonlijk bestaan doet, de wijze waarop hij zijn 'leven met ziekte' invult. Anders gezegd: het gaat om het perspectief van de patiënt, naast dat van de behan-

²² Mechanic 1986, p. 1 e.v.

²³ Van Tilburg 2008.

delaar, dat tot uitdrukking komt in de officiële diagnose. Gewoonlijk correspondeert het ziektegedrag wel zo ongeveer met wat binnen onze cultuur bij een bepaalde ziekte acceptabel is, maar soms is dat niet het geval; we spreken dan van abnormaal ziektegedrag. Te denken valt aan iemand die echt ziek is, maar dat ontkent; we spreken dan van gebrek aan ziekte-inzicht. Maar soms is er sprake van het omgekeerde: er zijn klachten of gedrag, ziektegedrag dus, zonder dat een ziekte, die dit in voldoende mate kan verklaren, aantoonbaar is. Welnu, dit is nu precies steeds het door de eeuwen heen kenmerkende aspect van het intussen in de moderne psychiatrie ouderwets geworden begrip ‘hysterie’ geweest. Mensen nemen de rol van zieke op zich, soms terwijl er helemaal geen ziekte te diagnosticeren is, maar soms ook terwijl ze tegelijkertijd tekenen van een door dokters diagnoseerbare ziekte hebben; ze bouwen de rol van zieke, die daar bij hoort dan verder uit. Vaak (maar niet altijd) nemen ze die rol op zich onder invloed van duidelijk herkenbare stress; ze kunnen dan aansluiten bij de lichamelijke uitingen van bijvoorbeeld chronische stress, zoals vermoeidheidsgevoelens; een andere weg is het bestrijden van onlustgevoelens met behulp van een bepaald gedrag, bijvoorbeeld vermageren. De rol die gekozen wordt is die van ziektegedrag dat in een bepaalde cultuur en een bepaalde tijd geloofwaardig is. Dat verklaart de enorme diversiteit van de hysterie door de eeuwen heen, die recent de interesse van zoveel cultuurhistorici heeft gewekt. De hysterie lijkt de ziekerol in reïncultuur, zij weerspiegelt als geen andere ziekte de cultuur van een tijdvak. Ziekterollen worden gekopieerd, nagebootst. Sydenham noemde in de zeventiende eeuw de hysterie al de imitator van ziekte bij uitstek.²⁴ Showalter (1997) heeft het kernachtig uitgedrukt: ‘*Hysteria is a mimetic disorder; it mimics culturally permissible expressions of distress*’.²⁵ De meeste aandacht hebben steeds de somatische symptomen getrokken, zoals bijvoorbeeld de conversie, maar ook de beelden die wij tegenwoordig aanduiden met de term ‘onbegrepen lichamelijke klachten’. Ook psychiatrische beelden kunnen de basis vormen van of zelfs worden nagebootst in ziektegedrag: begrippen als ‘hystero-depressie’, ‘hysterische psychose’ en dergelijke wijzen daarop.²⁶ Met name in onze naoorlogse tijd, waarin bepaalde vormen van psychisch ziek zijn veel meer dan daarvoor zijn geaccepteerd, komt dit voor. De posttraumatische stressstoornis is daarvan een voorbeeld.

4.3 Ziektewinst

Het ingewikkelde bij al deze symptomen is, dat er soms wel een objectief somatisch of psychisch symptoom te vinden is, waarbij het gedrag aansluit, maar soms ook niet. Wat ze alle echter gemeen hebben is dat de patiënt er iets mee lijkt te willen zeggen en de

²⁴ Rousseau 1993.

²⁵ Showalter 1997, p. 15.

²⁶ Libbrecht 1992.

omgeving inclusief de hulpverlener wil overtuigen van de legitimiteit van het ziektegedrag, van de rol als zieke en het daaraan verbonden recht op meeleven, hulp en dergelijke. Deze extra lading van de klacht, het symptoom, wekt bij de beoordelaar of behandelaar vaak de indruk van 'onechtheid', vanouds een vaak doorslaggevend argument voor de diagnose 'hysterie'. Thiel (1970) heeft in zijn proefschrift aangetoond, dat je gevoelens als 'onecht' ervaart bij een patiënt wanneer je het gevoel krijgt, dat er een beroep op je gedaan wordt, dat je in een bepaalde rol wordt gemanoeuvreed, dus eigenlijk gemanipuleerd wordt. Dat roept nogal eens irritatie op. Wat echter gemakkelijk vergeten wordt, is, dat het bij deze beelden om *onbewuste of maar zeer gedeeltelijk bewuste* processen gaat. Er is geen sprake van bewust 'toneelspelen'. Freud heeft de psychoanalyse ontwikkeld door bestudering van de hysterische symptomen. Hij heeft zich voortdurend beijverd duidelijk te maken, dat zij de uitdrukking waren van verdrongen wensen, die per definitie onbewust waren. Het symptoom, hoe hinderlijk op zichzelf ook, kwam als het ware in de plaats van een nog moeilijker te verdragen onoplosbaar innerlijk conflict. Freud noemde dat de '*primaire ziekte winst*' van de symptoomvorming.²⁷ Hij, en later zijn volgelingen, hebben zich altijd op grond van hun klinische waarnemingen fel verzet tegen de aanname dat hier sprake was van bewuste acties, van een soort bedrog. De zogenoemde renteneurose was in deze visie een echte neurose, dus een echte psychische stoornis, zo zouden we het nu zeggen. Welnu, de psychoanalyse mag intussen veel aanhang onder de psychiaters verloren hebben, de term 'hysterie' mag zijn afgeschaft, de opvatting, dat de klachten en symptomen, die vroeger het leeuwendeel van de hysterische verschijnselen vormden, *echte* ziektesymptomen zijn, is in de psychiatrie gemeengoed gebleven. Zij vallen nu in de DSM-IV-TR onder de 'somatoforme stoornissen' (zowel de conversies als de 'onbegrepen lichamelijke klachten').²⁸ De patiënt beleeft ze ook als echte ziekteverschijnselen, ze overkomen hem, hij heeft ze voor zijn gevoel niet 'in regie', ook al lijken ze voor de buitenstaander primair gemotiveerd te zijn door het verlangen als patiënt te worden behandeld, met alle daaraan verbonden voordelen. Men spreekt in dit verband in navolging van Freud niet zonder reden van 'secundaire ziekte winst'.²⁹ Een nadere diagnostische analyse van de ziektegeschiedenis van een dergelijke patiënt is dan ook even ingewikkeld als die van een 'gewone' patiënt. Bij de determinanten van het door het letsel op gang gekomen en later ontspoorde herstelproces speelt het verlangen naar een uitkering haast altijd wel een rol, maar de mate waarin kan zeer variëren. Dat wordt nog begrijpelijker, als men zich realiseert, dat het aannemen van de zieke-rol vaak niet alleen een (onbewuste) keuze is van de patiënt alleen. De omgeving, de hele cultuur doet actief mee! De zieke-rol wordt door de omgeving bekrachtigd. Soms lijken bepaalde

27 Freud 1901.

28 American Psychiatric Association 2000, p. 485 e.v.

29 Freud 1901; zie voor een recent onderzoek van Egmond 2005, p. 14 e.v.

mensen, die nauw verbonden zijn met iemand, belang te hebben bij deze rol, bijvoorbeeld omdat ze iemand zo veel aardiger vinden en de relatie met hem verbeterd is door deze rol, waarin hij bijvoorbeeld afhankelijk is geworden en daardoor minder 'lastig'. Voor de 'winst', die de omgeving op deze wijze kan oogsten, is door Dansak in 1973 de term 'tertiaire ziekte winst' geïntroduceerd.³⁰

Winst wordt ook geoogst door degenen die hun brood verdienen met het behandelen van, rapporteren over en het aanspannen van juridische procedures voor de slachtoffers, kortom voor de groep mensen, die je oneerbiedig als de 'letselschade-industrie' zou kunnen betitelen; zij kunnen als 'medeplichtig' beschouwd worden voor zover zij een stimulerende invloed hebben op de mate waarin iemand blijft klagen en er zo toe bijdragen, dat het herstelproces stagneert. De uitkomst van zo'n herstelproces bij het gehandhaafd blijven van de uitkering is dan ook onzeker en onvoorspelbaar, we zagen dat hiervoor al in het geval van klachten na een whiplashtrauma;³¹ deze leidt in ieder geval meestal niet tot een leven, waarin iemand, ontslagen uit het 'dal der plichten',³² in een soort eeuwige paradijselijke vakantie terecht komt. Dat is vermoedelijk meer een fantasie die bij dokters en juristen leeft. Vaak doet het toekennen van de financiële compensatie de klachten helemaal niet verdwijnen. Psychiatrisch gezien is daarom de uitkomst van het stoppen van een uitkering even onvoorspelbaar en vanuit therapeutisch standpunt niet veel meer dan een slag in de lucht.

4.4 Simulatie en nagebootste stoornissen

Intussen is er echter ook nog het probleem van de simulatie. Per definitie is er dan, volgens de gangbare definitie van de DSM-IV-TR³³ sprake van het voorwenden van een ziekte, die niet bestaat, *met het concrete doel zo een uitkering te krijgen*. Het is strategisch bedrog. Vaak gaat het ook om *doelbewuste* overdrijving, of aggraving. Op zichzelf zijn dit vormen van ziektegedrag, die geen financiële compensatie rechtvaardigen. Daar ligt het probleem niet. Dat bestaat uit het vaststellen van deze fenomenen. De artsen beschikken op dit moment nog niet over instrumenten met voldoende specificiteit en sensitiviteit om dit met de zekerheid te kunnen aantonen, die in de somatische geneeskunde verwacht wordt van diagnostische testprocedures voor specifieke ziekten (zoals bijv. aids). Er zijn wel psychologische testen beschikbaar, die zeer behulpzaam kunnen zijn bij het vormen van een oordeel.³⁴ Zij kunnen dat desondanks echter nog niet vervangen. Met behulp van

30 Dansak 1973, p. 523 e.v.

31 Scholten-Peeters 2003, p. 302 e.v.

32 Akkermans 2003, p. 95.

33 American Psychiatric Association 2000, p. 739.

34 Een instructief voorbeeld daarvan kan men vinden bij Merckelbach e.a. 2006, p. 614 e.v.

psychologisch onderzoek kan men wel invalide testgedrag vaststellen, zoals bijvoorbeeld onderpresteren, maar de interpretatie daarvan vraagt uiteindelijk ook weer het klinisch oordeel. Het is ook wel voorstelbaar dat op het somatisch niveau aangrijpende testprocedures, zoals de befaamde 'leugendetector' in de toekomst een rol zouden kunnen gaan spelen, maar het is absoluut nog niet duidelijk hoe groot die zou kunnen zijn en hoe die in een onderzoeksprocedure zou moeten worden ingepast. Ook hier zal voor de interpretatie uiteindelijk weer de clinicus onmisbaar zijn. Artsen zullen zich in het algemeen voorzichtig opstellen, omdat het om een diagnostisch oordeel gaat met zwaarwegende consequenties; meer dan ooit geldt hier het '*in dubio abstinere*'. Zij zullen niet snel termen als 'simulatie' gebruiken, maar zich beperken tot vaststellen dat de verschijnselen die zij vinden, niet voldoende zijn om een (psychiatrische) diagnose te stellen, of niet als ernstig genoeg imponeren om een bepaald functieverlies te verklaren. Voor artsen is dit altijd een moeilijke en moreel ingewikkelde operatie. Zij zijn niet opgeleid om bedrog op te sporen, zij gaan uit van de betrouwbaarheid van de patiënt tot het tegendeel blijkt. In feite kan men van artsen ook niet meer vragen dan of zij in staat zijn volgens de '*state of the art*' een diagnose op hun vakgebied te stellen. Het oordeel 'simulatie' of 'aggravatie' (zoals hiervoor gedefinieerd) is in feite een juridisch oordeel, het betreft in zuivere vorm eigenlijk een delict.³⁵ En zo wordt het ook door de patiënt ervaren, dus als een beschuldiging. Niet zonder reden zijn veel artsen dan ook bang voor het risico op tuchtrechtelijke procedures, als zij een patiënt een 'simulant' zouden noemen. Terecht suggereren Merckelbach e.a. dat er op maatschappelijk niveau eerst stappen genomen zullen moeten worden om te bereiken, dat klinici er niet meer voor terugschrikken 'simulanten bij naam te noemen'.³⁶

Hiermee zijn echter nog niet alle problemen besproken. Tussen de beide geschetste uitersten van abnormaal ziektegedrag is er nog een tussencategorie, die in de DSM-IV-TR omschreven staat als de '*Factitious disorder*', de 'nagebootste stoornis'.³⁷ Hieronder verstaat men patiënten, die *bewust* ziekteverschijnselen veroorzaken, voorwenden of overdrijven, of die beweren lichamelijk of psychisch ziek te zijn, terwijl dat niet waar is. Echter, het verschil met simulatie is dat 'deze patiënten niet gedreven worden door geldelijk gewin, het uit de weg gaan van wettelijke verplichtingen of een ander duidelijk doel'.³⁸ Er is geen duidelijk doel, behalve het behandeld worden als zieke. Het meest bekende voorbeeld is de ernstige chronische vorm, die het syndroom van Munchhausen wordt genoemd. Patiënten met dit syndroom brengen zelf vaak verwondingen aan of spuiten zichzelf in met ziekmakende stoffen en presenteren zich vervolgens op een EHBO-post.

35 Zie voor een nog steeds actueel overzicht van de problematiek, Rogers 1997.

36 Merckelbach e.a. 2006, p. 622.

37 American Psychiatric Association 2000, p. 513 e.v.

38 Mol 2006.

Vaak zwerven zij van ziekenhuis naar ziekenhuis. In de oudere psychiatrische literatuur, zoals bijvoorbeeld in de geschriften van Kraepelin, werden dit soort beelden met een gedeeltelijk bewuste productie van symptomen of met anamneses gekleurd door bewust verzonden verhalen toch vaak opgevat als vormen van hysterie.³⁹ Dat is op zich niet zo onbegrijpelijk, omdat de patiënten de symptomen wel bewust produceren, maar zich niet bewust zijn van de motivatie om dat te doen. Dat is de simulant natuurlijk wel. Ook hier geldt, dat de diagnose vaak moeilijk te stellen is. Meestal gaat het trouwens wel om ernstig somatisch of psychisch zieke mensen, die behandeling nodig hebben. Hun prognose is ook niet gunstig. Voor zover er problemen inzake het al of niet toekennen van financiële compensatie rijzen, kan men vanuit psychiatrisch gezichtspunt mijns inziens. voor het beleid het beste dezelfde uitgangspunten hanteren als bij de totaal onbewuste vormen van abnormaal ziektegedrag: klinisch lijken zij meer op ‘hysterici’ dan op ‘simulanten’.

5 SLOTOPMERKINGEN

Het zal duidelijk zijn, dat ik de vraag die in de titel gesteld wordt positief beantwoord. Ik doe dat vanuit psychiatrisch standpunt, ik distantieer mij van juridische overwegingen. Er is geen positieve therapeutisch of anderszins te verdedigen reden, om mensen met chronisch psychiatrische pathologie na een letstel of daarmee te vergelijken gebeurtenis financieel niet te compenseren. Elke nadere differentiatie binnen deze groep moet gezien de beperkingen van de psychiatrische diagnostiek, waar het om het vaststellen van objectieve feiten gaat, met de grootst mogelijke voorzichtigheid worden gehanteerd, en in feite eerst nader wetenschappelijk op haar houdbaarheid worden onderzocht, alvorens men generale, voor de hele groep geldende, conclusies mag trekken. De predispositie is daarvoor een absoluut ongeschikt criterium. Voor zover de jurist van de arts, en met name de psychiater op dit punt in een individueel geval een uitspraak wil, dient hij zich de beperkingen van diens diagnostische mogelijkheden te realiseren en kan hij vrijmoedig naar de wetenschappelijke argumenten voor een bepaald oordeel vragen. De deskundige zal zich in het algemeen voor niet deskundiger willen uitgeven dan hij waar kan maken...

Misschien vraagt men zich gezien dit betoog af, wat de psychiatrische diagnostiek dan eigenlijk wel vermag. Dan dient men te beseffen, dat zij haar credits primair ontleent aan een andere situatie, dan die van de deskundige in foro. Zij wordt in het algemeen niet gehanteerd voor juridische doelstellingen. Het doel van de vigerende diagnostiek is *behandelen*. In de praktijk betekent een diagnose stellen samen met de patiënt een hypothese genereren die in de daaropvolgende behandeling wordt getoetst of eventueel

³⁹ Kraepelin 1899, p. 493.

bijgesteld. De diagnostiek is daarin meer een *diagnostisch proces*, waardoor men in interactie met de patiënt uiteindelijk de waarheid of nog liever ‘een vorm van waarheid’ vindt, waarmee deze zijn leven kan hernemen. Het gaat in de psychiatrische diagnostiek niet primair om ‘waarheidsvinding’, maar om het vinden van ‘aanknopingspunten’ om iemand zo goed mogelijk te kunnen helpen. Dat is een totaal andere waarheid, dan die waarnaar de jurist op zoek is, ook een waarheid die op een heel andere manier gevonden wordt, dan die via een eenmalige expertise van een deskundige in een juridische procedure. Gezien deze stand van zaken is het geen wonder, dat in de moderne psychiatrische bijbel, het Amerikaanse classificatiesysteem DSM-IV-TR, in de introductie uitvoerig wordt gewaarschuwd voor het gebruik van de gangbare diagnostische categorieën in een juridische context, vanwege ‘*the imperfect fit between the questions of ultimate concern to the law and the information contained in a clinical diagnosis*’.⁴⁰

LITERATUUR

Akkermans 2003

Akkermans, A.J. (2003), ‘Causaliteit bij letselschade en medische expertise’, *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2003, 4, 93-104.

American Psychiatric Association 2000

American Psychiatric Association (2000), *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, fourth edition, Text Revision. Washington D.C.

Beekman 2005

Beekman, A.T.F. (2005), ‘Etiopathogenese, algemene aspecten’. In: Hengeveld, M.W. & Van Balkom, A.J.L.M.(eds.), *Leerboek Psychiatrie*. De Tijdstroom, Utrecht.

Bruijn, Hoogendijk & Van Schaik 2005

Bruijn, J., Hoogendijk, W.J.G. & A. van Schaik (2005), ‘Stemmingsstoornissen, unipolaire stemmingsstoornissen’. In: M.W. Hengeveld & Van Balkom, A.J.L.M. (eds.), *Leerboek Psychiatrie*. De Tijdstroom, Utrecht.

Bryant & Harvey 2003

Bryant, R.A. & Harvey, G.A. (2003), ‘The influence of litigation on maintenance of posttraumatic stress disorder’. *The Journal of Nervous and Mental Disease* 191: 191-193.

Dansak 1973

Dansak, D.A. (1973), ‘On the tertiary gain of illness’. *Comprehensive Psychiatry* 14: 523-534.

Van Egmond 2005

Egmond, J.J. van (2005), *Secondary Gain in Psychiatry*. Stichting Adhesie, Deventer.

40 American Psychiatric Association 2000, p. xxxii en xxxiii.

Freud 1901

Freud, S. (1901), 'Bruchstück einer Hysterie-Analyse'. In: *Freud-Studienausgabe*, Band VI, S. Fischer Verlag, Frankfurt am Main, 1973.

Huwer, Van Wees, Akkermans & Elbers 2007

Huwer, R.M.E., Van Wees, K.A.P.C., Akkermans, A.J. & Elbers, N.A. (2007), *Slachtoffers en Aansprakelijkheid*, Deel I. Rapport WODC, Ministerie van justitie, Den Haag.

Ireland 1998

Ireland, D.C.R. (1998), 'Australian repetition strain injury'. *Clinical Orthopedics and Related Research* 351: 63-73.

Koerselman 2007

Koerselman, F.G. (2007), 'De psychiater als deskundige'. In: M. Nijsen e.a.(red.), *The playing captain*. De Tijdstroom, Utrecht.

Kraepelin 1899

Kraepelin, E. (1899), 'Das hysterische Irresein'. In: *Psychiatrie*. II. Band, Klinische Psychiatrie. Sechste Auflage. Heruitgave door Arts & Boeve, Nijmegen (1999).

Libbrecht 1992

Libbrecht, K. (1992), *De geschiedenis van de 'Hysterische Psychose'*. Idesca, Gent.

Mechanic 1986

Mechanic, D. (1986), 'The concept of illness behaviour: culture, situation and personality disposition.' *Psychological Medecine* 16: 1-7.

Merckelbach, Jelicic, Peters, Brands, & Smeets 2006

Merckelbach, H., Jelicic, M., Peters, M., Brands, I. & Smeets, T. (2006), 'Hoe meneer Ganser zijn basketbalteam naar de overwinning voerde'. *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid* 61: 614-627.

Mol 2006

Mol, E.E.M., 'Nagebootste Stoornis'. In: Achilles, R.A., Beerthuis, R.J. & Van Ewijk, W.M. (2006), *Handboek Spoedeisende Psychiatrie*. Benecke N.I., Amsterdam.

Rogers 1997

Rogers, R (ed., 1997), *Clinical Assessment of Malingering and Deception*. Second edition. The Guilford Press, New York/London.

Rousseau 1993

Rousseau, G.R. (1993), 'A Strange Pathology': Hysteria in the Early Modern World, 1500-1800'. In: Gilman, S.L., King, H., Porter, R., Rousseau, G.S., Showalter, E.S., *Hysteria beyond Freud*. University of California Press, Berkely, Los Angeles, London.

Scholten-Peters, Verhagen, Bekkering, Van der Windt, Barnsley, Oostendorp, & Hendriks 2003

Scholten-Peters, G.G.M., Verhagen, A.P., Bekkering, G.E., Van der Windt, D.A., Barnsley, L., Oostendorp, R.A., & Hendriks, E.J. (2003), *Prognostic factors of whiplash-associated disorders: A systematic review of prospective cohort studies*. *Pain* 104: 303-322.

Showalter 1997

Showalter, E. (1997), *Hystories. Hysterical Epidemics and Modern Culture*. Picador, London.

Thiel 1970

Thiel, J.H. (1970), *Onechtheid. Onderzoek naar betekenis en gebruik van het begrip onechtheid in een psychiatrische kliniek*. Boom, Meppel.

Tilburg 2004

Tilburg, W. van (2004), 'Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater'. *Verkeersrecht* 52: 7-13.

Tilburg 2007

Tilburg, W. van (2007), 'Waarom ben ik schizofreen geworden?' In: Swinkels, J. & Boer, F.(eds.), *N=1. Over psychiatrie met een menselijke maat*. Benecke, Amsterdam.

Tilburg 2008

Tilburg, W. van (2008), 'Hysteria revisited'. In: J. Dirkx en W. Heuves, *Hysterie. Psychoanalytische beschouwingen*. Boom, Amsterdam, 2008.

HOOFDSTUK 10

SCHOKSCHADE

E.F.D. Engelhard,¹ I.M. Engelhard²

SAMENVATTING

Het recht op vergoeding van 'schokschade', de schade die verband houdt met psychisch letsel na schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, omvat een aantal gedragspresumpties. De Hoge Raad stelt dat door het waarnemen van een ongeval of de directe confrontatie met de gevolgen ervan een hevige emotionele schok teweeg kan worden gebracht, waaruit psychisch letsel voortvloeit. Dit zou zich in het bijzonder kunnen voordoen indien iemand een nauwe affectieve relatie heeft met de betrokkene. In onze bijdrage worden deze gedragspresumpties kritisch besproken aan de hand van empirische onderzoeken en inzichten uit de klinische psychologie. Ook zal er aandacht worden besteed aan de psychologische relevantie van het onderscheid tussen schokschade en 'affectieschade'.

1 INLEIDING

1.1 De juridische criteria voor 'schokschade'

In deze bijdrage zullen we ons richten op het belang van inzichten uit de klinische psychologie voor het recht op vergoeding van 'schokschade'. Onder deze juridische term wordt in het algemeen de schade verstaan die verband houdt met een hevige emotionele schok als gevolg van de confrontatie met (de directe gevolgen van) een ongeval of ander

- 1 Dr. Esther F.D. Engelhard is als universitair hoofddocent werkzaam op het gebied van aansprakelijkheidsrecht en schade bij het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht.
- 2 Dr. Iris M. Engelhard is als universitair hoofddocent werkzaam op het gebied van de Experimentele Psychopathologie bij de capgroep Klinische en Gezondheidspsychologie van de Universiteit Utrecht.

incident.³ We zien schokschadeclaims vooral bij geweldsdelicten⁴ en verkeersfouten,⁵ maar ook bijvoorbeeld bij medische fouten,⁶ ongevallen op de werkplek⁷ en rampen.⁸ De eiser stelt dat de schade verband houdt met de schokkende confrontatie met de gebeurtenis (of met gevolgen van de gebeurtenis) waarvoor de gedaagde aansprakelijk is. Hoewel de term schokschade ruim is, zullen we ons richten op schade die verband houdt met een posttraumatische stressstoornis (PTSS).

In de rechtspraak zijn bijzondere regels ontwikkeld voor de vraag in hoeverre slachtoffers recht hebben op vergoeding van schokschade. Hierbij wordt een cruciaal onderscheid gemaakt al naar gelang de schade:

- het gevolg is van verwondingen die een slachtoffer zelf heeft opgelopen (of dreigde op te lopen) van de gebeurtenis, en/of
- het gevolg is van het waarnemen van de gebeurtenis waarbij een ander verwond raakt en/of overlijdt, en/of
- het gevolg is van verdriet dat uitsluitend verband houdt met het moeten missen van een dierbare die bij de gebeurtenis is omgekomen, ofwel ‘affectieschade’.

Dit onderscheid wordt in de klinische praktijk niet gemaakt en dat leidt tot moeilijkheden; Verheij wees daar al op.⁹ Voor de eerstgenoemde categorie van slachtoffers die gewond raakten, zien we geen conceptuele moeilijkheden op het snijvlak tussen rechtscriteria

- 3 Vgl. Verheij 2002, p. 117 en 171 en o.a. Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN AH9234, r.o. 2.4. De rechtbank kwalificeert de ‘psychosociale stress als gevolg van de rechtstreekse betrokkenheid bij het overlijden van vader na een verkeersongeval’, als schokschade.
- 4 We vinden hiervan in de rechtspraak veruit de meeste voorbeelden, naar we vermoeden worden schokclaims in strafzaken relatief weinig buitengerechtelijk afgewikkeld. Om een indicatie te geven: sinds 1 januari 2002 tellen we zo’n 28 gepubliceerde strafrechtelijke schokzaken, o.a. Rb. Maastricht 3 mei 2006, LJN AX0354; Rb. ’s-Gravenhage 8 november 2006, LJN AZ1777; Hof ’s-Hertogenbosch 10 april 2007, LJN BA2524; HR 10 april 2007, NJ 2007, 223; Hof Leeuwarden 16 april 2007, LJN BA3007; Rb. Arnhem 16 mei 2007, LJN BA6358; Hof Amsterdam 18 juni 2007, LJN BA7439 en HR 3 juli 2007, NJ 2007, 413.
- 5 Na geweldsdelicten is dit de in de rechtspraak grootste categorie schokschadeclaims. We wijzen op het standaardarrest HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 nt. CJHB en het gaat sinds 1 januari 2002 om (om en nabij) een negental zaken, te weten Rb. ’s-Gravenhage 9 januari 2002, LJN AE4371; HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240; Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2003, 233; Rb. Haarlem 23 juli 2002, LJN AE6438; Rb. Alkmaar 30 oktober 2002, LJN AF6667 (tevens strafzaak); Rb. ’s-Hertogenbosch 5 februari 2003, LJN AF3886; Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN AH9234; Rb. Arnhem 21 juli 2004, LJN AR2559 en Rb. Arnhem 23 juni 2006, LJN AX9255 (tevens strafzaak).
- 6 Van de genoemde categorieën schokclaims (m.u.v. de claims in verband met rampen) is dit een kleinere categorie; bekend is de afwijzing door het hof van de vordering tot smartengeld op die grond in HR 8 september 2000, NJ 2000, 374 m.nt. ARB (*Baby Joost*). Om een indicatie te geven: sinds 1 januari 2002 tellen we drie andere gepubliceerde zaken: Rb. Rotterdam 8 februari 2006, LJN AX2193; Rb. Maastricht 22 maart 2006, LJN AV7273 en Rb. Maastricht 18 oktober 2006, LJN AZ0717.
- 7 Sinds 2002 vonden we behalve Rb. Utrecht 2 mei 2007, 487647 CU EXPL.06-9379 TP (*Haanstra/NS*) geen gepubliceerde civiele uitspraken (we hebben daarbij niet naar de bestuursrechtspraak gekeken).
- 8 Zie m.n. Rb. Amsterdam 19 juli 2000, LJN AA6551 (*23 eisers/Boeing; Bijlmerramp*).
- 9 Zie o.a. Verheij 2002, p. 171, waar hij wijst op de grote praktische bezwaren van de definitie van schokschade en het onderscheid met affectieschade. We zullen die hierna ook tegenkomen.

en klinische inzichten. Deze groep heeft, indien de aansprakelijkheid van de gedaagde vaststaat, recht op vergoeding van de volledige schade op basis van de algemene regels. Voor de slachtoffers binnen deze groep die niet daadwerkelijk gewond zijn geraakt, maar wel *dreigden* gewond te raken,¹⁰ geldt er echter een extra beperking ten aanzien van het recht op smartengeld (*ex art. 6:106 sub b, slot BW*). Er moet dan sprake zijn van ‘geestelijk letsel’. Dat is volgens de Hoge Raad ‘in het algemeen pas het geval indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld’.¹¹ Ter onderbouwing hiervan wordt in procedures veelvuldig verwezen naar PTSS.¹²

Onze aandacht zal vooral gaan naar de rechtspositie van slachtoffers die onder de tweede en derde categorie vallen. Het gaat dan veelal om naasten die schadevergoeding vorderen voor schokschade die het gevolg is van het zien of horen dat een dierbare gewond is geraakt. Bekend is de kwestie *Van der Heijden/Holland*,¹³ waarbij een meisje omkwam dat tijdens een verkeersongeval op de achterbank in haar moeders auto zat, en de zogenaamde *Taxibus*-zaak¹⁴ van de moeder die haar overleden dochter op straat aantroef nadat zij was overreden door een taxibus. In beide zaken stelt de Hoge Raad voorop dat er geen recht op schadevergoeding bestaat voor schade die uitsluitend verband houdt met verdriet dat zijn oorzaak vindt in het overlijden van het kind. Naast technische redenen wijst de Hoge Raad erop dat het wel toekennen van vergoeding in deze gevallen zou leiden tot een (ongewenste) commercialisering van leed en ‘onsmakelijke’ procedures.¹⁵ Affectieschade is dan ook uitgesloten.¹⁶ Wel heeft men volgens het *Taxibus*-arrest bij de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm recht op vergoeding van schade voor zover die ermee verband houdt dat er (r.o. 3.4):

‘door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, wat zich in het bijzonder zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffene in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond’.

10 Hiervoor is het niet doorslaggevend of eisers zich in de ‘zone of danger’ bevonden en dus objectief levensgevaar hebben gelopen, Rb. Amsterdam 19 juli 2007, LJN AA6551, r.o. 6 (*Bijlmerramp*).

11 Zie HR 10 april 2007, NJ 2007, 223 (*Angststoornis moeder na moord dochter*).

12 Ook Verheij 2002, nr. 94 (p. 118) wijst hierop. We zien ook wel andere angststoornissen of depressie, zie bijv. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2003, 233, r.o. 21 en HR 10 april 2007, NJ 2007, 223.

13 HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 nt. CJHB (*Van der Heijden/Holland*).

14 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 nt. JBMV (*Taxibus*-arrest), r.o. 3.4.

15 Inmiddels ligt er een wetsvoorstel bij de Eerste Kamer dat hierin verandering moet brengen; *Kamerstukken I* 2005/06, 28 781. Hierin wordt een vaste kring van naasten (ouders, kinderen, echtgenoten en geregistreerde partners en een beperkte restcategorie) bij ernstig letsel of overlijden jegens de aansprakelijke persoon recht geboden op € 10.000 als schadevergoeding.

16 Alleen puur opzettelijk veroorzaakte affectieschade komt wel voor vergoeding in aanmerking, art. 6:162 BW jo. art. 6:106 sub a BW.

Indien aan deze voorwaarden is voldaan, heeft men ‘in het algemeen’ tevens recht op smartengeld mits er ‘sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld’.¹⁷ De rechter moet echter onderscheid maken tussen de genoemde affectieschade (verdriet om de dood van het kind), die dus niet wordt vergoed, en het ‘leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijke letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval’, waarvoor wel schadevergoeding mogelijk is. Veelal wordt dan aan een psychiater of psycholoog gevraagd om aan te geven hoe beide vormen van schade zich tot elkaar verhouden. In een aantal zaken onthouden deskundigen zich echter van een dergelijk oordeel, met als argument dat dit vanuit klinisch oogpunt niet kan worden gegeven.

1.2 Een viertal juridische presumpties

In de hiervoor weergegeven rechtsregels van de Hoge Raad lijken de volgende *niet-juridische veronderstellingen (presumpties)* besloten te liggen:

1. Door de *waarneming* van een ongeval of de *directe confrontatie* met de gevolgen daarvan wordt een hevige emotionele schok veroorzaakt.
2. Uit de *hevige emotionele schok* vloeit geestelijk letsel voort.
3. Het ontstaan van schokschade door de waarneming of confrontatie doet zich vooral voor indien iemand een *nauwe affectieve relatie* heeft met de getroffene.
4. Het is mogelijk om vast te stellen in hoeverre leed door het verlies van de getroffene is ontstaan (affectieschade) dan wel door de confrontatie met de gebeurtenis (schokschade).

De Hoge Raad doet hiermee uitspraken over kwesties die deel uitmaken van het terrein van de klinische psychologie. Ons lijkt dat het recht wint aan overtuigingskracht en objectiviteit als het op de betreffende punten zo veel mogelijk aansluit bij de huidige inzichten uit de klinische psychologie.¹⁸ In deze bijdrage zullen we de vier presumpties analyseren vanuit de huidige inzichten van de klinische psychologie en ingaan op implicaties van die bevindingen voor de betreffende regels.

17 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 nt. JBMV (*Taxibus*-arrest), r.o. 3.4. Naar verluidt heeft de eiseres in deze zaak uiteindelijk €13.000 ontvangen.

18 We sluiten daarmee in feite aan bij de visie op het recht die Van Boom en Giesen op het punt van veiligheidsregulering en gedragsnormen tentoonspreiden (Van Boom 2003 en Giesen 2005, p. 96). Giesen: ‘[E]en gedragsnorm die vanuit de psychologie niet hanteerbaar is – omdat daaruit blijkt dat aan die norm feitelijk niet te voldoen is – zou wat mij betreft niet als juridische gedragsnorm mogen worden gebruikt, tenzij er zwaarwegende redenen van normatieve aard zouden bestaan die dat eventueel anders zouden kunnen maken.’

1.3 Plan van aanpak

Om dit te kunnen doen, zal er in paragraaf 2 eerst meer duidelijkheid worden geboden over het klinische beeld van PTSS (par. 2.1), de procedurele relevantie van de diagnose PTSS en de wijze waarop de diagnose wordt vastgesteld (par. 2.2 en par. 2.3).

In paragraaf 3 worden recente gegevens beschreven over het vóórkomen van PTSS na verschillende typen schokkende gebeurtenissen. We besteden ook aandacht aan de huidige inzichten omtrent de risicofactoren voor de ontwikkeling van PTSS. Vanuit deze perspectieven zal worden ingegaan op de vier genoemde presumpties van de Hoge Raad. Volgens de eerste presumptie wordt door de *waarneming* van het ongeval of de *directe confrontatie* met de gevolgen een 'hevige emotionele schok' veroorzaakt. Hoe verhoudt zich dit tot de huidige klinische inzichten? Is een telefoontje aan de ouders dat hun kind is omgekomen bij een ongeval niet in staat om een hevige emotionele schok en PTSS te veroorzaken? Ook zal worden ingegaan op de presumptie dat geestelijk letsel wordt veroorzaakt door een *hevige emotionele schok*. Sommige mensen voelen geen hevige angst tijdens of na een schokkende gebeurtenis, maar voelen zich verdoofd of ervaren schaamte en woede. Is er bij hen minder kans op het ontstaan van PTSS? En moet er daadwerkelijk sprake zijn van één moment waarop de schade ontstaat? Volgens de derde presumptie doet PTSS zich vooral voor bij mensen die een nauwe *affectieve relatie* hebben met de getroffen. Wordt dit gestaafd door klinisch onderzoek? Naar aanleiding van dit laatste zal er ook nog aandacht worden besteed aan de psychologische relevantie van het onderscheid tussen schokschade en affectieschade. Van diverse kanten zijn daarbij al kritische kanttekeningen geplaatst en hierover zullen we dus kort zijn.¹⁹

We eindigen met een samenvatting van onze analyse en een beschouwing over de betekenis die daaraan toekomt voor het denken en beslissen over de besproken vergoedingsregels.

2 WAT IS PTSS?

2.1 Klinisch beeld van PTSS

PTSS werd in 1980 als een angststoornis opgenomen in het psychiatrische handboek van diagnostiek genaamd *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM).²⁰ Dit was het gevolg van sociale en politieke ontwikkelingen in de jaren zeventig, waarbij aandacht werd gevraagd voor de psychische gevolgen van de Tweede Wereldoorlog,

¹⁹ Zie par. 3.3 en de daar genoemde referenties.

²⁰ American Psychiatric Association (APA; 1980), DSM-III. Washington, DC: APA.

de Vietnam-oorlog en huiselijk geweld. De term PTSS bestaat dus nog niet zo lang. Voorheen stond een soortgelijk ziektebeeld bekend onder diverse termen (bijv. 'soldier's heart', 'shell shock', 'concentratiekampsyndroom' en 'rape trauma syndrome').²¹ In de huidige editie van de DSM²² wordt PTSS gedefinieerd als een patroon van symptomen na een traumatische ervaring, bestaande uit (1) *herbelevingen* van het trauma (bijv. indringende herinneringen, nachtmerries, flashbacks), (2) *vermijding en emotionele afstomping* (bijv. gedachten of gesprekken over het trauma vermijden, activiteiten of mensen die geassocieerd zijn met het trauma vermijden, gevoelens van vervreemding van anderen) en (3) *verhoogde prikkelbaarheid* (bijv. irritaties, slaapproblemen, schrikachtigheid). De diagnose vereist minstens één symptoom van herbelevingen, drie van vermijding en twee van prikkelbaarheid, die minstens één maand aanhouden en een aanzienlijke lijdensdruk met zich brengen of het dagelijks functioneren wezenlijk verstoren. Meestal ontstaan de symptomen binnen enkele weken of maanden. De duur van PTSS kan 'acuut' zijn (maximaal drie maanden) of 'chronisch' (langer). PTSS gaat vaak samen met lichamelijke klachten²³ en andere psychopathologie, zoals depressie, alcoholmisbruik (met name bij mannen) en andere angststoornissen.²⁴

De aanname dat PTSS hoofdzakelijk wordt veroorzaakt door een trauma, was een belangrijke stap bij de erkenning van psychische klachten van slachtoffers. Deze aanname is echter ook een hoofdpunt van kritiek geworden.²⁵ Dit komt deels doordat een aantal PTSS-symptomen overeenkomt met de symptomen van andere angststoornissen en depressie. In wezen wordt PTSS van andere stoornissen onderscheiden doordat de symptomen het gevolg zouden zijn van een traumatische ervaring. Om de PTSS-diagnose te krijgen, is het meemaken van een dergelijke ervaring dus vereist. Dit lijkt een open deur, maar het is complex, want wat is 'traumatisch'? De DSM-IV verstaat hieronder: 'betrokkene heeft ondervonden, is getuige geweest van of werd geconfronteerd met één of meer gebeurtenissen die een feitelijke of dreigende dood of een ernstige verwonding met zich bracht, of die een bedreiging vormde voor de fysieke integriteit van betrokkene of van anderen', waarop de betrokkene heeft gereageerd met 'intense angst, hulpeloosheid of afschuw'.²⁶ Het criterium van de Hoge Raad (waarneming of directe confrontatie met de gevolgen) sluit vooralsnog hierop aan. Momenteel wordt er echter een nieuwe editie van de DSM voorbereid (DSM-V wordt in 2011 verwacht) en het is nog onduidelijk hoe dit criterium zal worden bepaald.

21 Withuis 2002.

22 APA (1994), DSM-IV. Washington, DC: APA.

23 Engelhard, Van den Hout, Weerts & Van Doornen 2008.

24 Kessler et al. 1995, p. 1048-1060.

25 Zie bijv. McNally 2003; Brewin 2003; en Engelhard, Arntz & Van den Hout 2006, p. 58-65.

26 APA (1994), DSM-IV. Washington, DC: APA, p. 429.

2.2 Juridische relevantie van de diagnose PTSS

De vraag of een ervaring ‘traumatisch’ is en of samenhangt met geestelijk letsel werd tot voor kort in een aantal schadezaken voorbehouden aan het oordeel van de rechter. De rechter achtte de feiten uit het dossier ‘traumatisch’ en oordeelde, zonder dat er een deskundige aan te pas kwam, dat er sprake was van geestelijk letsel,²⁷ zoals PTSS.²⁸ Dat er sprake was van geestelijk letsel werd als een ‘feit van algemene bekendheid’ beschouwd²⁹ of werd uit de redelijkheid afgeleid.³⁰

In 2007 nam de strafkamer van de Hoge Raad echter geen genoegen (meer) met een oordeel dat gebaseerd was op (de *gruwelijkheid* van) de dossiergegevens en de verklaringen van de eiser en zijn raadsman. Het oordeel dat sprake is van geestelijk letsel noodzaakt tot nader feitelijk onderzoek.³¹ De zaak betrof de vordering van een vader die ‘zijn dochter levenloos, in gedeeltelijk ontklede toestand, badend in het bloed als gevolg van zeer vele steekletsels’ in de woonkamer had aangetroffen. Aannemelijk was geworden dat hij een nauwe emotionele band met zijn dochter had. De aanwezigheid van geestelijk letsel achtte het hof ‘evident’ op grond van zijn slachtofferverklaring, het feit dat hij onder behandeling was bij een zorginstelling en de verklaring van de sociaalpsychiatrisch verpleegkundige dat hij door flashbacks moest verhuizen. Ook liet het hof het beeld meewegen dat het zichzelf had kunnen vormen, mede op grond van foto’s in het dossier, van de omstandigheden waaronder de man zijn dochter had aangetroffen. Dit alles maakte geestelijk letsel bij de vader volgens het hof zo aannemelijk dat, zonder rapportage, alvast een deel van de vordering werd toegewezen. De raadsman van de vader had aangevoerd dat het opstellen van een psychiatrisch rapport voor hem te belastend zou zijn. Voor het restant werd de zaak naar de civiele rechter doorverwezen. Volgens de strafkamer van de Hoge Raad gaf het hof hiermee onvoldoende blijk te hebben onderzocht of er aan het vereiste van geeste-

27 Zie o.a. Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN AH9234, r.o. 2.4.

28 In 7 van de 8 in noot 2 vermelde strafrechtelijke uitspraken werd niet van enig concreet ziektebeeld of een concrete stoornis gerept. Daarentegen werd PTSS in – op twee na – alle van de in noot 3 genoemde verkeerszaken opgevoerd en de betreffende twee zaken waren wederom strafzaken (verkeersfouten). We vermoeden dat hieraan mede debet is dat als de vordering ‘eenvoudig van aard’ is, dit een grond kan zijn voor niet-ontvankelijkheid (art. 361 lid 3 Sv).

29 Vgl. Rb. ’s-Gravenhage 9 januari 2002, LJN AE4371 waar het verweer dat deskundigenverklaringen ontbraken over de vraag of er sprake was van geestelijk letsel wordt verworpen aangezien het ‘van algemene bekendheid’ is ‘dat de confrontatie van ouders met hun bij een ongeval, waar zij ook zelf bij betrokken zijn, ter plaatse overleden 3-jarige kind, geestelijk letsel oplevert’.

30 Zie Hof ’s-Hertogenbosch 3 oktober 2003, LJN AL6195 (geestelijk letsel na waarneming van de moord op eisers vrouw en de directe confrontatie met zijn vermoorde dochter afgeleid uit ‘redelijkheid’ en het feit dat de benadeelde partij zich onder geestelijke behandeling heeft moeten stellen).

31 HR 3 juli 2007, NJ 2007, 413, r.o. 4.4. Zie ook reeds HR 10 april 2007, NJ 2007, 223 (*Angststoornis moeder na moord dochter*).

lijk letsel was voldaan en was de claim alsnog niet-ontvankelijk.³² Het feitenonderzoek ter vaststelling van geestelijk letsel vergt dus in beginsel klinische expertise.

2.3 Het vaststellen van de diagnose PTSS

De diagnose PTSS wordt bepaald aan de hand van een gestructureerd klinisch interview met een klinisch psycholoog of een psychiater. Op basis van de ervaring en klachten die het slachtoffer beschrijft, bepaalt de clinicus of deze overeenkomen met de diagnostische richtlijnen. Het vaststellen van een geldige diagnose wordt beïnvloed door de nauwkeurigheid van de zelfrapportage van het slachtoffer en de bekwaamheid van de clinicus. In de klinische praktijk wordt de diagnose niet gesteld op grond van een vragenlijst. Met vragenlijsten kan namelijk niet goed worden bepaald welke ervaring ten grondslag ligt aan de diverse klachten. Ook wordt er in vragenlijsten geen onderscheid gemaakt tussen huidige PTSS, reeds eerder aanwezige PTSS en niet-specifieke PTSS-klachten (dat wil zeggen klachten die deel uit *kunnen* maken van de diagnose, maar die net zo goed los kunnen staan van PTSS, net zoals moeheid of hoofdpijn bij allerlei ziektebeelden voor kunnen komen en ook op zichzelf kunnen staan). De hier genoemde onderscheidingen kunnen in een klinisch interview wel worden gemaakt. Ten slotte vereist de PTSS-diagnose dat de symptomen de persoon op een 'substantiële' manier belemmeren in het functioneren. Ook dit laatste wordt nagegaan via interviews, niet via vragenlijsten. Als er geen rekening wordt gehouden met deze zaken kan de schatting van traumagerelateerde PTSS te hoog uitpakken.³³

Bij de bewijslast ten aanzien van PTSS doet zich het probleem voor van de subjectieve aard van de diagnose. Het vaststellen van de stoornis is een belangrijke stap bij het bepalen van psychische schade door een trauma, maar het is ook een lastige stap, omdat veel afhangt van de geloofwaardigheid van het slachtoffer. Het simuleren of overdrijven van traumatische gebeurtenissen³⁴ en klachten³⁵ (bijv. voor financiële compensatie of arbeidsongeschiktheid) moet bij het stellen van de diagnose worden uitgesloten, al is het lastig te achterhalen of hier sprake van is. Ook is het de vraag of iemand de eigen psychische toestand nauwkeurig kan weergeven, gezien de complexe drijfveren en spanningen die typerend zijn voor schadeprocedures (in het bijzonder bij het vorderen van smartengeld, aangezien een medisch erkend ziektebeeld noodzakelijk is voor het slagen van de vordering).

32 HR 3 juli 2007, NJ 2007, 413, r.o. 4.3.

33 Engelhard, Van den Hout, Weerts, Arntz, Hox & McNally 2007; Engelhard, Van den Hout, Weerts 2007.

34 Burkett & Whitley 1998.

35 Frueh et al 2000, p. 853 e.v.

Psychobiologische meetmethoden (het meten van psychische processen door lichamelijke uitingsvormen) bieden wellicht de mogelijkheid om de diagnose PTSS meer naar objectieve maatstaven vast te stellen. Er zijn veel psychische en biologische afwijkingen gevonden bij mensen met PTSS, maar doordat de oorsprong van de meeste afwijkingen onbekend is, komen ze niet in aanmerking voor toepassing in juridische procedures. Twee maten lijken voornamelijk wel in aanmerking te komen voor implementatie: verhoogde lichamelijke reacties tijdens het voor de geest halen van het trauma en verhoogde schrikachtigheid bij het horen van plotselinge, harde tonen. In een aantal Amerikaanse civiele zaken zijn deze maten gebruikt als indicatie van de symptomen van het slachtoffer.³⁶ De juridische toepassing lijkt veelbelovend, maar de effectiviteit is tot nu toe slechts op kleine schaal getest.

De diagnose PTSS kan dus worden gebruikt als een maat van de psychische schade na een schokkende gebeurtenis, maar niet als een aanwijzing dat een bepaalde gebeurtenis daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en niet als uitsluitend over de oorzaak van de schade.³⁷ De symptomen geven slechts de emotionele betekenis van de herinneringen weer. Met de diagnose PTSS is dus nog niet het causale verband gelegd tussen de schade en de fout van de gedaagde. Uit de door ons onderzochte rechtspraak ontstaat overigens het beeld dat de PTSS-diagnose inderdaad niet meeweegt bij het bepalen van het causale verband tussen de gebeurtenis en schade.

3 ANALYSE VAN DE VIER PRESUMPTIES

3.1 Oorzaken en incidentie van PTSS

Zoals we eerder aangaven, stelt de Hoge Raad dat een hevige emotionele schok wordt veroorzaakt door de waarneming van een ernstig ongeval of de directe confrontatie met de gevolgen daarvan³⁸ en dat deze schok zich met name zal voordoen als er een nauwe affectieve relatie is met de getroffene.³⁹ Komt dit overeen met de inzichten uit de klinische psychologie over de oorzaken en incidentie van PTSS?

³⁶ Pitman & Orr 2003. Zie ook Orr & Roth 2000, p. 225 e.v.

³⁷ Stone 1993, p. 23 e.v.

³⁸ Vgl. bijv. ook Rb. Zutphen 14 juli 2004, LJN AQ1376 waar de rechtbank de immateriële schade van een vrouw in verband met doodslag van haar partner middels een messteek (en beroving), aanmerkt als schokschade 'nu [dit] zich voor haar ogen heeft afgespeeld'.

³⁹ Vgl. bijv. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2003, 233, r.o. 20. Het verband tussen het geestelijk letsel (een zwaar depressieve storing) en de confrontatie met het ongeval leidt het hof af uit het feit dat therapeutische behandeling mede deze confrontatie met het ongeval betrof en uit de nauwe moeder-dochterrelatie, overwegend dat schokschade 'zich met name [kan] voordoen indien sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene die door het ongeval is gedood of gewond geraakt'. Zie Verheij 1998.

Aanvankelijk werd PTSS in verband gebracht met gebeurtenissen waarbij de persoon zelf bedreigd werd of lichamelijk letsel opliep, zoals geweldsmisdrijven, ongelukken, rampen en seksueel misbruik. Latere onderzoeken hebben echter aangetoond dat een soortgelijke stoornis ook, zoals de Hoge Raad veronderstelt, kan volgen op het *waarnemen* van het ongeluk van een ander (bijv. een machinist die ziet dat iemand voor de trein springt of de getuigen van een ernstig verkeersongeluk). De juridische maatstaf van ‘directe confrontatie met de gevolgen van het ongeval’ zal zich verder in de rechtspraak moeten uitkristalliseren, maar er wordt veelal van uitgegaan dat dit criterium vraagt dat de eiser met de fysieke gevolgen van het ongeval (de directe *aftermath*) is geconfronteerd, zoals het gekwetste lichaam van het primaire slachtoffer, bloed, sirenes en dergelijke.⁴⁰ Onderzoek laat echter zien dat PTSS óók kan volgen op een *verbale overdracht* van onverwachte en dramatische informatie over een ongeval of misdrijf, zoals het vernemen dat een dierbare plotseling is overleden, dat een kind is vermoord of dat een familielid het slachtoffer was van seksueel geweld. Deze verscheidenheid aan gebeurtenissen, die buiten de genoemde juridische maatstaven lijken te vallen, wordt weergegeven in de eerdergenoemde definitie van een ‘traumatische ervaring’ in de DSM-IV. Uitgaande van de maatstaven uit de klinische psychologie is presumptie 1 dus beperkt: een hevige emotionele schok kan worden veroorzaakt door de waarneming van een ongeval of de directe confrontatie met de gevolgen daarvan, maar óók door een ‘indirecte’ confrontatie met een schokkende gebeurtenis, bijvoorbeeld door via de politie te vernemen van een ongeval.

Hoe vaak komt PTSS na de directe of indirecte confrontatie met het schadevoorval voor? Hoewel bepaalde PTSS-*symptomen* (met name herbelevingen en prikkelbaarheid) kort na een trauma veel voorkomen, komt de *stoornis* niet veel voor. Op basis van een steekproef onder de Amerikaanse bevolking bleek dat ongeveer 90% van de deelnemers minstens één traumatische gebeurtenis⁴¹ tijdens het leven had meegemaakt en dat ongeveer 10% van de mannen en 18% van de vrouwen PTSS had ontwikkeld.⁴² Dit is vergelijkbaar met Nederlands onderzoek.⁴³ Het vóórkomen van PTSS hangt af van het type gebeurtenis. Uit het Amerikaanse onderzoek blijkt dat de kans op PTSS het grootst is na geweldsmisdrijven, zoals een verkrachting (49%) of ernstige mishandeling (31,9%). De kans op PTSS is kleiner na een ernstig verkeersongeval (2,3%), brand of een natuurramp (3,8%), dan na een ander ernstig ongeluk (16,8%) of zien dat iemand gedood wordt of ernstig gewond raakt (7,3%). Te weten komen dat een dierbare een schokkende gebeurtenis heeft meegemaakt, zoals ernstig lichamelijk geweld (4,6%) of seksueel misbruik (3,6%), brengt een kleinere kans op PTSS met zich dan het vernemen van de plotse-

40 Ales 2007 (met verwijzingen).

41 Volgens de huidige DSM-IV definitie.

42 Breslau 1998, p. 1-19.

43 Olf & De Vries 2005.

linge dood van een dierbare (14,3%). Ten slotte dient te worden opgemerkt dat de PTSS-percentages ook afhangen van de tijd na het trauma. Als PTSS langer dan drie maanden aanhoudt, is de kans groter dat het chronisch blijft.⁴⁴ Duidelijk is in elk geval dat PTSS niet alleen ontstaat na de directe waarneming van (de gevolgen van) een schokkende gebeurtenis die een *dierbare* meemaakt of het vernemen dat hiervan sprake is, maar ook na het waarnemen van het ongeluk van een *onbekende*, dus buiten de affectieve relatie. De derde presumptie (schokschade ontstaat na blootstelling aan een schokkende gebeurtenis vooral als men een nauwe affectieve relatie heeft met direct daarbij betrokkenen) is dus in overeenstemming met inzichten vanuit de klinische psychologie, maar hierbij moet worden benadrukt dat PTSS eveneens kan voorkomen bij mensen die zien dat een onbekende gewond raakt of overlijdt.

3.2 Inzichten uit de klinische psychologie omtrent de risicofactoren van PTSS

Zoals uit paragraaf 2.3 blijkt, is het naar klinische maatstaven mogelijk om aan te nemen dat er sprake is van PTSS zonder dat de precieze oorzaak vaststaat. PTSS is echter ook een van de weinige psychiatrische stoornissen die een etiologische factor vereisen (de traumatische ervaring), hetgeen suggereert dat de etiologie van de stoornis bekend is. Veel onderzoeken hebben inderdaad een lineair verband gevonden tussen de ernst van de post-trauma psychische problemen en de schokkende gebeurtenis. PTSS komt vaker voor als er sprake was van levensdreiging, verwondingen, of blootstelling aan afschuwelijke dood.⁴⁵ Deze relatie lijkt bewijs voor de *causale* impact van de schokkende gebeurtenis op het functioneren, maar causaliteit kan niet worden afgeleid uit een samenhang. Bij de meeste onderzoeken kan de ernst van de schokkende gebeurtenis niet op basis van *objectieve* gegevens, bijvoorbeeld aan de hand van archieven,⁴⁶ worden weergegeven. Meestal worden de betrokkenen, vaak jaren later, gevraagd naar feitelijke informatie over het gebeuren. Dit is nogal problematisch, want als mensen last hebben van ernstigere PTSS-symptomen, herinneren zij zich hun traumatische ervaringen ook als ernstiger.⁴⁷ De effecten zijn niet sterk, maar wel opmerkelijk. Zo werd aan werknemers van een lagere school gevraagd om een vragenlijst in te vullen over hun herinneringen aan een fatale schietpartij, zes maanden eerder op hun school.⁴⁸ Een jaar later werd de vragenlijst opnieuw afgenomen. Naarmate de PTSS-symptomen bij de tweede meting ernstiger waren, herinnerden mensen zich de gebeurtenis als erger dan voorheen (ze schatten bijv.

44 Foa & Rothbaum 1998.

45 March 1993, p. 37 e.v.

46 Bijv. Dohrenwend et al. 2006, p. 979 e.v.

47 Bijv. Engelhard, Van den Hout & McNally 2008, p. 3-9.

48 Schwarz, Kowalski & McNally 1993, p. 545-553.

de afstand tussen henzelf en het schietincident kleiner in). Degenen met weinig klachten bij de tweede meting herinnerden zich de schietpartij als minder erg. Dit illustreert dat herinneringen niet in kant-en-klare vorm zijn opgeslagen in het brein. Herinneringen aan traumatische ervaringen zijn (net als andere herinneringen) veranderlijk door de tijd en worden onder andere beïnvloed door de gemoedstoestand. Herinneren is reconstructie, niet reproductie.⁴⁹ Als mensen met PTSS het trauma als erger herinneren dan ze in eerste instantie deden, kan dit de dosis-responserelatie overschatten. Het is duidelijk dat niet iedereen PTSS ontwikkelt na een schokkende gebeurtenis. Ook blijkt dat mensen nogal eens PTSS-symptomen rapporteren na schijnbaar mildere, niet-traumatische gebeurtenissen, zoals problemen met werk, financiën of relaties.⁵⁰ Dit benadrukt het belang van de subjectieve reactie of interpretatie van de gebeurtenis.

Wordt PTSS veroorzaakt door een emotionele schok (de tweede presumptie van de Hoge Raad)? Subjectieve maten van angst of ervaren dreiging zijn inderdaad veel betere voorspellers van PTSS-symptomen dan objectieve maten van gevaar.⁵¹ Mensen die tijdens of vlak na een traumatische gebeurtenis geen intense angst, hulpeloosheid of afschuw ervaren, ontwikkelen meestal geen PTSS.⁵² Maar het kan wel. Sommige mensen ervaren tijdens of kort na een geweldsmisdrijf geen intense angst, maar schaamte of woede, en ontwikkelen toch ernstige PTSS-klachten.⁵³ Ook blijkt dat bewusteloosheid tijdens een ongeval het ontstaan van PTSS niet voorkomt. PTSS kwam drie maanden na een ongeval juist veel vaker voor bij slachtoffers die tijdens het ongeval buiten bewustzijn waren geraakt dan bij slachtoffers die dat niet waren.⁵⁴ Zelfs patiënten die ernstig hersenletsel oplopen bij een ongeluk en geen enkele bewuste herinnering van het ongeluk hebben kunnen toch ernstige PTSS-symptomen ontwikkelen.⁵⁵ Een verklaring hiervoor is dat zij details van het ongeluk hebben gehoord of gelezen en op basis daarvan een herinnering aan het ongeluk hebben gecreëerd. Zulke herinneringen kunnen herbelevingen en nachtmerries teweegbrengen.⁵⁶ Kortom, PTSS-symptomen kunnen ontstaan zonder dat er sprake is van een hevige emotionele schok tijdens of vlak na een ongeval of misdrijf. Dit lijkt niet verenigbaar met de tweede presumptie.

Welke andere factoren voorspellen of iemand na een traumatische ervaring ernstige problemen krijgt? Er wordt verondersteld dat de rol van persoonlijke kwetsbaarheden en risicofactoren minder belangrijk is bij het ontstaan van PTSS naarmate de gebeurtenis

49 Crombag & Merckelbach 1996.

50 Bijv. Mol et al. 2005, p. 494-499.

51 Bowman 1999, p. 21-33.

52 Brewin, Andrews, Rose 2000, p. 499-509.

53 Zie noot 50.

54 Zie McNally 2003, p. 120-123.

55 Bryant et al. 2000, p. 629-631.

56 Zie noot 52.

ernstiger is.⁵⁷ In een paar omvangrijke onderzoeken vond men dat hoger neuroticisme (de stabiele neiging om ervaringen op een negatieve manier te interpreteren) en lager cognitief vermogen (lagere intelligentie en opleidingsniveau) behoren tot de sterkste pre-traumatische voorspellende variabelen van PTSS.⁵⁸ Dit strookt met een invloedrijke theorie⁵⁹ die suggereert dat PTSS niet rechtstreeks voortkomt uit de traumatische gebeurtenis, maar uit negatieve interpretaties van de (nasleep van een) traumatische ervaring en uit het niet integreren van traumatische herinneringen in het autobiografisch geheugen. Uit een meta-analyse⁶⁰ van 85 (voornamelijk retrospectieve) onderzoeken naar risicofactoren van PTSS bleek dat algemene kenmerken (leeftijd e.d.) in sommige onderzoeken wel voorspellend waren en in andere niet. Lager opleidingsniveau en eerdere traumatische ervaringen waren meer consistent, maar de sterkte van het verband met PTSS hing af van de steekproef. Factoren zoals een psychiatrisch verleden, misbruik in de kindertijd en psychiatrische stoornissen in de familie hadden meer uniform voorspellende waarde. Sterkere effecten werden gevonden voor de ernst van het trauma, gebrek aan sociale steun en bijkomende (schokkende) gebeurtenissen.

De diagnose PTSS is, zoals gezegd, een van de weinige DSM-classificaties die een etiologische factor omvatten (de traumatische ervaring). Dit lijkt de validiteit van de diagnose niet ten goede te komen: de kans op PTSS is groter naarmate de traumatische gebeurtenis ernstiger is en de emotionele reactie heviger is, maar de meeste mensen die een traumatische ervaring meemaken, ontwikkelen geen stoornis. Omgekeerd geldt dat sommige mensen ernstige PTSS-klachten ontwikkelen zonder dat er sprake is van een traumatische ervaring (althans volgens de DSM-IV-definitie).

3.3 *Het onderscheid tussen schok- en affectieschade*

Ten slotte is er de vraag of op basis van klinisch onderzoek kan worden vastgesteld in hoeverre psychische schade verband houdt met de schokkende omstandigheden van een ongeval (schokschade) of met de gevolgen van het overlijden (affectieschade).⁶¹ In de literatuur wordt al jaren gewezen op de praktische problemen bij het vaststellen van deze verhouding⁶² en in verschillende procedures heeft de klinisch deskundige, met instem-

57 Zie noot 52.

58 Zie bijv. Engelhard, Van den Hout & Schouten 2004, p. 2540-2544.

59 Ehlers & Clark 2000, p. 319-345.

60 Brewin, Andrews & Valentine 2000, p. 748-766.

61 Zie de rechterlijke uitspraken vermeld in de navolgende twee voetnoten, en vgl. ook Rb. 's-Hertogenbosch 5 februari 2003, LJN AF3886, r.o. 4.15, waar op basis van de verklaring van de psychotherapeute in een moordzaak wordt geoordeeld dat de confrontatie van eiser met de aanslag op zijn eigen leven en dat van zijn omgebrachte echtgenote 'zo nauw met elkaar verwezen dat zij niet van elkaar gescheiden kunnen worden'.

62 Zie o.m. reeds de kritiek van Verheij 1998, p. 324-332 en in zijn dissertatie (Verheij 2002, p. 136-138 en 172), binnen de kring van verzekeraars Ales 2007, p. 9 en psychiater Van Tilburg 2004, p. 7 e.v.

ming van de partijen, verklaard dat het vaststellen van deze verhouding ‘gelet op de huidige stand van de psychiatrische wetenschap onmogelijk is’.⁶³

Om deze reden wordt de verhouding tussen schokschade en affectieschade ten opzichte van geestelijk letsel rechterlijk meestal niet door deskundigenonderzoek vastgesteld maar ‘naar redelijkheid’.⁶⁴ Daarbij wordt erkend dat ‘vaststellingen als deze steeds een, in hoge mate, arbitrair karakter hebben’.⁶⁵ Ze resulteren nogal eens in 50-50-verdeling.⁶⁶ Zo had het Hof Leeuwarden te oordelen over de claim van een moeder jegens Postma en diens WAM-verzekeraar FBTO voor de aanrijding waarbij haar 15-jarige dochter was overleden, die in een elektronische rolstoel reed. Zij had het ongeval horen gebeuren en was snel daarna ter plaatse en zag wat er gebeurd was. Volgens de gedaagde zou haar geestelijk letsel (onder andere een zware depressie) mede het gevolg zijn van de nauwe moeder-dochterrelatie. Beide partijen vonden een deskundigenopdracht om het percentage schokschade te bepalen onmogelijk en onwenselijk. Het hof ging hierin mee en kwam tot een 50-50-verdeling voor de materiële schade. De immateriële schade werd ‘naar billijkheid’ vastgesteld op €20.000.⁶⁷

4 CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

Wat kan er op grond van het voorgaande worden geconcludeerd? De besproken resultaten van klinisch onderzoek komen overeen met de eerste presumptie: PTSS kan ontstaan bij slachtoffers die niet op *directe* wijze bij de gebeurtenis betrokken waren (in de zin dat ze zelf gewond raakten of dreigden te worden geraakt). Volgens de juridische criteria moet er bij PTSS die verband houdt met overlijden sprake zijn van een eigen waarneming van het ongeval of van een directe confrontatie met de gevolgen daarvan. Hoewel de precieze betekenis van ‘een directe confrontatie’ nog onduidelijk is, lijkt hieronder niet de confrontatie te worden verstaan die uitsluitend bestaat uit het vernemen dat een dierbare is overleden (ervan uitgaande dat deze verbale informatie juist is en op correcte wijze werd overgebracht). Uit onderzoek blijkt echter dat PTSS kan volgen op zulke ‘indirecte’ schokkende gebeurtenissen. We noemden als voorbeelden het vernemen dat

63 Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN AH9234, r.o. 2.1 Bij eiser 1 werd PTSS vastgesteld en bij eiser 2 een aanpassingsstoornis; voor beiden in een eindtoestand.

64 Rb. Amsterdam 19 juli 2000, LJN AA6551, r.o. 7.1.3; Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2002, 233, r.o. 25; Rb. Haarlem 23 juli 2007, LJN AE6438, r.o. 5.5; Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN AH9234, r.o. 2.4.

65 Rb. Haarlem 23 juli 2007, LJN AE6438, r.o. 5.9. Het kind had als 10-jarige ervaren hoe haar moeder gewond en bekneld in het autowrak op hulp moest wachten en nadien is overleden. De rechtbank moest beoordelen in welke mate ‘normale’ leeftijds- en persoonlijkheidskenmerken, het overlijden en genoemde ervaring hadden bijgedragen aan de klachten van het kind. Dat resulteerde in een toewijzing van €25.000 smartengeld (in plaats van de gevorderde €35.000).

66 Rb. Amsterdam 19 juli 2000, LJN AA6551, r.o. 7.1.3; Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2002, 233, r.o. 25; Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN AH9234, r.o. 2.4.

67 Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2002, 233, r.o. 25.

een dierbare betrokken was bij een ernstig ongeval of een ernstig misdrijf heeft meegeemaakt, zoals seksueel misbruik. Op basis van verkregen informatie kan een voorstelling van zulke gebeurtenissen worden gemaakt, die vervolgens herbelevingen, nachtmerries en andere PTSS-symptomen teweegbrengt. Deze verscheidenheid aan gebeurtenissen wordt weergegeven in de definitie van een 'traumatische ervaring' in de DSM-IV. Vanuit de klinische psychologie gezien is de eerste presumptie dus beperkt: ook de verbale overdracht van informatie over een ongeval dat tot aansprakelijkheid heeft geleid kan PTSS teweegbrengen.

De tweede presumptie (geestelijk letsel vloeit voort uit een 'hevige emotionele schok') is consistent met de definitie van een traumatische ervaring volgens de DSM-IV, waarin wordt gesteld dat er tijdens of vlak na de gebeurtenis sprake moet zijn van 'intense angst, hulpeloosheid of afschuw'. Onderzoeken hebben inderdaad aangetoond dat er een lineair verband is tussen de ernst van de post-trauma psychische problemen en de ernst van de schokkende gebeurtenis en dat subjectieve maten van angst of ervaren dreiging betere voorspellers zijn van PTSS-symptomen dan objectieve maten van gevaar. Er zijn echter ook onderzoeken waaruit blijkt dat ernstige PTSS-symptomen kunnen ontstaan zonder dat er sprake is van een hevige emotionele schok tijdens of vlak na de traumatische gebeurtenis. Dat blijkt onder andere uit gevallen waarin slachtoffers geen intense angst ervoeren, maar schaamte of woede, en gevallen waarin slachtoffers geen herinneringen hadden aan het ongeval. Bij strikte handhaving van de veronderstelling van de Hoge Raad en van de DSM-IV-definitie van een traumatische ervaring worden de genoemde slachtoffers met klinisch-relevante PTSS-symptomen dus buitengesloten.

De derde presumptie (schokschade ontstaat vooral als men een nauwe affectieve relatie heeft met direct daarbij betrokkenen) is op zichzelf ook in overeenstemming met bevindingen vanuit de klinische psychologie. Wel moet worden benadrukt dat PTSS eveneens voorkomt bij mensen die zien dat een onbekende gewond raakt of overlijdt.

De vierde presumptie, namelijk dat het mogelijk is om vast te stellen in welke mate psychisch leed voortkomt uit schok- en/of affectieschade, lijkt, als het erom gaat dit klinisch vast te stellen, onjuist. Bij herhaling wordt in schadeprocedures door psychologen en psychiaters verklaard dat het naar de maatstaven van hun discipline niet verantwoord is om deze mate aan te geven. Het ontbreken van een klinisch oordeel leidt in sommige gevallen, veelal strafzaken, tot een opmerkelijk resultaat: aan slachtoffers die kampen met de traumatische gebeurtenis en het verlies van een dierbare wordt een vergoeding van slechts 50% van de schade toegekend. Men wordt dus gekort zonder medische reden. Het is wrang om zonder deskundigenoordeel, en zelfs in de wetenschap dat dit klinisch niet is vast te stellen, tot die conclusie te komen.

LITERATUUR

Ales 2007

Ales, A., 'Ruim vijf jaar na het Taxibus arrest', *PIV-bulletin* 2007, p. 7-13.

Van Boom 2003

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

Bowman 1999

Bowman, M.L., 'Individual differences in posttraumatic stress: Problems with the DSM-IV model', *Canadian Journal of Psychiatry*, 1999, 44, p. 21-33.

Breslau 1998

Breslau, N., 'Epidemiology of trauma and posttraumatic stress disorder', in R. Yehuda (red.), *Psychological trauma*, Washington, DC: American Psychiatric Press, 1998, p. 1-19.

Brewin 2003

Brewin, C.R., *Posttraumatic stress disorder: Malady or myth?*, New Haven, CT: Yale University Press, 2003.

Brewin, Andrews, Rose 2000

Brewin, C.R., Andrews, B. & Rose, S., 'Fear, helplessness, and horror in posttraumatic stress disorder: Investigating DSM-IV criterion A2 in victims of violent crime', *Journal of Traumatic Stress*, 2000, 13, p. 499-509.

Brewin, Andrews, Valentine 2000

Brewin, C.R., Andrews, B. & Valentine, J.D., 'Meta-analysis of risk factors for posttraumatic stress disorder in trauma-exposed adults', *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2000, 68, p. 748-766.

Bryant et al. 2000

Bryant, R.A. et al., 'Posttraumatic stress disorder after severe traumatic brain injury', *American Journal of Psychiatry*, 2000, 157, p. 629-631.

Burkett & Whitley 1998

Burkett, B.G. & Whitley, G., *Stolen valor: How the Vietnam generation was stolen of its heroes and its history*, Dallas: Verity Press, 1998.

Crombag & Merckelbach 1996

Crombag, H.F.M. & Merckelbach, H.L.G.J., *Hervonden herinneringen en andere misverstanden*. Amsterdam: Uitgeverij Contact, 1996.

Dohrenwend et al. 2006

Dohrenwend, B.P. et al., 'The psychological risks of Vietnam for U.S. Veterans: A revisit with new data and methods', *Science*, 2006, 313, p. 979-982.

Ehlers & Clark 2000

Ehlers, A. & Clark, D.M., 'A cognitive model of posttraumatic stress disorder', *Behaviour Research and Therapy*, 2000, 38, p. 319-345.

SCHOKSCHADE

Engelhard, Van den Hout & Schouten 2004

Engelhard, I.M., Van den Hout, M.A. & Schouten, E., 'Verband tussen neuroticisme en laag opleidingsniveau en de kans op posttraumatische stress-stoornis bij vrouwen na een miskraam of doodgeboorte', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 2004, 148, p. 2540-2544.

Engelhard, Arntz & Van den Hout 2006

Engelhard, I.M., Arntz, A. & Van den Hout, M.A., 'Ook angstpatienten zonder PTSS hebben last van PTSS symptomen', *Directieve Therapie*, 2006, 26, p. 58-65.

Engelhard, Van den Hout, Weerts, Hox & Van Doornen 2003

Engelhard, I.M., Van den Hout, M.A., Weerts, J.F. Hox, J., & Van Doornen, L.J.P., 'Prospective data on the relationship between posttraumatic stress disorder and physical health in troops deployed to the 2003 Iraq War' (aangeboden ter publicatie).

Engelhard, Van den Hout & Weerts 2007

Engelhard, I.M., Van den Hout, M.A. & Weerts, J., 'Stress en trauma na een militaire uitzending in Irak', *De Psycholoog*, 2007, 42, p. 649-653.

Engelhard, Van den Hout, Weerts, Arntz, Hox & McNally 2007

Engelhard, I.M., Van den Hout, M.A., Weerts, J., Arntz, A., Hox, J.C.M. & McNally, R.J., 'Trauma and stress in Dutch soldiers deployed to Iraq: A prospective study', *British Journal of Psychiatry*, 2007, 191, p. 140-145.

Engelhard, Van den Hout & McNally 2008

Engelhard, I.M., Van den Hout, M.A. & McNally, R.J., 'Memory consistency for traumatic events in Dutch soldiers deployed to Iraq', *Memory*, 2008, 16, p. 3-9.

Foa & Rothbaum 1998

Foa, E.B. & Rothbaum, B.O., *Treating the trauma of rape*, New York: Guilford Press, 1998.

Frueh et al. 2000

Frueh, B.C. et al., 'Apparent symptom overreporting in combat veterans evaluated for PTSD', *Clinical Psychology Review*, 2000, 20, p. 853-885.

Giesen 2005

Giesen, I., *Handle with Care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom, 2005.

Kessler et al. 1995

Kessler et al., 'Posttraumatic stress disorder in the National Comorbidity Study', *Archives of General Psychiatry*, 1995, 52, p. 1048-60.

March 1993

March, J.S., 'What constitutes a stressor?', in: J.R.T. Davidson & E.B. Foa (red.), *Posttraumatic stress disorder: DSM-IV and beyond*, Washington, DC: American Psychiatric Press, 1993, p. 37-54.

McNally 2003

McNally, R.J., *Remembering trauma*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

Mol et al. 2005

Mol, S.S.L. et al., 'Symptoms of post-traumatic stress disorder: evidence from an open population study', *British Journal of Psychiatry*, 2005, 186, p. 494-499.

Olf & De Vries 2005

Olf, M. & De Vries, G.J., 'Prevalence of trauma and PTSD in the Netherlands', presentatie bij European Conference on Traumatic Stress, Stockholm, 2005.

Orr & Roth 2000

Orr, S.P. & Roth, W.T., 'Psychophysiological assessment: clinical applications for PTSD', *Journal of Affective Disorders*, 2000, 61, p. 225-240.

Pitman & Orr 2003

Pitman, R.K. & Orr, S.P., 'Forensic laboratory testing for post-traumatic stress disorder', in R.I. Simon (Ed.), *Posttraumatic Stress Disorder in Litigation: Guidelines for Forensic Assessment*, 2nd Ed., Washington, DC: American Psychiatric Press, 2003, p. 207-223.

Schwarz, Kowalski & McNally 1993

Schwarz, E.D., Kowalski, J.M. & McNally, R.J., 'Malignant memories: Post-traumatic changes in memory in adults after a school shooting', *Journal of Traumatic Stress*, 1993, 6, p. 545-553.

Stone 1993

Stone, A.A., 'Post-traumatic stress disorder and the law: Critical review of the new frontier', *Bulletin American Academy of Psychiatry and Law*, 1993, 21, p. 23-36.

Verheij 1998

Verheij, A.J., 'Vergoeding van affectieschade', *NTBR* 1998, p. 324-332.

Verheij 2002

Verheij, A.J., *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Van Tilburg 2004

Van Tilburg, W., 'Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater', *VR* 2004, p. 7-12.

Withuis 2002

Withuis, J., *Erkenning. Van oorlogstrauma naar klaagcultuur*, Amsterdam: De Bezige Bij 2002.

HOOFDSTUK 11

PRODUCTWAARSCHUWINGEN: PSYCHOLOGISCHE LESSEN VOOR DE JURIST

S.B. Pape¹

SAMENVATTING

In deze bijdrage staat de vraag centraal op welke wijze bevindingen uit de cognitieve psychologie ten aanzien van productwaarschuwingen kunnen bijdragen aan de preventieve werking van het productaansprakelijkheidsrecht. Waarschuwingen op producten kunnen worden gezien als gedragsvoorschrift voor veilig gebruik. Uit cognitief psychologische onderzoeken blijkt dat het sturen van consumentengedrag een lastige taak is. De effectiviteit van een waarschuwing kan door verschillende factoren worden beïnvloed. In het productaansprakelijkheidsrecht valt op dat de Hoge Raad uitgaat van een presumptie over het gedrag van productgebruikers. Verder zijn de recente arresten Jetblast en Multivac-machine gevoed met een norm die voortkomt uit de cognitieve psychologie. Dit is wenselijk, omdat hiermee in het recht wordt aangesloten bij een realistisch beeld van waarschuwingen. Deze normen moeten voor producenten een prikkel zijn onderzoek te doen naar het werkelijke productgebruik door consumenten om zo het aantal ongevallen te kunnen beperken. Psychologische onderzoeksresultaten zijn een hulpmiddel voor een producent om vooraf de reikwijdte van hun anticipatieplicht te bepalen. Indien toch schade is opgetreden kan hij deze vervolgens als verweermiddel inzetten. Indien verder de rechter bij de invulling van open normen zoals gebrekkigheid en onrechtmatigheid gebruikmaakt van psychologische bevindingen, kan ook hiermee de preventieve werking van het productaansprakelijkheidsrecht worden bevorderd.

1 Sanne Pape is als aio verbonden aan het Rotterdam Institute for Private Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 INLEIDING

In de afgelopen jaren is het aantal informatieverplichtingen behoorlijk uitgebreid. Om de waarschuwingzinnen op sigarettenpakjes kan de Europese burger al niet meer heen. De verplichting allergenen te etiketteren is een ietwat ouder verschijnsel. Zelfs voor alcoholische dranken is het idee geopperd om de etiketinformatie uit te breiden met een waarschuwing.²

Verplichtingen gericht op het geven van productinformatie worden ingezet als instrument ter preventie van ongevallen. Het vormt onderdeel van het product en de af- of aanwezigheid van informatie kan daarmee de veiligheid van het product beïnvloeden. Onder gevaars- en veiligheidsinformatie wordt verstaan waarschuwingzinnen, gevaarsymbolen en gebruiksinstructies. Dit hoofdstuk is specifiek gericht op deze vorm van productinformatie. Met de term (product)waarschuwingen doel ik in het vervolg op alle informatie met betrekking tot productveiligheid.

Productwaarschuwingen kunnen worden gezien als gedragsvoorschrift voor veilig gebruik. Bij het opstellen van waarschuwingen is het van belang eerst te onderzoeken en te achterhalen hoe een consument zich gedraagt in een situatie van productgebruik. Een producent heeft immers de plicht te anticiperen op onvoorzichtig consumentengedrag. Hoe mensen op waarschuwingen reageren, maakt hiervan deel uit. Uit cognitieve psychologische onderzoeken blijkt dat mensen moeite hebben met het verwerken van waarschuwingeninformatie.

In deze bijdrage concentreer ik me op de vraag op welke wijze de bevindingen uit de cognitieve psychologie en ergonomie op het terrein van waarschuwingen kunnen bijdragen aan de verbetering van de preventieve doelstelling van het productaansprakelijkheidsrecht. Het artikel vangt aan met een korte bespreking van het productveiligheidsbeleid van de overheid (par. 2), waarbij wordt ingegaan op de waarschuwingverplichtingen in het publiek- en privaatrecht. Vervolgens wordt vanuit psychologisch perspectief aandacht besteed aan de wijze waarop mensen waarschuwingeninformatie verwerken en waar het mis kan gaan (par. 3). Dit doe ik aan de hand van een model dat de cognitieve stappen van informatieverwerking bestrijkt. Na bespreking van de psychologie vindt een terugkoppeling plaats naar het aansprakelijkheidsrecht en wordt besproken in hoeverre het productaansprakelijkheidsrecht rekening houdt met deze psychologische noties (par. 4). Vervolgens bespreek ik de toegevoegde waarde van psychologische bevindingen voor productaansprakelijkheid (par. 5). Tot slot volgt een conclusie.

² Zie hierover Pape 2008.

2 HET NEDERLANDSE BELEID INZAKE PRODUCTVEILIGHEID

2.1 Letselpreventie

Eén van de doelstellingen van het volksgezondheidsbeleid van het ministerie van VWS is letselpreventie.³ In de rijksnota *Langer gezond leven* stelt VWS als doel het aantal slachtoffers van ongevallen te reduceren.⁴ Hieronder vallen ook ongevallen in de privésfeer, waarbij producten kunnen zijn betrokken. Alhoewel ongevalcijfers kwantitatief inzicht bieden in de letselproblematiek, verduidelijken zij niet hoe een ongeval is veroorzaakt en op welke wijze productinformatie een negatieve of positieve rol heeft gespeeld. Daartoe dient kwalitatief onderzoek. Dergelijke studies zijn in Nederland jammer genoeg dun gezaaid.⁵

Met behulp van verschillende beleidsinstrumenten tracht de overheid het aantal ongevallen in de privésfeer terug te dringen. De overheid geeft voorlichting aan burgers over veilig productgebruik, maar zet ook wetgeving in om letselpreventie te bevorderen. Hier wordt in de volgende paragraaf verder op ingegaan.

2.2 Publiekrechtelijke wetgeving

Eén van de preventieve instrumenten is het raamwerk van publiekrechtelijke regels ten aanzien van productveiligheid en -kwaliteit.⁶ Het verschaffen van een hoog beschermingsniveau op het gebied van productveiligheid maakt onderdeel uit van het consumentenbeleid van de EU. De veiligheidsvoorschriften zijn voornamelijk van Europese afkomst. Voor Nederland geldt als basis de Warenwet. De Europese richtlijnen en verordeningen worden via Warenwetbesluiten en Warenwetregelingen getransponeerd naar Nederlands recht.

Producenten hebben op grond van communautaire regelgeving de plicht veilige producten op de markt te brengen. De algemene veiligheid van levensmiddelen en diervoeders is geregeld in de Algemene Levensmiddelenverordening 178/2002 (ALV).⁷ Richt-

3 Kamerstukken II 2003/04, 22 894, nr. 20, Kamerstukken II 2006/07, 22 894, nr. 110.

4 Ministerie van VWS 2003, p. 1-58; Stichting Consument en Veiligheid 2007, p. 1-24.

5 Wel is er het proefschrift van Van Duijne 2005. Hierin staan de resultaten van meerdere kwalitatieve onderzoeken beschreven die gericht zijn op het verkrijgen van meer inzicht in de wijze waarop mensen consumentenproducten gebruiken en hoe zij de daaraan verbonden risico's beleven.

6 Naast de publiekrechtelijke voorschriften bestaan er ook normen met betrekking tot productveiligheid en kwaliteit. Deze zijn afkomstig van Europese en nationale normalisatie-instituten en hebben geen bindende kracht.

7 Verordening (EG) nr. 178/2002 (Pb EG L31/1). Op grond van artikel 249 EG-Verdrag is de verordening rechtstreeks toepasselijk in Nederland.

lijn 2001/95 EG inzake algemene productveiligheid (RAPV) legt regels vast omtrent de veiligheid van non-foodproducten.⁸

Dat productinformatie onderdeel uitmaakt van de veiligheid van producten is erkend in communautaire regelgeving. Zowel in de RAPV als in de ALV is de veiligheid van product of levensmiddel mede afhankelijk gesteld van de aan- of afwezigheid van productinformatie.⁹ Naast de algemene veiligheidsverplichting voor producten geldt tevens een algemene informatieverplichting.¹⁰ Artikel 5 RAPV bepaalt dat producenten aan consumenten de informatie dienen te verstrekken die hen in staat stelt een oordeel te vormen over de productrisico's, indien deze risico's zonder passende waarschuwing niet onmiddellijk herkenbaar zijn.¹¹ De algemene veiligheidsverplichtingen zijn niet van toepassing indien de veiligheid van het product op dit punt is afgedekt door specifieke communautaire productveiligheidsvoorschriften.¹²

Het publiekrecht bevat ook specifieke informatievoorschriften. Er zijn regelingen die een standaardwaarschuwing of standaardzinnen verplichten, zoals bij sigaretten,¹³ speelgoed,¹⁴ cosmetica¹⁵ en producten waarin gevaarlijke stoffen¹⁶ zijn verwerkt. Echter, in de meeste gevallen is de informatieverplichting op algemene wijze geformuleerd, zoals de eis dat de informatie duidelijk zichtbaar en gemakkelijk leesbaar moet zijn, niet misleidend is, in de Nederlandse taal moet staan of dat de wijze van gebruik moet worden weergegeven. Dit laat veel vrijheid over aan de producent om te bepalen op welke wijze hij de informatie formuleert. Daarnaast betreffen de veiligheidsvoorschriften merendeels eisen

8 Richtlijn 2001/95/EG (Pb EG 2002, L11/4).

9 Artikel 2b RAPV en artikel 14 en 16 ALV.

10 Kamerstukken II 2004/05, 22 982, nr. 3, p. 2.

11 Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 2 lid 1a Warenwetbesluit algemene productveiligheid (Stb. 1993, 499, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2005, 501).

12 Zo bestaan er o.a. specifieke veiligheidsnormen voor speelgoed, persoonlijke beschermingsmiddelen, elektrische toestellen, farmaceutische producten, cosmetica, machines en pleziervaartuigen.

13 Stb. 2002, 83, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2003, 366 (Aanduidingenbesluit tabaksproducten). Artikel 1 lid 1a t bepaalt dat elk tabaksproduct de algemene waarschuwing '*Roken brengt u en anderen rondom u ernstige schade toe*' moet bevatten.

14 Stb. 1991, 269, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2004, 157 (Warenwetbesluit speelgoed). Bepaling 16 van de bijbehorende bijlage stelt dat speelgoed en kinderveren die gevaarlijk kunnen zijn voor kinderen beneden de 36 maanden, moeten zijn voorzien van de aanduiding 'Niet bedoeld voor kinderen jonger dan 36 maanden' of 'Niet bedoeld voor kinderen jonger dan drie jaar', alsmede van een korte vermelding – die ook in de gebruiksaanwijzing mag voorkomen – van de specifieke gevaren waardoor deze aanduiding wordt gemotiveerd.

15 Stb. 1995, 519, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2005, 64 (Warenwetbesluit cosmetische producten).

16 Stb. 1985, 639, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2007, 93 (Wet milieugevaarlijke stoffen). Deze wet stelt voorschriften met betrekking tot de verpakking, aanduiding en aanbeveling van gevaarlijke stoffen en preparaten. Artikel 36 bepaalt dat op het etiket moet worden vermeld wat de naam en het adres van de fabrikant is, wat de naam van de gevaarlijke stof of het preparaat is met het daarbij behorende gevaarsymbool evenals de waarschuwingzin (R-zinnen) en veiligheidsaanbeveling (S-zinnen). De specifieke inhoud van de symbolen en de zogenoemde R(isico) -en S(afety)-zinnen zijn gestandaardiseerd in de bijlagen van de Stoffenrichtlijn (Pb EG 1979 169). Een voorbeeld van een R-zin is nr. 22: 'Schadelijk bij opname door de mond'. Een voorbeeld van een S-zin is nr. 46: 'In geval van inslikken onmiddellijk een arts raadplegen en verpakking of etiket tonen'.

met betrekking tot de minimale inhoud van de informatie en niet zozeer ten aanzien van de vorm van de informatie, zoals de omvang, indeling of plaatsing.

2.3 *Privaatrechtelijke wetgeving*

Een ander preventief overheidsinstrument zijn de regels van productaansprakelijkheid. Dit ligt op het eerste gezicht minder voor de hand, nu het aansprakelijkheidsrecht van oudsher zijn vizier richt op het vergoeden van schade achteraf. Toch kan ook het voorkomen van schade vooraf tevens als doel worden aangemerkt, in die zin dat privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregels het gedrag van producenten dusdanig beïnvloeden dat zij hun verplichtingen ten aanzien van het in het verkeer brengen van een veilig product naleven.¹⁷ In paragraaf 5 kom ik daar nog op terug en zal ik bespreken hoe dit doel aan de hand van psychologische inzichten kan worden bevorderd.

Zoals in de vorige paragraaf duidelijk werd, rusten op een producent publiekrechtelijke veiligheidsverplichtingen. Schending ervan kan leiden tot aansprakelijkheid.¹⁸ Verder zijn in de jurisprudentie binnen het aansprakelijkheidsrecht eisen van ongeschreven recht ontwikkeld waaraan een waarschuwing moet voldoen.¹⁹ Dit kan betekenen dat ondanks het feit dat een producent zijn publiekrechtelijke informatieverplichtingen heeft nageleefd, aansprakelijkheid mogelijk is vanwege schending van een ongeschreven veiligheidsnorm voortvloeiende uit het privaatrecht, op grond waarvan een producent op een bepaalde wijze informatie had moeten geven. Het beschermingsniveau van het aansprakelijkheidsrecht kan namelijk hoger liggen dan het niveau dat is neergelegd in publiekrechtelijke regels.

Met betrekking tot ongevallen in relatie tot productwaarschuwingen, kunnen er twee ongevalsscenario's worden onderscheiden. Enerzijds kan een consument schade hebben geleden als gevolg van het ontbreken van een waarschuwing. Anderzijds kan een consument in aanwezigheid van een waarschuwing schade hebben opgelopen als gevolg van de omstandigheid dat deze gebrekkig is.

Er zijn twee mogelijkheden waarop een consument zijn schadevergoedingsactie kan baseren, namelijk de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:185 BW en de schuldaan-

17 Zie bijvoorbeeld Hartlief 2005; Giard 2005, p. 1401; Van Boom 2006.

18 Aansprakelijkheid zal eerder volgen bij de niet-naleving van een gedetailleerde dan bij een algemeen geformuleerde informatieverplichting, nu bij de eerste duidelijker kan worden aangegeven waar de schending ligt. Schending van een specifieke publiekrechtelijke informatieverplichting levert in beginsel een onrechtmatige daad op in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW. Wel moet voldaan zijn aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW. Op grond van artikel 6:185 BW kan de schending van een dergelijk voorschrift een indicatie zijn voor gebrekkigheid.

19 Deze worden uitgebreid behandeld in paragraaf vier.

sprakelijkheid van artikel 6:162 BW.²⁰ Het criterium voor risicoaansprakelijkheid is een gebrekkig product. Volgens artikel 6:186 BW is een product gebrekkig indien het niet de veiligheid biedt die men, het grote consumentenpubliek, ervan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen. Deze wetsbepaling noemt expliciet de presentatie van een product als omstandigheid die invloed kan hebben op deze veiligheidsverwachting. In een concrete zaak kan een producent dus aansprakelijk zijn indien een waarschuwing ontbreekt of indien er een ondeugdelijke waarschuwing op staat waardoor de veiligheidsverwachting van consumenten zodanig beïnvloed wordt dat sprake is van een gebrekkig product in de zin van artikel 6:186 BW. Bij de schuldaansprakelijkheid van artikel 6:162 BW wordt aansprakelijkheid vastgesteld aan de hand van de vraag of een producent onrechtmatig heeft gehandeld door schending van zijn waarschuwingsplicht. Deze schending kan bestaan uit het nalaten adequaat te waarschuwen of het nalaten te waarschuwen voor een bepaald gevaar terwijl hij had kunnen en moeten waarschuwen in de gegeven omstandigheden van het geval.

In essentie verschilt de grondslag voor aansprakelijkheid van artikel 6:162 BW van die van artikel 6:185 BW. Immers, de eerste vorm beoordeelt de wijze waarop een producent zijn waarschuwingsplicht heeft uitgevoerd, terwijl de andere de gebrekkigheid van de presentatie van het product als uitgangspunt neemt. Echter, het vaststellen van aansprakelijkheid in het geval van het ontbreken van een (adequate) waarschuwing op een product geschiedt bij artikel 6:162 BW en bij artikel 6:185 BW nagenoeg op dezelfde wijze, namelijk aan de hand van een juridische afweging op basis van de relevante omstandigheden van het geval.²¹ De *Kelderluik*-factoren,²² afkomstig uit vaste jurisprudentie in het kader van onrechtmatige gevaarzetting,²³ behouden daarmee hun waarde in de gevallen dat een consument een beroep doet op de speciale regeling van de risicoaansprakelijkheid. Daar komt bij dat de onderzoeksplicht van een producent zich in het onrechtmatige

20 De artikelen 6:185-6:193 BW zijn het resultaat van de implementatie van de Europese Richtlijn nr. 85/374/EEG (Pb EG 1985 L 210/29), laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn nr. 1999/34/EG (Pb EG 1999, L 141/20). Aansprakelijkheid kan worden vastgesteld indien een producent een product in het verkeer heeft gebracht dat gebrekkig is en als gevolg daarvan schade heeft veroorzaakt bij een consument. Van verwijtbaarheid hoeft aan de zijde van de producent geen sprake te zijn. Bij artikel 6:162 BW is wel toerekenbaarheid vereist.

21 Zie ook Van Dam 2000, nr. 1002.

22 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*). De volgende omstandigheden worden gekenmerkt als de *Kelderluik*-factoren: de waarschijnlijkheid van onoplettend en onvoorzichtig gedrag van potentiële slachtoffers, de waarschijnlijkheid van de schade, de ernst van de schade en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen.

23 Gevaarzetting betekent het in het leven roepen of het laten voortbestaan van een gevaarlijke situatie met dreiging voor schade aan personen of zaken, zonder de nodige maatregelen te treffen om de situatie op te heffen. Of gevaarzetting onrechtmatig is wordt vastgesteld aan de hand van de *Kelderluik*-factoren.

daadsrecht zodanig heeft ontwikkeld dat het neigt naar een risicoaansprakelijkheid.²⁴ Welk gewicht toekomt aan een bepaalde factor vertelt de jurisprudentie niet, noch waar exact de grenzen liggen van schending van de waarschuwingsplicht of de gebrekkigheid van het product.²⁵ Dit vanwege het casuïstische karakter van de rechtspraak. Omstandigheden die een rol kunnen spelen bij het aannemen van een waarschuwingsplicht zijn bijvoorbeeld de ernst van het mogelijke letsel²⁶, de algemene bekendheid van het gevaar bij potentiële slachtoffers²⁷ en de wijze van productgebruik.²⁸

3 DE PRODUCTWAARSCHUWING VANUIT PSYCHOLOGISCH PERSPECTIEF

3.1 *Het C-HIP model*

Nu globaal beschreven is welke publiekrechtelijke en privaatrechtelijke informatieverplichtingen er zijn ten aanzien van een veilig product, is de volgende stap het bestuderen van de wijze waarop de cognitieve psychologie de effectiviteit van een waarschuwing beoordeelt. De wetenschap van de cognitieve psychologie houdt zich bezig met het bestuderen en verklaren van cognitieve processen zoals denken, geheugen en beslissen.²⁹ Ook bestudering van de wijze waarop mensen informatie verwerken, zoals een waarschuwingsboodschap, maakt hiervan deel uit.

De afgelopen decennia is in Amerika onderzoek naar het ontwerp en de effectiviteit van waarschuwingen steeds meer in de belangstelling komen te staan. Verschillende methoden zijn ontworpen om de effectiviteit van een waarschuwing te meten.³⁰ Eén daarvan is het Communication-Human Processing model, het zogenoemde *C-HIP model*, zoals hierna is weergegeven.³¹

24 HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159, m.nt. ARB (*Koolhaas/Rockwool*); HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, m.nt. PAS (*Jansen/Nefabas*); HR 2 oktober 1998, RvdW 1998, 172 (*De Schelde/Cijsouw II*). Omgekeerd kan hetzelfde betoogd worden nu door de aanwezigheid van het ontwikkelingsrisicoverweer van artikel 6:185 lid 1e BW de risicoaansprakelijkheid van een producent zodanig wordt beperkt dat op dit punt dat de grens tussen risicoaansprakelijkheid en schuld aansprakelijkheid van een producent is vervaagd. Echter, de precieze uitleg van de interpretatie van de geïmplementeerde bepalingen is voorbehouden aan het Europees Hof van Justitie.

25 Zie voor een uitgebreide bespreking van de eisen aan een waarschuwingsplicht van producenten: Pape 2006, p. 374-382.

26 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652, m.nt. CJHB (*Halcion*).

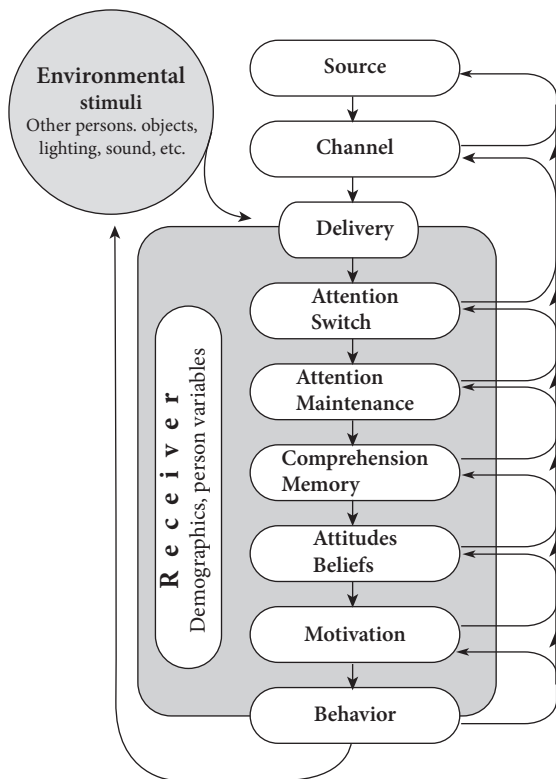
27 HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175 (*Laudy/Fair Play*), Rb. Maastricht 21 maart 2002, LJN AE0776 (*Versgeperste jus d'orange*).

28 HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315, m.nt. HB (*Lekkende kruik I*), Rb. Maastricht 21 maart 2002, LJN AE0776 (*Versgeperste jus d'orange*).

29 Reber 2005, p. 123-124.

30 Zie met betrekking tot informatieverwerking bijvoorbeeld het model van Lehto & Miller 1986.

31 Wogalter, DeJoy & Laughery, 1999, p. 15-24.



Globaal genomen bestaat dit model uit drie onderdelen: (1) de bron van de waarschuwing (*source*), (2) het middel dat de waarschuwing communiceert (*channel*) en (3) het proces van informatieverwerking door de ontvanger. Dit laatste onderdeel wordt vervolgens weer opgesplitst in vier opeenvolgende substadia van aandacht, begrijpen, geloven en motivatie.

Informatieverwerking gebeurt in etappes, welke alle met succes moeten worden doorlopen om uiteindelijk te resulteren in veilig gedrag. Hapert het verwerkingsproces in een bepaald stadium, dan kan dit ertoe leiden dat de waarschuwing uiteindelijk niet wordt opgevolgd. Zo kan het gebeuren dat een waarschuwing wel is begrepen, maar in de wind wordt geslagen omdat de ontvanger deze niet gelooft. In de volgende subparagrafen worden de stadia van het model nader uitgewerkt.

3.2 De waarschuwingsbron

De waarschuwingsbron is diegene van wie de veiligheidsinformatie afkomstig is, zoals een producent of de overheid.³² Uitgaande van een producent als bron, is het van belang dat deze in kaart brengt welke gevaren kleven aan zijn product. Binnen de tak van de ergonomie³³ geldt een hiërarchische aanpak met betrekking tot het beheersen van gevaren, het zogenoemde *hazard control hierarchy*. De eerste stap bestaat uit het wegwerken van een bepaald gevaar door middel van (her)ontwerp. Dit is uiteraard geen optie indien hiermee de functie van het product wordt aangetast. De volgende stap is het gevaar afschermen van de gebruiker door middel van het aanbrengen van een obstakel, bijvoorbeeld beschermende kleding of een vergrendeling. De derde route is het gebruik van waarschuwingen om zo de gebruiker in staat te stellen het product veilig te gebruiken.

Vanzelfsprekend zijn de eerste twee methoden van bescherming betrouwbaarder dan de laatste. Zoals hierna zal blijken wordt de effectiviteit van een waarschuwing aangetast indien de informatieverwerking niet goed geschiedt. Waarschuwingen dienen derhalve als aanvulling wanneer de twee beschermingsmethoden niet mogelijk zijn en zij kunnen niet als vervanging van de andere twee worden gezien.³⁴

Eigenschappen van een bron kunnen van invloed zijn op de opvatting en het gedrag van een consument. Of een producent als bron geloofwaardig wordt bevonden, hangt af van factoren als deskundigheid en betrouwbaarheid. Is de broninformatie van een deskundige, dan kan dat ertoe leiden dat een persoon de boodschap eerder gelooft waardoor de kans op gedragsaanpassing wordt vergroot. Het aantal onderzoeken op dit punt is echter schaars.

Eén van de experimenten betrof onderzoek naar het effect van de aanwezigheid (vergeleken met de afwezigheid) van het signaalwoord WARNING op de geloofwaardigheid van de informatie en de intentie van de ontvanger om de waarschuwing op te volgen. Hoge scores waren aanwezig indien dit signaalwoord zich op de waarschuwing bevond. Daarnaast werd onderzocht wat de waarde was van de toevoeging van broninformatie zoals GOVERNMENT of meer specifieke broninformatie zoals U.S. of FEDERAL aan het signaal-

32 Deze subparagraaf is voor een groot deel gebaseerd op de bijdrage van Cox III & Wogalter 2006, p. 111-122.

33 Volgens de definitie van de Nederlandse Vereniging voor Ergonomie streeft ergonomie naar het zodanig ontwerpen van gebruiksvoorwerpen, technische systemen en taken dat de veiligheid, de gezondheid, het comfort en het doeltreffend functioneren van mensen worden bevorderd.

34 Lehto & Salvendy 1995, p. 2155-2163.

woord. De hoogste resultaten werden bereikt bij de langste en meest specifieke broninformatie, namelijk US FEDERAL GOVERNMENT WARNING.³⁵

Dat het oordeel van consumenten over de veiligheid van een product kan worden beïnvloed door de merknaam blijkt uit Nederlands onderzoek. Gebruikers van elektrisch tuingereedschap associeerden bepaalde merken met veiligheid. Zij beredeneerden dat producten van een bekend merk met een hoge kwaliteit wel zullen voldoen aan hoge veiligheidsstandaarden zodat gebruikers met een gerust hart kunnen omgaan met het product.³⁶

3.3 Het communicatiemiddel

Ook het middel waarmee de informatie wordt verzonden van bron naar ontvanger kan van invloed zijn op de vraag of een waarschuwing ooit aankomt bij de doelgroep.³⁷ Het communicatiemiddel kan visueel van aard zijn, in de vorm van woorden, symbolen of een knipperlichtje, maar ook auditief, zoals een computerstem of een alarm. Het afleveren van de informatie (*delivery*) door het communicatiemiddel kan misgaan, bijvoorbeeld indien een elektrisch apparaat wordt uitgeleend zonder handleiding. Tevens kunnen de plaats van de waarschuwing en het ontbreken van een zintuig bij de ontvanger knelpunten vormen voor een geslaagde communicatie.

De meest voorkomende manier van communiceren is via oog of oor. Een waarschuwing hoeft niet slechts via één enkel kanaal te worden gecommuniceerd. Waarschuwingen kunnen zo worden vormgegeven dat zij ook andere zintuigen zoals huid, neus of tong prikkelen om informatie over te brengen. Deze mogelijkheid wordt echter weinig benut. Een illustratief voorbeeld is het toevoegen van een vieze geur of smaak aan een product ter aanduiding van gevaar.

Onderzoek toont aan dat er een verschil bestaat in effectiviteit van de verschillende communicatiemiddelen onderling. Zo is het aannemelijk dat een visuele waarschuwing op een lawaaierig bouwterrein meer effect sorteert dan een geluidssignaal. Het type communicatiemiddel is dus mede contextgebonden. Bovendien toont een groot aantal onderzoeken aan dat het gebruik van meerdere communicatiemiddelen een positief resultaat oplevert voor de verwerking van de gegeven waarschuwingsinformatie.³⁸ Een dubbele waarschuwing zal niet alleen zorgen voor meer aandacht van de ontvanger en

35 Wogalter, Kalsher & Rashid 1999, p. 185-192.

36 Van Duijne 2005, p. 227.

37 Deze subparagraaf is gebaseerd op de bijdrage van Cohen, Mendat & Wogalter 2006, p. 123-134.

38 Bijvoorbeeld Wogalter & Young 1991, p. 79-89 en Conzola & Wogalter 1999, p. 549-556.

een versterking van de boodschap, maar tevens is de kans groter dat een ontvanger met een zintuiglijk gebrek wordt bereikt.³⁹

3.4 Aandacht voor de waarschuwing

3.4.1 Aandacht trekken

Nadat een waarschuwing via een bepaalde route naar de ontvanger is overgebracht, komt de fase van *attention* aan bod. Deze fase is in tweeën gesplitst; een waarschuwing moet de aandacht grijpen (*attention switch*) én de aandacht vasthouden (*attention maintenance*).⁴⁰

Het is lastig voor een waarschuwing om de aandacht op zich gevestigd te krijgen, nu er doorgaans tevens andere dingen in de omgeving gebeuren die allen vechten om aandacht. Beslissend is dus of een waarschuwing voldoende opvalt. Dit hangt af van verschillende factoren. Ten eerste, vanzelfsprekend, de grootte van een waarschuwingsboodschap. Ten tweede, het contrast tussen de visuele tekens en de achtergrond. Een etiket met een witte achtergrond en zwarte letters springt meer in het oog dan een combinatie van respectievelijk wit en geel. Door middel van kleur kan een waarschuwing ook worden onderscheiden van andere objecten in de omgeving, mits er voldoende contrast aanwezig is. Verder kan het accentueren van de waarschuwingsboodschap ten opzichte van de overige tekst ook helpen, bijvoorbeeld door alleen de waarschuwingstekst een andere kleur of lettergrootte te geven. Ten vierde kan het plaatsen van een rand, met name een dikke rand, rondom belangrijke informatie de aandacht van een ontvanger naar zich toe trekken. Ook door het toevoegen van een signaalwoord zal een waarschuwing beter de aandacht trekken. Dit geldt nog meer voor symbolen, aangezien een symbool groter en visueel opvallender is dan een geschreven waarschuwingsboodschap. Uit onderzoek blijkt dat een waarschuwing met symbool hoger scoort op het punt van aandacht dan één zonder.⁴¹ Als laatste kan de plaats van de waarschuwing van essentieel belang zijn. Een waarschuwing kan het beste op die plaats worden aangebracht waar de gebruiker haar verwacht te vinden, bijvoorbeeld in de buurt van het gevaar.⁴² Dit geldt overigens niet indien dit kan resulteren in een gevaarlijke situatie. Het verdient de voorkeur om gevaarsinformatie te plaatsen op het product zelf in plaats van in een aparte gebruiksinstructie.⁴³

39 Cox III & Wogalter 2006, p. 128.

40 Deze subparagraaf is voor een groot deel gebaseerd op de bijdrage van Wogalter & Vigilante 2006, p. 245-266.

41 Bijvoorbeeld Wogalter, Kalsher & Racicot 1993, p. 637-654.

42 Bijvoorbeeld Frantz & Rhoades 1993, p. 719-730.

43 Frantz & Rhoades 1993, p. 719-730.

3.4.2 Aandacht vasthouden

Vervolgens moet de aandacht van een ontvanger ook worden vastgehouden. Een waarschuwing moet gelezen worden, zodat de informatie in het geheugen opgeslagen en verwerkt kan worden.⁴⁴ Logischerwijs bevordert een opvallende waarschuwing dit, maar een waarschuwing zal tevens eigenschappen moeten bezitten die de interesse van de lezer opwekken en het lezen aangenaam maken.

De leesbaarheid van een waarschuwing, in de zin van de wijze waarop de tekst is weergegeven, speelt dus een belangrijke rol in het vasthouden van aandacht. Zo is een grotere letter beter dan een kleinere. Alleen hoofdletters gebruiken verdient ook niet de voorkeur.⁴⁵ De leesbaarheid van informatie kan worden beperkt door de schaarste in oppervlak. Dit kan worden opgelost door slechts de belangrijkste informatie op de verpakking te zetten of door de oppervlakte te vergroten door middel van een uitvouwbaar etiket.⁴⁶ Een ander belangrijk aspect waardoor de aandacht blijft hangen, is de opmaak van een waarschuwing. Een esthetisch ontwerp maakt meer indruk. Uit onderzoek blijkt dat informatie die weergegeven wordt in een lijst tot sneller lezen, beter begrip, betere herinnering en taakuitvoering leidt dan informatie in een normale paragraaf.⁴⁷ Een ander aspect van tekstopmaak is uitvullen. Ook al oogt dit mooier, de tekst links uitlijnen is een betere optie gelet op de leesnelheid.⁴⁸

De plaats van waarschuwingeninformatie is van belang voor de vraag of de aandacht van de lezer gefocust blijft. Het merendeel van de mensen leest van links naar rechts en van boven naar onder. De belangrijkste informatie verdient dan ook een linkerplaats in tegenstelling tot rechts onderaan of in het midden tussen de overige informatie.⁴⁹

Een gevaar dat zich kan voordoen in deze fase is dat door de grote hoeveelheid informatie die wordt gepresenteerd, de verwerking wordt geblokkeerd (*information overload*).⁵⁰ Aanbevolen wordt om de belangrijkste waarschuwingeninformatie voorrang te geven op het etiket. Het gebruik van kleine onleesbare lettertjes wordt hiermee voorkomen. De overige informatie kan in de handleiding worden gezet.⁵¹

44 Wogalter & Leonard 1999, p. 123-148.

45 Wogalter & Young 1998, p. 17-34.

46 Bijvoorbeeld Wogalter & Vigilante 2003, p. 327-344.

47 Wogalter & Vigilante 2003, p. 327-344.

48 Frascara 2006, p. 385-405.

49 Bijvoorbeeld Wogalter 1987, p. 599-612.

50 Scammon 1977, p. 148-155.

51 Vigilante & Wogalter 1997, p. 277-285.

3.5 Begrijpen van de waarschuwing

Nadat de waarschuwing is opgevallen, is voor verdere informatieverwerking van cruciaal belang dat de inhoud van de boodschap begrijpelijk is.⁵² Of dit het geval is, hangt af van verschillende variabelen, waaronder de eigenschappen van de waarschuwing zelf alsook eigenschappen van de ontvanger.

De begrijpelijkheid van een waarschuwing zelf speelt zich af op twee niveaus. Ten eerste gaat het om de vraag welke informatie op het etiket moet komen te staan. Hoofregel is dat een waarschuwing informatie geeft over het gevaar, de wijze van gebruik en de mogelijke gevolgen. Een categorie van informatie kan weggelaten worden indien bijvoorbeeld de waarschuwing dient ter herinnering van bestaande kennis. Zo is het van algemene bekendheid dat natte vloeren glad kunnen zijn. Een bordje met daarop 'gladde vloer' zal voldoende zijn voor de gemiddelde persoon om voorzichtiger te zijn. Ten tweede moet de inhoud van de informatiecategorieën zelf begrijpelijk zijn. Verschillende onderzoeken tonen aan dat door middel van het geven van gedetailleerde informatie een waarschuwing beter wordt begrepen en eerder leidt tot beïnvloeding van gedrag.⁵³

In het onderzoek van Frantz werd het effect van expliciete informatie ten aanzien van de te nemen voorzorgsmaatregelen bij het gebruik van een waterafstotende kit onderzocht. Gekeken werd of de proefpersonen de gewenste voorzorgsmaatregel troffen zoals: (a) het uitdoen van de kaars; (b) het openen van een raam of (c) het dragen van een bril en handschoenen.

De niet-expliciete voorzorgsmaatregel was als volgt geformuleerd:

- (a) 'Keep away from open flame or spark';*
- (b) 'Use in a well ventilated area';*
- (c) 'Avoid contact with skin and eyes'.*

De expliciete varianten bestonden uit:

- (a) 'Search for and extinguish all flames and remove all sources of ignition';*
- (b) 'Open windows to vent vapors to outdoors';*
- (c) 'Wear rubber gloves and protective glasses'.*

Het bleek dat bij de expliciete variant de proefpersonen de voorzorgsmaatregel beduidend vaker uitvoerden (65%) dan bij de niet-expliciete informatie (29%).⁵⁴

52 Deze subparagraaf is voor een groot deel gebaseerd op de bijdrage van Hancock e.a. 2006, p. 267-277.

53 Laughery & Smith 2006, p. 419-428.

54 Frantz 1994, p. 532-546.

Ook de aanwezigheid van symbolen en signaalwoorden kan bijdragen aan de begrijpelijkheid van een waarschuwing. Onderzoek toont aan dat symbolen die weergeven wat verboden is ('niet aanraken') beter begrepen worden dan symbolen die wijzen op een bepaald gevaar ('heet oppervlak').⁵⁵ Het is wel zaak dat een producent eerst een symbool test vóór plaatsing op het etiket.⁵⁶ Symbolen worden niet altijd meteen begrepen. De betekenis ervan kan wel aangeleerd worden. Met behulp van een signaalwoord kan een producent uitdrukken welk mogelijk gevaar verbonden is aan het gebruik van zijn product. Niet elk signaalwoord drukt eenzelfde mate van gevaar uit; 'let op' impliceert iets anders dan 'dodelijk'. Dit hulpmiddel heet *hazard matching*. In Amerika wordt dit op onverplichte basis gebruikt.⁵⁷ Het blijkt echter dat consumenten moeite hebben met de juiste interpretatie van signaalwoorden. Zo gaven zij aan weinig verschil te ervaren tussen de woorden 'CAUTION' en 'WARNING'.⁵⁸

Of een waarschuwing begrijpelijk is, hangt naast de inhoud van de informatie tevens af van de persoonlijke eigenschappen van de ontvanger. Het kennisniveau kan zodanig laag zijn, dat de informatie te moeilijk is om te worden verwerkt. Daarnaast kan ook de leesvaardigheid een knelpunt vormen. Psychologisch onderzoek beveelt aan dat het leesniveau van een waarschuwing moet aansluiten bij het niveau van twaalfjarigen. Het taalgebruik moet aansluiten bij de eigenschappen van de doelgroep, wat bijvoorbeeld betekent dat technische vaktermen op consumentenproducten moeten worden vermeden.⁵⁹

3.6 Attitudes en overtuigingen over de waarschuwing

3.6.1 Oordelen over *productrisico's*

Indien de waarschuwingsboodschap gezien, gelezen en begrepen is, treedt de fase in dat de waarschuwing moet worden geloofd, moet overtuigen.⁶⁰ Mensen vormen een bepaald oordeel over een product op basis van hun subjectieve attitudes en overtuigingen (*attitudes and beliefs*), terwijl deze niet altijd overeenstemmen met de werkelijk-

55 Hancock e.a. 2004, p. 183-195.

56 Amerikaanse richtlijnen schrijven voor dat een symbool begrijpelijk is, indien binnen een representatieve doelgroep van 50 personen 85% of meer het symbool begrijpt.

57 De term 'DANGER' wordt gebruikt indien ernstig letsel of de dood zal intreden. 'WARNING' wordt gebruikt om uit te drukken dat letsel kan gebeuren. 'CAUTION' wordt gebruikt indien minder ernstig letsel of zaakschade kan intreden.

58 Bijvoorbeeld Drake, Conzola & Wogalter 1998, p. 289-301.

59 Wogalter 2006, p. 51-61.

60 Deze subparagraaf is voor een groot deel gebaseerd op de bijdrage van Riley 2006, p. 289-300 en Vredenburgh & Zuckowitz 2006, p. 345-361.

heid.⁶¹ Zo kunnen goede ervaringen met een bepaald product ertoe leiden dat iemand gelooft dat dit product veiliger is dan daadwerkelijk het geval is. De effectiviteit van een waarschuwing hangt in grote mate af van deze persoonlijke evaluaties. Door middel van een waarschuwing kunnen de geloven en attitudes van een gebruiker over een bepaald product op juiste wijze worden gevormd en indien nodig worden gecorrigeerd.

De verwachting die iemand heeft over de graad van gevaarlijkheid van een product bepaalt in grote mate de effectiviteit van een waarschuwing.⁶² Hoe meer men verwacht dat het product gevaarlijk zal zijn, des te eerder zal men op zoek gaan naar waarschuwingen op het product. Onderzoeksliteratuur op het gebied van risicoperceptie toont aan dat de manier waarop mensen tegen een risico aankijken, bepaald wordt door hoe groot zij de kans schatten dat een schadelijk gevolg zal intreden evenals door de ernst van het mogelijke gevolg. Aan de eerste factor wordt over het algemeen de meeste waarde gehecht.⁶³

Onderzoeksliteratuur op het gebied van risicoperceptie bij consumentenproducten suggereert dat de gebruikers hun subjectieve perceptie van productrisico's baseren op de mate van de ernst van het mogelijke letsel.⁶⁴ Dit betekent dat hoe ernstiger de consument het mogelijke gevolg inschat, des te gevaarlijker hij het product ervaart. Het geven van informatie over de ernst van de gevolgen in de waarschuwing kan dus essentieel zijn voor het creëren van gedragseffect, zeker bij de meer gevaarlijke producten.⁶⁵

Uit Nederlands onderzoek waarin het gebruik van producten zoals elektrisch tuingereedschap, gasbranders en een sapmachine werd geobserveerd om inzicht te krijgen in de mate van risicoperceptie kwam naar voren dat de gebruikers bij het beoordelen van de gevaarlijkheid van het product de ernst van het mogelijke letsel als bepalende factor noemden.⁶⁶

Om een oordeel te kunnen vormen over de risico's verbonden aan het product, zal de consument hiervan wel besef moeten hebben. Onderzoek suggereert dat mensen bij gebruik van consumentenproducten niet altijd beseffen dat zij letsel kunnen oplopen, bijvoorbeeld omdat de mogelijkheid van een ongeval niet in hen opkomt of omdat het product er veilig uitziet.⁶⁷

61 Voor meer informatie over attitudes en geloven zie bijvoorbeeld het handboek van Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 214 e.v.

62 Zie voor een overzicht van onderzoeken: DeJoy 1999, p. 193.

63 Slovic, Fischhoff & Lichtenstein 1979, p. 14-39.

64 Wogalter e.a. 1991, p. 71-82; Wogalter, Brems, & Martin 1993, p. 97-106; Wogalter e.a. 1999, p. 151-162.

65 Laughery e.a. 1993, p. 597-613.

66 Van Duijne 2005, p. 225.

67 Weegels & Kanis 2000, p. 365-370; Van Duijne 2005, p. 237.

Mensen blijken geregeld moeite te hebben zich een oordeel te vormen en een beslissing te nemen over een risico. Om dit proces te vergemakkelijken maken mensen gebruik van ezelsbruggetjes. Deze mentale strategieën en aannames, ook wel beoordelingsheuristieken genoemd, kunnen in geval van productgebruik nuttig zijn voor een ontvanger van een waarschuwing. Echter, het gebruik ervan kan ook leiden tot systematische cognitieve fouten (biases) in het redeneren.⁶⁸

Bij waarschuwingen zijn er drie in het bijzonder van belang.⁶⁹ Ten eerste overdreven zelfvertrouwen en onrealistisch optimisme. Mensen hebben vertrouwen in hun eigen kennis en kunnen. Hiermee samenhangend hebben zij de neiging de waarschijnlijkheid van positieve gebeurtenissen te overschatten en die van negatieve gebeurtenissen te onderschatten. Ook de beschikbaarheidsheuristiek kan van invloed zijn bij het vormen van een oordeel over gevaar. Mensen beoordelen namelijk de waarschijnlijkheid van een gebeurtenis, zoals een ongeval, aan de hand van het gemak waarmee zij zich de situatie kunnen herinneren of voorstellen.⁷⁰ Vaak voorkomende ongevallen of ongevallen die men in de eigen omgeving heeft meegemaakt zullen dus eerder worden overschat, terwijl weinig voorkomende ongevallen eerder zullen worden onderschat.⁷¹ Ten derde het cognitieve verschijnsel van onderdrukking, wat wil zeggen dat mensen over het algemeen geneigd zijn om informatie te negeren die tegenstrijdig is met hun bestaande interpretatie van een bepaalde situatie. Bij waarschuwingen kan dit betekenen dat de nieuwe informatie kan worden genegeerd, omdat het niet overeenkomt met hun bestaande geloof over de gevaarlijkheid van het product.

3.6.2 *Vertrouwdheid en ervaring met het product*

Onderzoek toont aan dat de mate waarmee mensen vertrouwd zijn met het gebruik van een product een bepalende factor kan zijn voor een goede informatieverwerking. Ervaren gebruikers zullen over het algemeen meer kennis van productgevaren bezitten en verwachtingen hebben gevormd omtrent de productgevaren. Het is waarschijnlijk dat zij als gevolg hiervan minder op zoek zullen gaan naar waarschuwingeninformatie. Hoe meer vertrouwd mensen zijn met het gebruik van een product, des te minder snel zal de waarschuwing op het product opvallen, worden gelezen en worden opgevolgd. Wel is gebleken dat bij de manier waarop mensen op waarschuwingen reageren, de perceptie van gevaar meer bepalend is dan de vertrouwdheid met een product.⁷² Het effect van vertrouwdheid kan worden verklaard door de persoonlijke kennis en/of eerdere

68 Tversky & Kahneman 1974, p. 1124-1131. Zie in het algemeen over beslissen en heuristieken: Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 79-85.

69 DeJoy 1999, p. 197-199.

70 Tversky & Kahneman 1973, p. 207-232. Zie ook Wogalter e.a. 1991, p. 80.

71 Lichtenstein e.a. 1978, p. 551-578.

72 Wogalter e.a. 1991, p. 71-82.

ervaringen van mensen met het product of met soortgelijke producten en die is opgeslagen in het geheugen. Dat vertrouwen de mate van opvallendheid van een waarschuwing beïnvloedt, heeft ook te maken met gewenning, *habituation*. Herhaalde blootstelling aan dezelfde waarschuwing op een product kan ertoe leiden dat de waarschuwing minder opvalt en daardoor minder snel zal worden opgevolgd.

3.6.3 Relevantie van de waarschuwing

Mensen kunnen een waarschuwing negeren omdat zij geloven dat deze niet relevant is voor hem of haar.⁷³ Een waarschuwing op een sigarettenpakje zal eerder opvallen bij mensen die zelf roken dan bij niet-rokers. Een waarschuwing zal meer de aandacht trekken indien iemand daadwerkelijk op zoek is naar gevaar- en veiligheidsinformatie. Dit zal eerder het geval zijn bij minder bekende producten of gevaarlijk ogende producten.⁷⁴ Een manier om dit op te lossen is door de waarschuwing te persoonlijk te maken, bijvoorbeeld door middel van het gebruik van de naam (van een werknemer) in de waarschuwing.⁷⁵

3.7 Motivatie bij de ontvanger

Als de waarschuwing erin is geslaagd de attitudes of geloven van een ontvanger juist te vormen of te corrigeren, is de volgende stap dat de waarschuwing een ontvanger moet aanzetten het gedrag van de waarschuwing op te volgen. In veel studies wordt dit gemeten op basis van de mate waarin een persoon de intentie heeft voorzorgsmaatregelen te nemen.

De motivatie om een waarschuwing op te volgen hangt af van enkele belangrijke variabelen, zoals de perceptie van gevaar, de persoonlijke relevantie van de waarschuwing voor de ontvanger, de tijd, geld en moeite die het opvolgen kost, de ernst van het mogelijke letsel, de sociale invloed van anderen en stress. Deze factoren beïnvloeden ook de effectiviteit van een waarschuwing op gedrag, zodat deze bij de volgende paragraaf aan bod komen.

3.8 Het opvolgen van de waarschuwing

3.8.1 Het meten van gedrag

Als sluitstuk van het C-HIP model wordt in deze subparagraaf besproken wat het effect van waarschuwingen is op het gedrag van een ontvanger, het zogenoemde *compliance*

73 DeJoy 1999, p. 189-219.

74 Wogalter & Vigilante 2006, p. 259.

75 Wogalter e.a. 1994, p. 233-242.

behaviour.⁷⁶ In hoeverre een waarschuwing effect heeft op gedrag kan worden gemeten door de situatie waarin wel een waarschuwing aanwezig is te vergelijken met de situatie waarin deze ontbreekt. Van belang daarbij is dat eerst wordt gemeten welk veilig gedrag mensen vertonen indien geen waarschuwing is gegeven. Indien met waarschuwing blijkt dat mensen veiliger met het product zijn omgegaan, dan heeft de waarschuwing effect gesorteerd.⁷⁷

Dit effect is echter moeilijk te meten, aangezien het bij het opzetten van een onderzoek niet de bedoeling is proefpersonen bloot te stellen aan een gevaarlijke situatie. Om die reden wordt ‘*compliance behaviour*’ vaak gemeten aan de hand van de vraag of de proefpersonen de waarschuwing in de voorgelegde situatie zouden opvolgen (*behavioral intent*). Dit is niet helemaal zuiver aangezien de intentie veilig gedrag te vertonen niet altijd daadwerkelijk resulteert in veilig gedrag, maar het komt er wel het meest in de buurt als voorspeller van gedrag.⁷⁸

Een overzicht van studies die het effect hebben gemeten van de aanwezigheid van een waarschuwing op veilig gedrag, toont aan dat de aanwezigheid van een waarschuwing tot meer gedragsaanpassing leidt dan in het geval dat geen waarschuwing is gegeven.⁷⁹

Zo moesten proefpersonen van een laboratoriumonderzoek een vogelhuisje bouwen met behulp van een zaag. Zij kregen een handleiding. Een deel van de groep kreeg een zaag met daarop een waarschuwingsboodschap bepaalde veiligheidsmaatregelen in acht te nemen. De andere groep niet. Het bleek dat de groep met de waarschuwing op de zaag de juiste voorzorgsmaatregelen trof.⁸⁰

3.8.2 Factoren met betrekking tot het ontwerp van een waarschuwing

De uiterlijke kenmerken van een waarschuwing kunnen een belangrijke rol spelen bij het beïnvloeden van gedrag. Onderzoek toont over het algemeen aan dat de plaatsing van waarschuwingen vooraan in de gebruiksinstructies meer effect heeft op gedrag dan wanneer de waarschuwingen in het midden of op het eind van de instructies stonden.⁸¹ Wat betreft het effect van kleur, scoort rood het best. Een verklaring is dat rood eerder

76 Deze subparagraaf is voor een groot deel gebaseerd op de bijdrage van Kalsher & Williams 2006, p. 313-329. Zie ook Silver & Braun 1999, p. 245-262.

77 Edworthy & Adams 1996, p. 9.

78 Kalsher & Williams 2006, p. 325. In de volgende subparagrafen zal het effect van waarschuwingen worden bepaald aan de hand van studies die gedragsintentie en daadwerkelijk opvolgen hebben gemeten.

79 Idem, p. 315.

80 Kalsher e.a. 2000, p. 822-825.

81 Bijvoorbeeld Wogalter e.a. 1987, p. 599-612.

wordt geassocieerd met gevaar dan bijvoorbeeld groen.⁸² Een andere mogelijkheid om het effect op gedrag te vergroten is door de waarschuwingsinformatie te communiceren via meerdere kanalen tegelijk, bijvoorbeeld zowel visueel als auditief.⁸³

Studenten kregen de taak een diskdrive op een computer aan te sluiten. Gedurende de installatie werd naast de geprinte handleiding gebruikgemaakt van een computerstem die instructies gaf. Het onderzoek toonde aan dat de groep die tevens de stem te horen had gekregen veel beter scoorde op juist gebruik dan de groep die alleen de handleiding had gekregen.⁸⁴

Ook de inhoudelijke kenmerken van een waarschuwing kunnen bijdragen aan de effectiviteit. De aanwezigheid van symbolen en signaalwoorden is veelvuldig onderzocht. Van symbolen is kenbaar dat deze de opvallendheid van een waarschuwing vergroten. Echter, wat betreft hun effect op gedrag zijn de resultaten tegenstrijdig, nu is gebleken dat de mate van gevaar niet altijd goed wordt afgelezen uit het signaalwoord. Daarnaast blijkt de wijze waarop de inhoud van de informatie wordt neergezet ook van belang te zijn. Zo blijkt het geven van expliciete informatie over bijvoorbeeld de mogelijke gevolgen een positieve invloed te hebben op gedrag.⁸⁵ Ook de manier waarop de inhoud wordt gepresenteerd, het zogenoemde *framing effect*, kan een cruciale factor zijn.⁸⁶

3.8.3 Factoren met betrekking tot de eigenschappen van een gewaarschuwde

Een tweede categorie van factoren die bepalend kunnen zijn voor de effectiviteit van een waarschuwing, heeft betrekking op de gewaarschuwde zelf. Het oordeel van een productgebruiker over het gevaar is van belang voor de effectiviteit van de waarschuwing op gedrag. Over het algemeen kan gezegd worden dat waarschuwingen sneller opgevolgd worden naarmate men een product gevaarlijker acht. Verder toont onderzoek aan dat vertrouwdheid en eerdere ervaringen met een bepaald product een daling veroorzaken in perceptie omtrent de gevaarlijkheid van het product.⁸⁷ Met name negatieve ervaringen ten aanzien van eerdere ongevallen leiden over het algemeen tot een stijging in gevaarperceptie, wat vervolgens kan resulteren in voorzichtiger gedrag.

Andere individuele verschillen die van belang kunnen zijn voor gedragsaanpassing en waar onderzoek naar is gedaan, is het verschil in sekse. Alhoewel de onderzoeken schaars en niet consistent zijn op dit punt, kan wel uit enkele worden afgeleid dat vrouwen over

82 Bijvoorbeeld Braun & Silver 1995, p. 2207-2220.

83 Bijvoorbeeld Wogalter & Young 1991, p. 79-89.

84 Conzola & Wogalter 1999, p. 549-556.

85 Frantz 1994, p. 532-546. Zie bijvoorbeeld ook Venema 1990, p. 59.

86 Tversky & Kahneman 1981, p. 1453-1458.

87 Wogalter e.a. 1991, p. 71-82.

het algemeen eerder een waarschuwing zullen opvolgen dan mannen.⁸⁸ Een andere variabele is de mate van controle die iemand persoonlijk gelooft te hebben over een situatie.

Uit een Nederlandse veldstudie van Van Duijne waarbij het gebruik van elektrisch tuingereedschap door consumenten werd geobserveerd, kwam naar voren dat de proefpersonen beseften dat er risico's verbonden zijn aan het gebruik van hun elektrisch tuingereedschap, maar dat zij meenden deze risico's onder controle te hebben. De gebruikers hadden het idee dat zij de risico's konden beheersen door aandacht te besteden aan de bron van het gevaar, zoals de scherpe messen aan het tuingereedschap of door zelf(bedachte) voorzorgsmaatregelen te treffen, zoals het snoer tussen de benen houden bij het gebruik van het gereedschap. De meeste proefpersonen achtten het niet nodig om de gebruiksinstructies te lezen vóór productgebruik, omdat ze zelf meenden te weten hoe ze veilig met het product om moesten gaan. Toen werd gevraagd naar de betekenis van de waarschuwingssymbolen bleek dat het merendeel ze verkeerd begreep.⁸⁹

3.8.4 Factoren met betrekking tot de situatie van productgebruik

Ten eerste de kosten verbonden aan het opvolgen van de waarschuwing. Het handelen overeenkomstig de waarschuwing kan in de ogen van de productgebruiker te veel tijd innemen, duur, ongemakkelijk of lastig uitvoerbaar zijn. De gebruiker ervaart deze al snel als te hoog, met als gevolg dat de kans groot is dat hij het veilige gedrag niet vertoont. Verscheidende onderzoeken tonen dit aan, waaronder het onderzoek van Hunn e.a.

Proefpersonen kregen de taak om met een schoonmaakmiddel te werken. Op de fles stond als instructie aangegeven dat handschoenen moesten worden aangetrokken. Bij de ene groep waren de handschoenen verpakt bij het product en 87% vertoonde het veilige gedrag. Bij de andere groep lagen de handschoenen even verderop. Slecht een kwart van de groep volgde de waarschuwing op. Onderzoekers dragen als oplossing aan om de maatregelen die getroffen moeten worden te vergemakkelijken, bijvoorbeeld door het aanleveren van veiligheidsmateriaal.⁹⁰

Ook de observatieonderzoeken van Van Duijne laten allen zien dat de deelnemers zich zo weinig mogelijk wilden inspannen om het gewenste resultaat te

88 Smith-Jackson 2006, p. 335-344.

89 Van Duijne 2005, p. 127-151.

90 Hunn & Dingus 1992, p. 497-505.

behalen, ook indien dat betekent dat een wat minder veilige handeling moet worden verricht. Dat risico zijn zij bereid te accepteren. De studie gericht op het gebruik van elektrisch tuingereedschap laat zien dat ondanks dat de gebruikers wisten dat de messen verwondingen kunnen veroorzaken, zij bij het schoonmaken ervan niet de stekker uit het stopcontact haalden.⁹¹

Ten tweede zijn de kosten van het niet opvolgen van de waarschuwing, zoals schade aan personen of zaken, van belang voor de effectiviteit op gedrag. Hoe men over het productrisico denkt, heeft vooral te maken met hoe men de ernst van het letsel inschat.⁹² Een stijging in risicoperceptie bij een gebruiker zal hem motiveren voorzichtig met het product om te gaan. Echter, het gevolg kan zijn dat door het nemen van voorzorgsmaatregelen die effect hebben, gebruikers op den duur het risico lager inschatten, omdat zij vertrouwd zijn geraakt met een veilig gebruik van het product. Een mogelijke oplossing hiervoor is het geven van expliciete informatie over de mogelijke gevolgen van niet-nakoming van de waarschuwing. Dit geldt met name indien de gevolgen ernstig kunnen zijn, omdat risicoperceptie in dat geval toeneemt.⁹³

Een andere variabele die de effectiviteit van een waarschuwing op het gedrag van mensen kan aantasten, is de invloed van mensen uit de omgeving. Uit onderzoek blijkt dat mensen eerder geneigd zijn veilig gedrag te vertonen indien een rolmodel dit voor doet of collega's op de werkplek. Omgekeerd geldt hetzelfde.

Zo moesten proefpersonen van een laboratoriumonderzoek een taak uitvoeren met stoffen waarvan zij dachten dat ze gevaarlijk waren. Vooraf kregen zij een videoboodschap te zien. De ene helft van de groep kreeg een videoboodschap met daarin een waarschuwing met betrekking tot de stoffen. De andere helft van de groep kreeg deze videoboodschap ook te zien, maar kreeg daarnaast nog een filmpje te zien waarin door een rolmodel werd voorgedaan op welke wijze de taak veilig kon worden uitgevoerd, zoals het gebruik van handschoenen en bril. Bijna alle proefpersonen (92%) vertoonden in de tweede groep het gedrag van het rolmodel. In de eerste groep trof maar de helft de vereiste veiligheidsmaatregelen.⁹⁴

Verder levert ook stress een storende factor op. Een onderzoek van Wogalter e.a. toont aan dat bij het uitvoeren van een taak onder tijdsdruk het veilige productgebruik volgens

91 Van Duijne 2005, p. 127-151.

92 Wogalter e.a. 1991, p. 71-82.

93 Bijvoorbeeld Laughery e.a. 1993, p. 597-613.

94 Racicot & Wogalter 1995, p. 57-64.

de waarschuwing aanmerkelijk afnam in tegenstelling tot de situatie waarin geen tijds-limiet gold.⁹⁵ Ook werkdruk kan ertoe leiden dat mensen niet in staat zijn de veiligheids-informatie goed te verwerken.⁹⁶

4 PSYCHOLOGISCHE NOTIES IN HET PRODUCTAANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

4.1 Inleiding

Op het eerste gezicht impliceren voornoemde onderzoeksresultaten dat mensen over het algemeen niet uitmuntend scoren in het verwerken van informatie. Desalniettemin levert het een herkenbaar beeld op; hoe vaak lees je zelf eigenlijk een handleiding of negeer je een waarschuwing omdat je de veiligheidsaanbevelingen onnodig vindt?

Voordat ik toekom aan bespreking van de wijze waarop psychologische bevindingen het aansprakelijkheidsrecht kunnen ondersteunen en mogelijk verbeteren, wil ik eerst stilstaan bij de vraag in hoeverre psychologische noties, ten aanzien van productwaar-schuwingen, zijn doorgedrongen in het aansprakelijkheidsrecht. Drie uitspraken van de Hoge Raad, zijnde *Lekkende Kruik*, *Jetblast* en *Multivacmachine*, trekken in dit opzicht de aandacht.⁹⁷

4.2 Het juridische consumentbeeld

Het beeld dat het recht heeft van de consument is een geobjectiveerd beeld, de maatstaf is het gedrag van de gemiddelde, normale mens.⁹⁸ De notie dat normale mensen geen computers zijn en als gevolg van cognitieve beperkingen verkeerde beslissingen kunnen nemen ten aanzien van hun eigen veiligheid, is in abstracte zin terug te vinden in de recht-spraak met betrekking tot de verwachtingen die een zorgdrager moet hebben omtrent het gedrag van potentiële slachtoffers.⁹⁹ In het aansprakelijkheidsrecht bundelt men deze veronderstelling van gedrag onder de noemer van onoplettendheid en onvoorzichtigheid. Vervolgens is deze regel verbijzonderd ten aanzien van het type slachtoffer, zoals onoplettende en onvoorzichtige verkeersdeelnemers, werknemers en consumenten.¹⁰⁰

95 Wogalter e.a. 1998, p. 143-158.

96 Bijvoorbeeld Wogalter & Usher 1999, p. 106-110.

97 Zie bijvoorbeeld ook HR 13 oktober 2006, *RvdW* 2006, 941 (*Vie d'Or/Verzekeringskamer*), HR 25 november, *RvdW* 2005, 132 (*Skeelerongeval*).

98 Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162, aant. 88.5 en 88.8.

99 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (*Kelderluik*).

100 Voor verkeersdeelnemers zie bijvoorbeeld HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 (*Bussluis*); HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (*Zeeuws weggetje*). Voor werknemers zie bijvoorbeeld recentelijk HR 11 november 2005, *JA* 2006, 11 (*Multivac-machine*).

In het productaansprakelijkheidsrecht is deze gedragspresumptie gebruikt in het *Lekkende Kruik*-arrest.¹⁰¹ Daarin bepaalt de Hoge Raad dat een producent er rekening mee dient te houden dat een deel van het publiek waarvoor het product bestemd is, het nemen van de noodzakelijke voorzorgsmaatregelen zal nalaten. Hieruit kan de vergaande plicht worden afgeleid dat een producent moet beseffen dat de mogelijkheid dat een consument de veiligheidsinformatie niet goed verwerkt of zelfs in het geheel niet leest reëel is. Verder kan er nog een parallel worden getrokken met de rechtspraak over werknemers die werken met gevaarlijke machines. Hierin wordt de algemene veronderstelling gedaan dat werknemers zich door het dagelijks werken met een gevaarlijke machine, waaraan aanzienlijke risico's zijn verbonden, vergeetachtig en onvoorzichtig kunnen gaan gedragen.¹⁰²

4.3 Gedragsregels voor producenten

4.3.1 De plicht om te anticiperen op onvoorzichtig productgebruik

Logischerwijs zien we de algemene presumptie die in het aansprakelijkheidsrecht wordt gebruikt over het gedrag van consumenten indirect terug in de eisen die worden gesteld aan de waarschuwingsplicht van een producent. Immers, hij moet onderzoeken op welke wijze consumenten onvoorzichtig en opletten kunnen zijn, zodat hij zijn ontwerp en gebruiksaanwijzing daarop kan afstemmen. Tot hoever de anticipatieplicht van een producent reikt, wordt bepaald door de omstandigheden van het specifieke geval. Dit biedt weinig houvast aan een producent. De uiterste grens is door de Richtlijn Productaansprakelijkheid neergelegd bij productgebruik dat als *onredelijk misbruik* wordt betiteld.¹⁰³ Artikel 6:186 BW spreekt van 'het redelijkerwijs te verwachten gebruik' als omstandigheid die medebepalend is voor de gebrekkigheid van een product. Voor gevaren die door dergelijk productgebruik kunnen ontstaan zal in beginsel moeten worden gewaarschuwd. Wanneer gebruik niet meer redelijkerwijs te verwachten is, maar misbruik oplevert, is onduidelijk. Deze verantwoordelijkheid ligt bij een producent. Of deze hierin de juiste keuze heeft gemaakt, kan pas achteraf worden beoordeeld indien letsel bij productgebruik zich heeft voorgedaan. Een andere begrenzing kan worden gevonden in het arrest *Zeeuws weggetje*, dat zegt dat waarschuwen niet nodig is indien het gevaar ook voor de onvoorzichtige en onoplettende weggebruiker aanstonds duidelijk had moeten zijn.¹⁰⁴ Deze grens vertoont veel gelijkenis met de publiekrechtelijke

101 HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315, m.nt. HB (*Lekkende kruik I*).

102 Bijvoorbeeld HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (*Messaoudi/Hoehst*).

103 R.o. 6 van de considerans.

104 HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (*Zeeuws weggetje*). Voor commentaar op dit arrest zie de noot van Giesen 2004, p. 35-39.

norm van artikel 5 RAPV.¹⁰⁵ Echter, van een groot deel van de producten die tegenwoordig op de markt verschijnen zijn de productrisico's door hun complexiteit minder goed zichtbaar, wat voor een producent betekent dat de anticipatieplicht een vergaande plicht inhoudt.

4.3.2 De plicht om passende voorzorgsmaatregelen te nemen

Een volgende psychologische norm is terug te vinden in het *Multivacmachine*-arrest uit 2006.¹⁰⁶

In deze zaak heeft een werknemer ernstig letsel opgelopen als gevolg van het inpakken van vlees met behulp van een Multivac-machine. De folie was vast komen te zitten. De werknemer stopte zijn hand in de inpakmachine om de folie los te krijgen, waardoor zijn vingertoppen werden geamputeerd. De machine was voorzien van beschermkappen, een noodstopknop en een waarschuwingssticker met de tekst 'GEVAAR AMPUTATIEGEVAAR Veiligheidskappen niet verwijderen. Niet onder de veiligheidskappen komen tenzij de hoofdschakelaar uit is'. Tevens bevond zich een symbool op de machine van een hand onder een verticale staaf. Na het ongeluk heeft de werkgever een beveiligingstrip aangebracht om de gleuf te dichten.

De Hoge Raad oordeelt dat in geval van gevaarlijke machines waarschuwingen gericht aan de werknemer, zoals de waarschuwingsstickers, niet steeds voldoende zullen zijn. Immers, door de dagelijkse omgang met een machine zal de gebruiker niet meer steeds alle voorzichtigheid in acht nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is. De Hoge Raad vervolgt dat van de werkgever dan ook moet worden verwacht dat hij onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel of een veiliger werking van de machine mogelijk is. Is dat niet het geval, dan moet hij onderzoeken of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd.

Zoals we bij bespreking van het onderdeel 'waarschuwingbron' uit het C-HIP model zagen, geldt binnen de psychologie en ergonomie een *hazard control hierarchy*. Deze hiërarchische aanpak van gevaren komt overeen met de regel die de Hoge Raad in het *Multivacmachine*-arrest heeft geformuleerd. Deze norm kan ook worden gehanteerd in het kader van consumentenproducten, in het bijzonder voor producten waar behoorlijke risico's aan zijn verbonden, bijvoorbeeld elektrisch tuingereedschap.

¹⁰⁵ Hierin staat kort gezegd dat een producent moet waarschuwen voor productrisico's tenzij deze zonder waarschuwing onmiddellijk herkenbaar zijn.

¹⁰⁶ HR 11 november 2005, JA 2006, 11 m.nt. W.H. van Boom (*Multivacmachine*). Voor commentaar op dit arrest Lindenberg 2006, p. 39-43.

4.3.3 De plicht om adequaat te waarschuwen

Indien verdergaande fysieke maatregelen ter voorkoming van het verhoogde gevaar niet mogelijk zijn, zal moeten worden onderzocht of waarschuwen voldoende effect sorteert. Hierin zit een volgende psychologische norm besloten die door de Hoge Raad in 2004 in het *Jetblast*-arrest is geïntroduceerd.¹⁰⁷

In deze zaak gaat het om de vraag of het door de luchthaven geplaatste waarschuwbord een afdoende voorzorgsmaatregel is om het publiek te waarschuwen voor het gevaar van jetblasts. Het slachtoffer heeft ernstige letselschade opgelopen nadat zij als gevolg van een opstijgend vliegtuig de lucht in is geblazen en vervolgens met haar hoofd is beland op een rotsblok. De toeriste stond, achter een hek in het verlengde van de startbaan, op ongeveer vijftig meter afstand van het vliegtuig. Aan het hek hing een waarschuwbord met daarop de tekst: 'WARNING!' en daaronder 'Low flying and departing air craft blast can cause physical injury'.

Het hof acht de waarschuwing adequaat, nu het slachtoffer door het bord op de hoogte kon zijn van het gevaar. De Hoge Raad gaat hier niet in mee. Vastgesteld was namelijk dat voortdurend toeristen naar de vertrekkende vliegtuigen stonden te kijken en zich aldus blootstelden aan het gevaar van jetblasts. De Hoge Raad oordeelt dat een waarschuwing als afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar kan worden beschouwd, indien te verwachten valt dat de waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden. Hieruit volgt dat de wijze waarop de effectiviteit van een waarschuwing wordt beoordeeld in het aansprakelijkheidsrecht overeenkomt met de eisen die de cognitieve psychologie stelt aan een waarschuwing. Immers, zoals we zagen aan de hand van het C-HIP model moet een waarschuwing uiteindelijk resulteren in een handelen conform de waarschuwing.

4.4 Psychologische noties in het publiekrecht

Zoals we zagen heeft de Hoge Raad recentelijk normen in het aansprakelijkheidsrecht gehanteerd die stroken met inzichten uit de cognitieve psychologie. In het publiekrecht valt mij minder duidelijk op in welke mate de overheid zich baseert op psychologische noties bij het ontwerpen van publiekrechtelijke veiligheidsvoorschriften. In geval van het etiket van gevaarlijke stoffen, is het maar de vraag of de voorgeschreven informatie

107 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 (*Jetblast*). Zie voor uitgebreide bespreking van het *Jetblast*-arrest: Giesen 2005. Een samenvatting van de oratie is te vinden in: Giesen 2006, p. 3-8. En verder: Pape 2006, p. 374-382.

en symbolen voldoen aan de psychologische vereisten van een effectieve waarschuwing. De informatie geeft aan wat het gevaar is, maar ze zegt niets over hoe groot de kans op blootstelling is.¹⁰⁸ Een uitzondering vormt de tabakswaarschuwing.¹⁰⁹ In de psychologie wordt gehamerd op het feit dat producenten hun waarschuwing moeten testen voordat zij het product op de markt brengen. Dit uitgangspunt zou ook voor de overheid moeten gelden.

5 PSYCHOLOGISCHE INZICHTEN: EEN TOEGEVOEGDE WAARDE VOOR HET PRODUCTAANSPRAKELIJKHEIDSRECHT?

5.1 Inleiding

In de komende subparagrafen beantwoord ik de vraag op welke wijze cognitieve bevindingen over waarschuwingen en productgebruik een toegevoegde waarde zijn voor en in het productaansprakelijkheidsrecht. Hierbij ga ik uit van de opvatting dat het juridische consumentbeeld zo veel mogelijk moet aansluiten bij het werkelijke consumentbeeld. Of dat kan worden bereikt hangt af van welke gedragsregels het recht de producent oplegt en hoe de rechter zijn oordeel vormt. Deze aspecten werk ik hierna nader uit.

5.2 Effectieve gedragsregels

5.2.1 Een realistisch beeld van een waarschuwing

In het aansprakelijkheidsrecht wordt een waarschuwing sinds jaar en dag gezien als een voorzorgsmaatregel ter afwending van gevaar. Er kan evenwel een tendens worden bespeurd; de laatste jaren wordt meer en meer de focus gelegd op het daadwerkelijke effect van deze maatregel als middel om gedrag van potentiële slachtoffers te beïnvloeden, zowel door de Hoge Raad als in de wetenschap.¹¹⁰ De Hoge Raad heeft in korte tijd twee arresten gewezen die gevoed zijn met een norm die voortkomt uit de cognitieve psychologie. Deze introductie van de *Jetblast*-norm in combinatie met de *Multivac-machine*-norm acht ik een toegevoegde waarde voor het productaansprakelijkheidsrecht. Enerzijds leert de psychologie ons dat een waarschuwing geen wondermiddel is ter voorkoming van ongevallen. Tal van cognitieve factoren kunnen opstoppingen veroorzaken op de weg naar een effectieve waarschuwing. Anderzijds tonen de onderzoeks-

108 Zie www.isditproductveilig.nl onder het kopje 'Gevaarsinformatie'.

109 Zo heeft de minister van VWS recentelijk aangekondigd pas over te gaan tot het plaatsen van kleurenfoto's op sigarettenverpakkingen indien deze in andere lidstaten effectief blijkt te zijn. Het plaatsen van kleurenfoto's op sigarettenverpakkingen is niet verplicht gesteld door de Europese Commissie (Beschikking 2003/641/EG (PbEG 2003, L 226)).

110 Bijvoorbeeld Van Boom 2003; Giesen 2005.

resultaten wel degelijk aan dat waarschuwingen in staat zijn om gedrag op een positieve wijze te beïnvloeden.¹¹¹ Het juridisch beoordelen van een waarschuwing als middel om veilig gedrag te bevorderen is derhalve geen verkeerd uitgangspunt, nu het uitgaat van de feitelijke omstandigheid dat waarschuwingen werken. De vraag is alleen onder welke omstandigheden gedragseffect kan worden verwacht. De onderzoeksresultaten uit de cognitieve psychologie bieden hier inzicht in. Bovendien leert de psychologie ons ook dat het gebruik van waarschuwingen als minst betrouwbare beschermingsmethode moet worden gezien. Dit is door de Hoge Raad verdisconteerd in de *Multivacmachine*-norm. Nu de Hoge Raad psychologische maatstaven heeft geïntroduceerd in het aansprakelijkheidsrecht, is het wel van belang dat de rechter in het vervolg ook daadwerkelijk te rade gaat bij de cognitieve psychologie om erachter te komen waarom een waarschuwing in een bepaalde situatie niet heeft gewerkt en in hoeverre het gerechtvaardigd is dat verdergaande maatregelen worden geëist. Anders wordt het doel van ongevalspreventie zeker niet bereikt. Met andere woorden, wie A zegt, moet ook B zeggen.

5.2.2 Prikkelende normen

Alhoewel de hiërarchische aanpak van de *Multivacmachine*-norm alom bekend is onder productontwerpers, is het de vraag in welke mate het in de praktijk wordt toegepast.¹¹² Onderzoek van Van Duijne laat zien dat ontwerpers weinig moeite doen om problemen met betrekking tot de veiligheid van een product te begrijpen vanuit het gebruikersperspectief, terwijl juist inzicht verkrijgen in de wijze waarop gebruikers omgaan met een product en productrisico's beleven ongevalspreventie kan bevorderen. De ontwerpers waren meer gericht op het vinden van een ontwerp oplossing en het ontwerpen van een product dat veilig oogt. Weinig aandacht werd besteed aan de werkelijke interactie tussen gebruiker en product.¹¹³ In haar proefschrift presenteert zij een observationele onderzoeksmethode aan de hand waarvan producenten en hun ontwerpers meer inzicht kunnen verkrijgen in productgebruik vanuit het gebruikersperspectief.¹¹⁴

De *Multivacmachine*-norm kan bijdragen aan de preventieve werking van het productaansprakelijkheidsrecht. Idealiter stimuleert de *Multivacmachine*-norm producenten om meer aandacht te besteden aan de werkelijke interactie tussen consument en zijn product om zo het aantal ongevallen te verminderen. Daar komt bij dat ook de strenge *Jetblast*-

111 Cox III e.a. 1997, p. 195-204.

112 Zie bijvoorbeeld Dirken 1997, p.452-454; Van Aken e.a 1996, p. 27-33. Deze norm is ook neergelegd in de ISO/IEC GUIDE 51:1999, Guidelines for the inclusion of safety aspects in standards. Dit is een algemene handleiding, opgesteld door twee internationale normcommissies, die dient als richtsnoer voor normcommissies bij andere niet-bindende normen.

113 Van Duijne 2005, hoofdstuk 8.

114 Van Duijne 2005, hoofdstuk 9.

norm producenten wil doen prikkelen om onderzoek te doen naar de wijze waarop zij een waarschuwing kunnen ontwerpen waarvan effect valt te verwachten.

Of deze gedragsregels werkelijk invloed hebben op de handelwijze van een producent is niet te zeggen. Er is nauwelijks onderzoek gedaan naar de vraag in hoeverre het aansprakelijkheidsrecht de preventiefunctie kan waarmaken.¹¹⁵ Misschien kan de Voedsel en Warenautoriteit producenten een duwtje in de rug geven door belangrijke uitspraken op het gebied van productaansprakelijkheid meer onder hun aandacht te brengen en inzichtelijker te maken.

Bovendien moeten we in het recht af van de hypothese dat een waarschuwing een goedkope voorzorgsmaatregel is. Inderdaad, indien weinig onderzoek wordt gedaan naar hoe een effectieve waarschuwing er uit moet zien houdt deze opvatting stand. De *Jetblast*-norm in combinatie met de *Multivacmachine*-norm kan hier verandering in brengen, nu een producent aangespoord wordt onderzoek te verrichten naar het werkelijke productgebruik van consumenten. Het testen van waarschuwingen op een representatieve doelgroep en het doen van observationeel onderzoek naar de wijze van interactie tussen product en gebruiker kunnen een producent helpen bij het ontwerpen van een veilig product waarbij de kans op ongevallen acceptabel is. Een tweede voordeel van het doen van onderzoek is dat indien een consument schade heeft opgelopen, de producent een sterk verweer heeft door met behulp van zijn onderzoeksresultaten te bewijzen dat hij voldaan heeft aan zijn plichten en dat het product niet als gebrekkig kan worden beschouwd, zodat aansprakelijkheid moet uitblijven.

5.2.3 Nuancering van de verdeling van verantwoordelijkheid

Wel is een waarschuwing op zijn plaats bij het overhevelen van psychologische bevindingen naar het aansprakelijkheidsrecht.¹¹⁶ Het kan verkeerd uitpakken doordat de weegschaal te ver doorslaat naar slachtofferbescherming. Zo op het eerste gezicht kunnen de onderzoeksresultaten namelijk vooral in het voordeel van de consument worden uitgelegd. Immers, hij is slachtoffer van zijn eigen cognitieve beperkingen, welke opvatting ertoe kan leiden dat het aannemen van aansprakelijkheid eenvoudig geschiedt: de producent moet maar rekening houden met oliedom gedrag. Dit druist echter in tegen het karakter van de aansprakelijkheidsvormen van artikel 6:185 en 6:162 BW. Beide worden begrensd door wat aan voorzorg redelijkerwijs kan worden gevergd van een producent. Hierbij zijn de feitelijke mogelijkheid, de gebruikelijkheid en de bezwaarlijkheid (qua kosten, tijd en moeite) van de te nemen voorzorgsmaatregelen van belang. De aansprakelijkheden gaan niet zo ver dat het enkele feit dat letselschade is opgetreden door productgebruik

¹¹⁵ Zie hierover bijvoorbeeld Giard 2005, p. 1401.

¹¹⁶ Giesen 2005, p. 87.

aansprakelijkheid oplevert. Immers, de consument heeft nog een eigen verantwoordelijkheid. En ook deze moet blijven worden geprikkeld door het aansprakelijkheidsrecht. Deze gedachte sluit ook aan bij het doel van de Europese Richtlijn Productaansprakelijkheid. Met deze Richtlijn is een evenwicht beoogd tussen de belangen van de consument en die van de producent.

De jurisprudentie geeft aanknopingspunten voor de wijze waarop de verantwoordelijkheid voor veilig productgebruik moet worden verdeeld bij het bepalen van aansprakelijkheid. Psychologische onderzoeksresultaten werken op dit punt aanvullend door in een specifieke zaak verduidelijking te geven waar de anticipatieplicht van de producent ophield en waar de eigen verantwoordelijkheid voor veilig gebruik van de consument begon. Een waarschuwing hoeft geen absolute bescherming te bieden en een product hoeft geen 100% veiligheid te garanderen. Niet alle consumenten worden juridisch beschermd tegen hun onvoorzichtigheid. Het gaat erom dat het product gebrekkig is voor de gemiddeld onvoorzichtige consument. Indien een producent zijn waarschuwing heeft getest op een representatieve doelgroep en daaruit blijkt dat deze bij 80% effect sorteert, dan is het niet hebben opgevolgd van deze waarschuwing mijns inziens een indicatie dat het slachtoffer in casu afwijkt van de gemiddelde consument. Zoals eerder aangegeven, is het dus voor een producent van belang een product te ontwerpen op basis van psychologische bevindingen. Dan kan een producent in een specifieke zaak betogen dat het slachtoffer zich anders heeft gedragen dan de gemiddelde consument zou doen met als resultaat dat aansprakelijkheid uitblijft.

Wordt aansprakelijkheid wel aangenomen, dan kan de schadevergoedingsplicht worden verminderd of opgeheven, indien de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend.¹¹⁷ De schadevergoeding zal niet snel tot nul worden teruggebracht. Dat druist in tegen de beschermingsgedachte van productaansprakelijkheid.¹¹⁸ Een voorbeeld geven van de situatie waarin een rechter de vergoeding kan verminderen is lastig, omdat een gedeelte van de eigen schuld van het slachtoffer al is verdisconteerd in de anticipatieplicht van de producent. Het gaat dus om de situatie dat het product gebrekkig is en dat het slachtoffer zich anders heeft gedragen dan de gemiddelde gebruiker, maar weer niet zo onvoorzichtig dat enige vergoeding uitblijft. Ook hier kunnen psychologische onderzoeksresultaten de positie van een producent versterken. Stel, een droogtrommel is in brand gevlogen als gevolg van een pluizenfilter dat de gebruiker nooit heeft leeggehaald. Hierdoor is schade ontstaan aan kleding en overige apparatuur. De producent heeft hiervoor wel gewaarschuwd,

117 Zie artikel 6:185 lid 2 BW. Volgens de MvT geschiedt de invulling van eigen schuld bij de risicoaansprakelijkheid volgens artikel 6:101 BW; Kamerstukken II 1985/86, 19 636, nr. 3, p. 9.

118 Een voorbeeld waarin dit mogelijk wel het geval kan zijn, is dat een product door een ontwerpfout gebrekkig is en het slachtoffer tevens zo onvoorzichtig omging met het product dat de rechtsgrond voor vergoeding wegvalt.

echter alleen in de handleiding en dan nog op onopvallende wijze. Effectiever zou zijn geweest indien bij of op de pluizenfilter een waarschuwing stond dat deze (1x per 2x drogen) moest worden leeggehaald of dat de trommel een beveiligingsmechanisme bevat waardoor drogen niet kan bij te veel pluisjes. In deze situatie lijkt het me denkbaar dat een gedeelte van de zaakschade door het slachtoffer wordt gedragen, omdat de kennis over dit gevaar aanwezig behoort te zijn bij de gemiddelde consument.¹¹⁹ Onderzoek van de producent, bijvoorbeeld een enquête, welke aantoont dat de gemiddelde consument juist wel regelmatig het filter schoonmaakt, ook zonder expliciete waarschuwing, dat pleit dan voor een vermindering wegens eigen schuld.

5.3 Een rechterlijk oordeel met positieve feedback

Zoals Van Boom stelt in zijn Tilburgse oratie komt het de effectiviteit van het aansprakelijkheidsrecht ten goede indien een rechter zijn oordeel zou aanvullen met positieve feedback over de wijze waarop de aansprakelijke wel had moeten handelen.¹²⁰ Deze positieve feedback kan bijvoorbeeld bestaan in het aanreiken van een psychologisch onderzoeksresultaat dat aantoont dat het waarschijnlijk is dat de waarschuwing zo meer effect sorteert. Een voorbeeld biedt de zaak *Betonmortel*.¹²¹ Een man heeft ernstige brandwonden aan zijn benen opgelopen nadat hij in spijkerbroek met beton heeft gewerkt. De waarschuwing bestond uit een waarschuwingssticker met daarop een kruis en het woord 'irriterend'. Dat de waarschuwing door de rechtbank gebrekkig is bevonden, is niet verrassend te noemen.¹²² De rechter had in deze zaak aan de producent de boodschap kunnen meegeven dat de toevoeging van de zinsnede 'draag beschermende kleding zoals vloeistofdichte laarzen, kniebeschermers en handschoenen' een zinvolle verbetering is. Idealiter zou een rechter dus de beslissing dat een waarschuwing kan worden verbeterd of dat een verdergaande, alternatieve maatregel niet bezwaarlijk is, moeten staven met onderzoek dat de waarschijnlijkheid hiervan aantoont.

5.4 Een rechterlijk oordeel op basis van psychologisch bewijs

Een volgende wijze om te streven naar een juridisch consumentenbeeld dat zo veel mogelijk aansluit bij de realiteit, is dat een rechter tracht zijn oordeel met empirisch bewijs te

119 Zou de producent wel voldoende hebben gewaarschuwd of de trommel van een beveiligingsmechanisme hebben (bv. indicatielampje) voorzien, maar trekt de consument zich hier niets van aan, dan zal dit mijns inziens niet leiden tot aansprakelijkheid en indien wel dan tot verval van de vergoeding.

120 Van Boom 2003, p. 30-31.

121 Rb. Middelburg 13 juli 2005, JA 2005, 104 (*Betonmortel*).

122 Waarom in deze zaak geen beroep is gedaan op het niet voldaan zijn aan de publiekrechtelijke eisen voor een gevaarlijke stof als betonmortel is mij niet duidelijk.

onderbouwen in plaats van op zijn intuïtie af te gaan.¹²³ De rechter kan als hulpmiddel bij het invullen van het gebrekkigheids criterium of de zorgvuldigheidsnorm gebruikmaken van psychologische bevindingen die van belang zijn in de specifieke zaak.¹²⁴ Verder zou de werking van het aansprakelijkheidsrecht kunnen worden verbeterd, indien de rechter ook zijn mening over de aanwezigheid van een algemeen ervaringsfeit of een feit van algemene bekendheid onderbouwt met psychologische onderzoeksresultaten. Een rechter is hiertoe niet verplicht op grond van artikel 149 Rv. Daar komt bij dat de maatstaf die hij moet hanteren bij productaansprakelijkheidszaken betrekking heeft op wat men *mag* verwachten en welke kennis een rechter aanwezig *mag* veronderstellen bij de gemiddelde mens. Een rechter heeft dus de vrijheid te besluiten dat de veiligheidsverwachting hoger behoort te liggen dan dat deze werkelijk ligt. Misschien is dat het geval geweest bij de zaak *Versgeperste jus d'orange*, waarin de rechter oordeelde dat het gevaar van gisten van sinaasappelsap als algemeen bekend gevaar mag worden beschouwd.¹²⁵

6 CONCLUSIE

Vanuit psychologisch opzicht is het ultieme doel van een waarschuwing het voorkomen van ongevallen. Dit moet worden bewerkstelligd door de waarschuwing zo vorm te geven dat hiermee het gedrag op een positieve wijze wordt beïnvloed. Binnen de cognitieve psychologie wordt onder andere gebruikgemaakt van het Communication-Human Processing model (C-HIP model) om de effectiviteit van een waarschuwing te beoordelen. Dit model geeft weer welke stadia een ontvanger van een waarschuwing moet hebben doorlopen wil de informatie succesvol zijn verwerkt. De stadia zijn: waarnemen, begrijpen, onthouden, geloven en beslissen. Hapert het verwerkingsproces in een bepaalde fase, dan kan dit ertoe leiden dat de waarschuwing uiteindelijk niet wordt opgevolgd. Of uiteindelijk de gewaarschuwde voldoende gemotiveerd is om de waarschuwing op te volgen, hangt af van factoren die betrekking hebben op het ontwerp van de waarschuwing, op de eigenschappen van de ontvanger en op de situatie waarin het product wordt gebruikt. Belangrijk ten aanzien van het ontwerp is bijvoorbeeld dat de informatie op een plaats staat die opvalt en dat deze opvalt door de aanwezigheid van symbolen en signaalwoorden. Of een waarschuwing effect sorteert, hangt vervolgens af van de mate waarin de gewaarschuwde zich bewust is van de productrisico's. De wijze waarop dit risico wordt beleefd, is afhankelijk van factoren zoals het letsel dat men denkt op te kunnen lopen en de opgedane kennis en ervaringen ten aanzien van het product. Wat betreft de situatie waarin het product wordt gebruikt, is voor de effectiviteit van een

123 Zie ook Giard & Van Boom 2006, p. 360-368; Giard 2005, p. 1401.

124 Door scholing zou een rechter hiertoe beter in staat kunnen zijn; vgl. Giesen 2005, p. 19.

125 Rb. Maastricht 21 maart 2002, LJN AE0776 (*Versgeperste jus d'orange*). Zie Van Boom 2005, p. 173-174.

waarschuwing van belang dat de kosten die het opvolgen van een waarschuwing met zich meebrengt, zoals de tijd, het geld en de moeite, zo laag mogelijk zijn.

Bij bestudering van de plichten die het aansprakelijkheidsrecht oplegt aan producenten, valt op dat de Hoge Raad gebruikmaakt van psychologische normen. Zo kan uit het *Lekkende Kruik*-arrest worden afgeleid dat het beeld dat het recht heeft van de gemiddelde consument is gebaseerd op een onvoorzichtige en onoplettende consument. Dit sluit aan bij de werkelijkheid dat mensen niet altijd de voorzorgsmaatregelen treffen die nodig zijn voor een veilig gebruik. Een producent heeft de plicht hier rekening mee te houden. Verder trekken de recente normen uit het arrest *Jetblast* en *Multivacmachine* in dit opzicht de aandacht. De *Jetblast*-norm is een vertaling van de wijze waarop de psychologie de effectiviteit van een waarschuwing beoordeelt. De *Multivacmachine*-norm sluit aan bij de filosofie die in de cognitieve psychologie en productergonomie leeft, namelijk dat waarschuwen over het algemeen de minst betrouwbare beschermingsmethode is.

De toegevoegde waarde van psychologische onderzoeksresultaten voor het productaansprakelijkheidsrecht speelt zich af op twee terreinen. Ten eerste ten aanzien van producenten. Het komt de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht ten goede indien de gedragsregels die juridisch worden opgelegd met *Jetblast* en *Multivacmachine* overeenkomen met de eisen die andere wetenschappen, zoals de cognitieve psychologie en ergonomie, stellen aan een waarschuwing. Hierdoor wordt aangesloten bij een realistisch beeld van waarschuwingen, namelijk dat waarschuwingen veilig gedrag kunnen bewerkstelligen, maar dat dit wel de minst betrouwbare methode is om ongevallen te voorkomen. Het introduceren van dergelijke, strenge normen door de Hoge Raad kan preventief werken doordat zij een producent aansporen te onderzoeken hoe consumenten met zijn product omgaan en wanneer een waarschuwing effect sorteert om zo het aantal ongevallen te beperken. Psychologische onderzoeksresultaten bieden zo een producent een hulpmiddel bij het vaststellen van de scheidslijn tussen zijn anticipatieplicht en de eigen schuld van het potentiële slachtoffer. Lijdt een consument desondanks schade, dan kan de producent aan de hand van de onderzoeksresultaten aantonen dat het gedrag van dit specifieke slachtoffer afwijkt van zijn empirisch beeld van de gemiddelde consument. Dit kan ertoe leiden dat de rechter aansprakelijkheid afwijst of de schadevergoedingsplicht vermindert.

Ten tweede kan de toegevoegde waarde zich uiten in het oordeel van de rechter. Mijs inziens moet het juridische consumentbeeld zo veel mogelijk een afspiegeling zijn van de werkelijke consument. Dit kan worden bereikt indien een rechter psychologische bevindingen meeneemt bij het bepalen van de gebrekkigheid van het product of de onzorgvuldigheid van het gedrag van een producent. Indien aansprakelijkheid wordt aangenomen, is vervolgens van belang dat een rechter aangeeft op welke wijze zijn oordeel, dat de waarschuwing niet voldoende effectief was en dat verdergaande maatregelen die

waarschijnlijk effectiever zullen zijn ook konden worden gevegd, psychologisch gezien standhoudt. Indien de invulling van dergelijke open normen door de rechter geschiedt op basis van empirisch bewijs, is aan te nemen dat de werking van het productaansprakelijkheidsrecht wordt bevorderd.

LITERATUUR

Van Aken e.a. 1996

D. van Aken e.a. (red.), *Handboek ontwerpen van veilige producten*, Utrecht: Lemma B.V. 1996.

Aronson, Wilson & Akert 2007

E. Aronson, T.D. Wilson & R.M. Akert, *Sociale psychologie*, Amsterdam: Pearson Education Benelux 2007.

Van Boom 2003

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

Van Boom 2005

W.H. van Boom, 'Een gewaarschuwd mens', *TvC* 2005, 5, p. 173-174.

Van Boom 2006

W. van Boom, *Efficacious enforcement in contract and tort*, (oratie EUR) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Braun & Silver 1995

C.C. Braun & N.C. Silver, 'Interaction of signal word and color on warning labels: difference in perceived hazard and behavioral compliance', *Ergonomics* (38) 1995, p. 2207-2220.

Cohen, Mendat & Wogalter 2006

H.H. Cohen, C.C. Mendat & M.S. Wogalter, 'Warning channel: modality and media', in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 123-134.

Conzola & Wogalter 1999

V.C. Conzola & M.S. Wogalter, 'Using voice and print directives and warnings to supplement product manual instructions', *International Journal of Industrial Ergonomics* (23) 1999, p. 549-556.

Cox III e.a. 1997

E.P. Cox III e.a., 'Do product warnings increase safe behavior? A meta-analysis', *Journal of Public Policy & Marketing* (16) 1997, p. 195-204.

Cox III & Wogalter 2006

E.P. Cox III & M.S. Wogalter, 'Warning source', in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 111-122.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

DeJoy 1999

D.M. DeJoy, 'Attitudes and beliefs', in: M.S. Wogalter, D.M. DeJoy & K.R. Laughery, *Warnings and risk communication*, London: Taylor & Francis 1999, p. 189-219, p. 193.

Dirken 1997

H. Dirken, *Productergonomie. Ontwerpen voor gebruikers*, Delft, VSSD 1997.

Drake, Conzola & Wogalter 1998

K.L. Drake, V.C. Conzola & M.S. Wogalter, 'Discrimination among sign and label warning signal words', *Human Factors and Ergonomics in Manufacturing* (8) 1998, p. 289-301.

Van Duijne 2005

F.H. van Duijne, *Risk Perception in Product Use* (diss. Delft): 2005.

Edworthy & Adams 1996

J. Edworthy & A. Adams, *Warning Design: A Research Prospective*, London: Taylor & Francis 1996, p. 9.

Frantz & Rhoades 1993

J. Frantz & T.P. Rhoades, 'A task analytic approach to the temporal placement of product warnings', *Human Factors* (35) 1993, p. 719-730.

Frantz 1994

J.P. Frantz, 'Effect of location and procedural explicitness on user processing of and compliance with product warnings', *Safety Science* (36) 1994, p. 532-546.

Frascara 2006

J. Frascara, 'Typography and the visual design of warnings', in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 385-405.

Giard 2005

R.W.M. Giard, 'De pretenties en de prestaties van het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2005, 27, p. 1401.

Giard & Van Boom 2006

R.W.M. Giard & W.H. van Boom, 'De empirische dimensies van zorgplicht. Kanttekeningen bij het Skeeler-arrest (HR 25 november 2005, *JA* 2006, 1, *RvdW* 2005, 132)', *NTBR* 2006, 54, p. 360-368.

Giesen 2004

I. Giesen, 'Van een openstaand kelderluik naar een gekantelde vrachtwagen', *AV&S* 2004-1, p. 35-39.

Giesen 2005

I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Giesen 2006

I. Giesen, 'De psychologie achter de waarschuwing: Handle with care!', *AV&S* 2006-1, p. 3-8.

Hancock e.a. 2004

H.E. Hancock e.a., 'Safety symbol comprehension: Effects of symbol type, familiarity and age', *Human Factors* (46) 2004, p. 183-195.

Hancock e.a. 2006

H.E. Hancock e.a., 'Comprehension and retention of warning information', in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006 p. 267-277.

Hartlief 2005

T. Hartlief, *Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?* (rede Universiteit Maastricht), januari 2005.

Hunn & Dingus 1992

B.P. Hunn & T.A. Dingus, 'Interactivity, information, and compliance cost in a consumer product warning scenario', *Accident Analysis & Prevention* (24) 1992, p. 497-505.

Jansen (Onrechtmatige daad I)

K.J.O. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162, aant. 88.5 en 88.8.

Kalsher e.a. 2000

M.J. Kalsher e.a., High levels of behavioral compliance in a realistic product assembly task, *Proceedings of the International Ergonomics Association/Human Factors and Ergonomics Society 2000 Congress*, p. 822-825.

Kalsher & Williams 2006

M.J. Kalsher & K.J. Williams, 'Behavioral compliance: theory, methodology, and results', in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 313-329.

Laughery e.a. 1993

L.R. Laughery e.a., 'Explicitness of consequence information in warnings', *Safety Science* (16) 1993, p. 597-613.

Laughery & Smith 2006

K.R. Laughery & D.P. Smith, 'Explicit information in warnings' in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 419-428.

Lichtenstein e.a. 1978

S. Lichtenstein e.a., 'Judged frequency of lethal events', *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory* (4) 1978, p. 551-578.

Lindenbergh 2006

S.D. Lindenbergh, 'Arbeid, schade, zorgplicht en eigen schuld', *MvV* 2006-2, p. 39-43.

Lehto & Miller 1986

M.R. Lehto & J.M. Miller, *Warnings: Volume 1. Fundamentals, design and evaluation methodologies*, Ann Arbor, MI: Fuller Technical Publishing, 1986.

Lehto & Salvendy 1995

M. Lehto & G. Salvendy, 'Warnings: a supplement not a substitute for other approaches to safety', *Ergonomics* (38) 1995, p. 2155-2163.

Ministerie van VWS 2003

Langer gezond leven, Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport: oktober 2003, p. 1-58.

Pape 2006

S.B. Pape, 'De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2006, 56, p. 374-382.

Pape 2008

S.B. Pape, 'Een Nederlandse alcoholwaarschuwing: nodig of overbodig?', *TvC* 2008, 2 (pagina-nummering ten tijde van het drukken nog onbekend).

Racicot & Wogalter 1995

B.M. Racicot & M.S. Wogalter, 'Effects of a video warning sign and social modeling on behavioral compliance', *Accident Analysis and Prevention* (27) 1995, p. 57-64.

Reber 2005

A.S. Reber, *Woordenboek van de psychologie. Termen, theorieën en verschijnselen*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2005, p. 123-124.

Riley 2006

D.R. Riley, 'Beliefs, attitudes and motivation', in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006. p. 289-300.

Scammon 1977

D.L. Scammon, 'Information overload and consumers', *The Journal of Consumer Research* (4) 1977, p. 148-155.

Silver & Braun 1999

N.C. Silver & C.C. Braun, 'Behavior', in: M.S. Wogalter, D.M. DeJoy & K.R. Laughery, *Warnings and risk communication*, London: Taylor & Francis 1999, p. 245-262.

Slovic, Fischhoff & Lichtenstein 1979

P. Slovic, B. Fischhoff & S. Lichtenstein, 'Rating the risks', *Environment* (21) 1979, p. 14-39.

Smith-Jackson 2006

T.L. Smith-Jackson, 'Receiver characteristics', in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 335-344.

Stichting Consument en Veiligheid 2007

Preventie van ongevallen in de privésfeer. Recente ontwikkelingen in trends en nieuwe kansen, Stichting Consument en Veiligheid, Amsterdam: februari 2007, p. 1-24.

Tversky & Kahneman 1973

A. Tversky & D. Kahneman, 'Availability: A heuristic for judging frequency and probability', *Cognitive Psychology* (5) 1973, p. 207-232.

Tversky & Kahneman 1974

A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under uncertainty: Heuristics and biases', *Science* (185) 1974, p. 1124-1131.

Tversky & Kahneman 1981

A. Tversky & D. Kahneman, 'The framing of decisions and the psychology of choice', *Science* (211) 1981, p. 1453-1458.

Venema 1990

A. Venema, *Produktinformatie ter preventie van ongevallen in de privésfeer: gevaars- en veiligheidsinformatie in handleidingen van gebruiksproducten*, 's-Gravenhage: SWOKA 1990.

Vigilante & Wogalter 1997

W.J. Vigilante & M.S. Wogalter, 'On the prioritization of safety warnings in product manuals', *International Journal of Industrial Ergonomics* (20) 1997, p. 277-285.

Vredenburg & Zackowitz 2006

A.G. Vredenburg & I.B. Zackowitz, 'Expectations', in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 345-361.

Weegels & Kanis 2000

M.F. Weegels & H. Kanis, 'Risk perception in consumer product use', *Accident Analysis and Prevention* (32) 2000, p. 365-370.

Wogalter 2006

M.S. Wogalter, 'Communication-Human Information Processing (C-HIP) Model', in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 51-61.

Wogalter e.a. 1987

M.S. Wogalter e.a., 'Effectiveness of warnings', *Human Factors* (29) 1987, p. 599-612.

Wogalter e.a. 1991

M.S. Wogalter e.a., 'Consumer product warnings: The role of hazard perception', *Journal of Safety Research* (22) 1991, p. 71-82.

Wogalter e.a. 1994

M.S. Wogalter e.a., 'The role of perceived relevance and in behavioral compliance in personalized warnings signs', *International Journal of Industrial Ergonomics* (14) 1994, p. 233-242.

Wogalter e.a. 1998

M.S. Wogalter e.a., 'The influence of time stress and location on behavioral warning compliance', *Safety Science* (29) 1998, p. 143-158.

Wogalter e.a. 1999

M.S. Wogalter e.a., 'The relative contributions of injury severity and likelihood information on hazard risk judgments and warning compliance', *Journal of Safety Research* (30) 1999, p. 151-162.

Wogalter, Brems & Martin 1993

M.S. Wogalter, D.J. Brems & E.G. Martin, 'Risk perception of common consumer products: Judgments of accident frequency and precautionary intent', *Journal of Safety Research* (24) 1993, p. 97-106.

Wogalter, DeJoy & Laughery 1999

M.S. Wogalter, D.M. DeJoy & K.R. Laughery, 'Organizing framework: A consolidated communication-human information processing (C-HIP) model', in: *Warnings and risk communication*, London: Taylor & Francis 1999, p. 15-24.

Wogalter, Kalsher & Racicot 1993

M.S. Wogalter, M.J. Kalsher & B.M. Racicot, 'Behavioral compliance with warnings: Effects of voice, context, and location', *Safety Science* (16) 1993, p. 637-654.

Wogalter, Kalsher Rashid 1999

M.S. Wogalter, M. Kalsher & R. Rashid, 'Effect of signal word and source attribution on judgments of warning credibility and compliance likelihood', *International Journal of Industrial Ergonomics* (24) 1999, p. 185-192.

Wogalter & Leonard 1999

M.S. Wogalter & S.D. Leonard, 'Attention capture and maintenance', in: M.S. Wogalter, D.M. DeJoy & K.R. Laughery, *Warnings and risk communication*, London: Taylor & Francis 1999, p. 123-148.

Wogalter & Usher 1999

M.S. Wogalter & M. Usher, 'Effects of concurrent cognitive task loading on warning compliance behavior', *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society* (43) 1999, p. 106-110.

Wogalter & Vigilante 2003

M.S. Wogalter & W.J. Vigilante, 'Effects of label format on knowledge acquisition and perceived readability by younger and older adults', *Ergonomics* (46) 2003, p. 327-344.

Wogalter & Vigilante 2006

M.S. Wogalter & W.J. Vigilante, 'Attention switch and maintenance', in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 245-266.

Wogalter & Young 1991

M.S. Wogalter & S.L. Young, 'Behavioural compliance to voice and print warnings', *Ergonomics* (34) 1991, p. 79-89.

Wogalter & Young 1998

M.S. Wogalter & S.L. Young, 'Using a hybrid communication/human information processing model to evaluate beverage alcohol warning effectiveness', *Applied Behavioral Science Review* (6) 1998, p. 17-34.

HOOFDSTUK 12

PREVENTIE VAN ARBEIDSUITVAL: ONTWIKKELINGEN IN ARBEIDSOMSTANDIGHEDENBELEID EN CIVIELE AANSPRAKELIJKHEID

Y. Bacharias, S.D. Lindenbergh, P. Mascini

SAMENVATTING

Deze afgelopen decennia is het publieke bestel ingrijpend gewijzigd met de bedoeling ervoor te zorgen dat werkgevers en werknemers meer gezamenlijke verantwoordelijkheid nemen bij de preventie van arbeidsongevallen. Dit zou ertoe moeten leiden dat werkgevers hun veiligheidsbeleid intensiveren, daarbij hun werknemers in toenemende mate betrekken en daarin werknemers in toenemende mate aanspreken op hun eigen verantwoordelijkheden. Bovendien veronderstelt de stelselherziening dat beide partijen naar de civiele rechter stappen om handhaving af te dwingen en dat rechters de responsabilisering van individuele werknemers erkennen in hun uitspraken. Deze veronderstellingen hebben wij getoetst aan de hand van de manier waarop het veiligheidsbeleid van een energiebedrijf zich heeft ontwikkeld en een analyse van de wetgeving en jurisprudentie op het gebied van de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Onze bevindingen laten zien dat de werkgever zijn veiligheidsbeleid heeft geïntensiveerd en de verantwoordelijkheid van individuele werknemers heeft uitgebreid, maar dat deze veranderingen de gezamenlijkheid van het veiligheidsbeleid hebben verkleind in plaats van vergroot. Ook blijkt dat preventieve private handhaving via het aansprakelijkheidsrecht geen rol van betekenis speelt en dat rechters de responsabilisering van werknemers niet onderkennen, maar juist compenseren door hen meer in bescherming te nemen. Dit betekent dat bedoelde

en onbedoelde gevolgen van de decollectivisering van de bescherming tegen arbeidsuitval elkaar afwisselen.

1 INLEIDING

Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw werden de betaalbaarheid en achterliggende mensbeelden van de Nederlandse verzorgingsstaat steeds openlijker ter discussie gesteld. Deze zou onbetaalbaar zijn geworden, calculerend gedrag uitlokken en burgers onnodig afhankelijk maken van de staat. Hierdoor is in de afgelopen decennia steeds meer verantwoordelijkheid voor het tegengaan van arbeidsuitval van zieke en arbeidsongeschikte werknemers neergelegd bij werkgevers en werknemers. Dit geschiedt onder andere met behulp van financiële prikkels, zoals met de Wet verbetering poortwachter, de wetgeving loondoorbetaling tweede ziektejaar en het nieuwe WAO-stelsel.¹ Bij ziekte moeten werkgevers lange tijd het loon van hun werknemer doorbetalen en bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid worden zij afgerekend op hun inspanningen om werknemers te laten re-integreren. Voor werknemers zijn de financiële risico's en belangen eveneens toegenomen. Zo is eerst het uitkeringsniveau van de WAO teruggebracht van tachtig naar zeventig procent van het inkomen (1985).² Vervolgens is het werkloosheidsrisico niet langer verdisconteerd (1987). Daarna is de duur van de uitkering van zeventig procent van het inkomen verkort (1993) en zijn de keuringseisen verscherpt.³ Ook is de toegang tot de WAO in het kader van de Wia (2006) verder beperkt en is het stelsel meer gericht op herintreding in het arbeidsproces of doorstroming naar de bijstand dan op vergoeding van inkomensverlies. Kortom: in toenemende mate wordt de nadruk gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van rechtssubjecten.

Deze herzieningen van het publieke bestel werken ook door op het gebied van de arbeidsomstandighedenwetgeving. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw wordt steeds meer nadruk gelegd op het stimuleren van de eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers. Dit onder andere naar aanleiding van het ook in Nederland invloedrijke rapport van de Britse commissie-Robens.⁴ Deze commissie was van mening dat werknemers en werkgevers zich beiden zullen inspannen voor de verbetering van de arbeidsomstandigheden als zij daartoe de gelegenheid krijgen, omdat zij gezamenlijke belangen hebben bij optimale arbeidsomstandigheden. Eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers wordt in de Arbeidsomstandighedenwet gestimuleerd door het creëren van ruimte voor maatwerk. Met dat laatste wordt bedoeld dat werkgevers en

1 Zie Barentsen (2003) en Van der Veen (2005).

2 SER, *Werken aan arbeidsgeschiktheid: voorstellen WAO-beleid*, SER Adviezen, nr. 2002/05, p. 16.

3 Zie Barentsen (2003).

4 Zie Mascini (1999).

werknemers gezamenlijk inhoud geven aan arbobeleid, waardoor branche- of bedrijfs-specifieke oplossingen tot stand komen. De overheid stimuleert dit door zo veel mogelijk doelvoorschriften op te nemen in de regelgeving en middelvoorschriften te beperken. Doelvoorschriften verplichten de werkgever tot het realiseren van een minimum beschermingsniveau voor zijn werknemers. De werkgever is vervolgens vrij om te kiezen hoe hij dit niveau bereikt. Dit betekent dat werkgevers en werknemers zich sterker kunnen richten op de risico's die voor hun sector belangrijk zijn en daarbij een aanpak kunnen kiezen die bij de sector past. Dit heeft ook gevolgen voor de handhaving door de Arbeidsinspectie, die dus gericht dient te zijn op de door werkgevers en werknemers opgestelde normen. Ook heeft de overheid bepaald dat handhaving mede een taak voor de private partners is en dat zij geacht worden elkaar aan te spreken tot naleving, eventueel via de rechter.⁵ Met de introductie van artikel 12 van de Arbowet 1984 (thans art. 11 Arbowet 1998) zijn voorts verplichtingen ten aanzien van de preventie van ongevallen opgenomen die specifiek op de werknemer zijn gericht. Volgens dit artikel is de werknemer verplicht zijn persoonlijke beschermingsmiddelen te dragen, onderricht te volgen en in geval van gevaarlijke situaties het werk neer te leggen en zijn leidinggevende op de hoogte te stellen van de gevaarlijke situatie.

Centraal uitgangspunt van de herziening van het socialezekerheidsstelsel waar het de voorkoming van arbeidsuitval betreft, is dat zelfregulering en -handhaving leiden tot betere resultaten. Het is de bedoeling dat de grotere financiële belangen die zowel werkgevers als werknemers hebben gekregen in verband met arbeidsuitval van zieke en arbeidsongeschikte werknemers gepaard gaan met meer preventie. De aanpassingen van de arbowetgeving zouden meer draagvlak van werkgevers en werknemers moeten opleveren, doordat ze door henzelf en in samenspraak en passend voor de situatie tot stand zijn gebracht. Ook is de verwachting dat ze economisch voordeliger zijn, aangezien meer specifiek vorm wordt gegeven aan onderdelen van het arbobeleid die noodzakelijk zijn voor de onderneming of de sector.⁶ Uit dit uitgangspunt kan een drietal gedragspresumpties en bijbehorende -effecten worden gedestilleerd.⁷

De eerste gedragspresumptie is dat het vergroten van de eigen verantwoordelijkheden en financiële belangen werkgevers en werknemers stimuleert om meer inspanningen te

5 Zie bijvoorbeeld SER-Adviesaanvraag Evaluatie Arbowet 1998, AVB/AIS 0469630, p. 10 en memorie van toelichting Arbeidsomstandighedenwet 1998 (Kamerstukken II 1997/98, 25 879, nr. 3). Men streeft hierbij geen volledige civielrechtelijke handhaving na, maar de Arbeidsinspectie zal zich concentreren op misstanden en op sectoren waar werkgevers en werknemers geen afspraken hebben gemaakt, voor de sectoren waar dit wel is gebeurd, wordt meer overgelaten aan de zelfredzaamheid van werkgevers en werknemers.

6 Zie MvT Wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet 1998, Kamerstukken II 2005/06, 30 552, nr. 8.

7 De gedragspresumpties en -effecten zijn ontleend aan de uitgangspunten van het stimuleren van de eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers, zoals verwoord in bijvoorbeeld de SER-Adviesaanvraag Evaluatie Arbowet 1998, AVB/AIS 0469630, p. 7.

verrichten op het gebied van preventie. Dit gebeurt in de eerste plaats door met behulp van financiële prikkels de belangen van werkgevers en werknemers bij het vermijden van arbeidsuitval te vergroten. Daarnaast zijn in de arbeidsomstandighedenwetgeving instrumenten verankerd om werknemers aan te spreken op de eigen verantwoordelijkheid. Wij zullen het veiligheidsbeleid van een energiebedrijf analyseren om te zien of er een intensivering van het veiligheidsbeleid heeft plaatsgevonden en of individuele medewerkers in toenemende mate worden aangesproken op hun eigen verantwoordelijkheden op het gebied van preventie.

De tweede gedragspresumptie is dat de geboden ruimte voor maatwerk ook daadwerkelijk wordt benut door werkgevers en werknemers om *gezamenlijk* het arbobeleid tot stand te brengen. Wij bekijken of er maatwerk tot stand is gekomen in onze casestudy door stil te staan bij de perceptie van de werknemers met betrekking tot het veiligheidsbeleid. Is het inderdaad passend voor de desbetreffende werkvloer? Met andere woorden, wordt in de ogen van de werknemers evenveel aandacht besteed aan alle concrete risico's die zij lopen?

De derde gedragspresumptie is dat handhaving primair een verantwoordelijkheid is van de private partners zelf. Dat wil dus zeggen dat werkgevers en werknemers elkaar zullen aanspreken tot nakoming, eventueel via de rechter. Voorwaarde hierbij is dat rechters dezelfde maatstaven hanteren als welke ten grondslag liggen aan de hervormingen van de arbeidsomstandighedenwetgeving en dat zij het veiligheidsbeleid dus zien als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers. Dit impliceert dat rechters niet uitsluitend werkgevers verantwoordelijk achten voor een goed werkend veiligheidsbeleid, maar ook de eigen verantwoordelijkheid van werknemers erkennen in hun uitspraken. Wij gaan na hoe het aansprakelijkheidsrecht zich de afgelopen decennia heeft ontwikkeld. Zo kan bekeken worden of er inderdaad sprake is van private handhaving. Stappen partijen daadwerkelijk naar de civiele rechter om handhaving af te dwingen? Met andere woorden, wordt het aansprakelijkheidsrecht preventief gebruikt? En wordt in rechterlijke uitspraken in toenemende mate invloed toegekend aan de eigen verantwoordelijkheid van werknemers?

In dit hoofdstuk houden wij de drie gedragspresumpties kritisch tegen het licht. Zijn de beoogde gedragseffecten daadwerkelijk gerealiseerd? Is er wellicht sprake geweest van onbeoogde negatieve of positieve effecten? Deze vragen worden in de navolgende paragrafen beantwoord aan de hand van een casestudy naar het veiligheidsbeleid van een energiebedrijf en een analyse van de wetgeving en jurisprudentie op het gebied van de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten.

2 DE CASESTUDY

In deze paragraaf toetsen wij de eerste twee gedragspresumpties. Allereerst beschrijven wij de ontwikkelingen in het veiligheidsbeleid van een energiebedrijf zoals die de afgelopen decennia hebben plaatsgevonden om te zien of er inderdaad sprake is van een intensivering van het veiligheidsbeleid en of daarbij in toenemende mate sprake is van responsabilisering van werknemers. Vervolgens onderzoeken wij de perceptie van werknemers ten aanzien van dit beleid om te zien of maatwerk tot stand is gekomen en welke consequenties zij hieraan verbinden.

De gegevens voor dit onderzoek zijn gebaseerd op observaties en gesprekken met werknemers door twee onderzoekers die gedurende een halfjaar veldwerk hebben verricht in verschillende gas- en elektriciteitsteams.⁸ Het werk dat in de onderzochte monteursteams wordt verricht, brengt aanzienlijke risico's met zich. Medewerkers moeten werken onder – elektrische – (hoog)spanning en kunnen te maken krijgen met ontploffingen, verbrandingen, gasuitbraken, verplaatsingsongevallen en verkeersongelukken. Ieder jaar worden binnen de onderzochte onderneming verschillende werknemers getroffen door ongevallen met verzuim tot gevolg. Deze diversiteit aan risico's maakt deze organisatie bij uitstek geschikt om te toetsen of er maatwerk is gerealiseerd.

2.1 Analyse van het veiligheidsbeleid: intensivering en responsabilisering individuele medewerkers

De afgelopen jaren is het veiligheidsbeleid van de onderzochte organisatie geïntensiveerd. In de eerste plaats zijn van overheidswege opgestelde landelijke normen voor het werken met elektrische en gasinstallaties in de bedrijfsvoering geïmplementeerd. Het bedrijf heeft cursussen ingevoerd om medewerkers kennis van deze normen bij te brengen. Medewerkers die deze cursus niet met goed gevolg afsluiten, krijgen geen aanwijzing en mogen als gevolg daarvan bepaalde werkzaamheden niet verrichten. Op basis van de overheidsregelgeving zijn ook werkplannen, schakelplannen en raamopdrachten geïntroduceerd die op een gestructureerde manier aangeven hoe monteurs het werk moeten uitvoeren en hoe de verantwoordelijkheden zijn verdeeld.

In de tweede plaats is de organisatie meer gaan doen dan is voorgeschreven door de overheid. Op eigen initiatief is zij erin geslaagd een VCA-certificaat te halen. Op basis van de Veiligheid, Gezondheid en Milieu checklist aannemers (VCA) dient een bedrijf dan bijvoorbeeld te beschikken over een veiligheidsbeleid, veiligheids cursussen aan te

8 De onderzoeksopzet is verantwoord in het interne onderzoeksrapport 'Veiligheidscultuur bij XXXX' van Ibtissam Abaaziz, Yannis Bacharias en Peter Mascini, dat kan worden opgevraagd bij laatstgenoemde auteur (mascini@fsw.eur.nl).

bieden en toolbox-bijeenkomsten te organiseren. Een certificerende instelling onderzoekt of een bedrijf in voldoende mate aan de VCA voldoet. Ook verplicht de VCA tot werkplekinspecties door veiligheidsdeskundigen, teamleiders of andere leidinggevenden. Medewerkers die zich niet aan de veiligheidsregels houden door bijvoorbeeld geen persoonlijke beschermingsmiddelen te gebruiken, kunnen een waarschuwing krijgen. Herhaaldelijke waarschuwingen kunnen een negatieve aantekening in het personeelsdossier of een boete opleveren en in het uiterste geval ontslag. Ook is een aparte afdeling opgericht, bestaande uit veiligheids- en milieudeskundigen, die zich bezighoudt met de implementatie van veiligheidsbeleid.

We kunnen dus stellen dat het vergroten van de eigen verantwoordelijkheid van werkgever en werknemers effect heeft gehad op het preventiebeleid met betrekking tot arbeidsongevallen in het door ons onderzochte bedrijf. De werkgever heeft zijn veiligheidsbeleid geïntensiveerd en bovendien zijn meerdere instrumenten ter responsabilisering van individuele medewerkers (onder andere trainingen, toezicht en bedrijfsinterne sanctionering) in dit beleid geïncorporeerd.

2.2 Perceptie werknemers: onevenwichtig en persoonsgebonden veiligheidsbeleid

De centrale elementen van het veiligheidsbeleid in de onderzochte onderneming zijn regels en procedures, controle en handhaving en opleiding en training. Deze maatregelen zijn bedoeld om individuele medewerkers in staat te stellen veilig te werken. De meeste maatregelen zijn centraal geregeld door de veiligheidsafdeling en van bovenaf opgelegd door de bedrijfsleiding. Via verschillende hiërarchische niveaus worden de maatregelen geconcretiseerd voor tactische en operationele activiteiten.

Medewerkers ervaren dit veiligheidsbeleid in de eerste plaats als onevenwichtig. Naar hun mening is het veiligheidsbeleid toegespitst op persoonsgebonden veiligheid. Hierdoor blijft de organisationele verantwoordelijkheid voor veiligheid onderbelicht. Zo wordt in trainingen en cursussen de nadruk gelegd op het belang van het naleven van veiligheidsvoorschriften, het dragen van veiligheidskleding, het juiste gebruik van gereedschappen en het weigeren van onveilig werk. Met behulp van werkplekinspecties wordt gecontroleerd of medewerkers zich aan deze veiligheidsregulering houden en er kunnen eventueel sancties opgelegd worden. Daarnaast is veilig werken onderdeel geworden van functioneringsgesprekken. Ook worden (bijna-)ongevallen besproken tijdens het werkoverleg, met speciale aandacht voor de vraag of medewerkers zich aan de veiligheidsvoorschriften hebben gehouden. Volgens de medewerkers worden daarmee gevaarlijke situaties en ongevallen te eenzijdig voorgesteld als het gevolg van het niet naleven van veiligheidsvoorschriften door de desbetreffende medewerker(s). Naar hun mening gaat er echter vaak een heel traject vooraf aan gevaarlijke situaties. Bijvoorbeeld

in de voorbereiding en planning, waarbij soms de juiste materialen niet op de werkplek aanwezig zijn en tekeningen of schema's niet kloppen. Ook zijn er door besparingen op onderhoudskosten storingsgevoelige plekken in het gasleidingennetwerk ontstaan, als gevolg waarvan monteurs zich soms geconfronteerd zien met gevaarlijke situaties, zoals met gas volgelopen kelders en kruipruimten. Tevens klagen monteurs dat zij bepaalde werkzaamheden uit efficiencyoverwegingen alleen moeten uitvoeren, terwijl uit veiligheidsoverwegingen een tweede monteur wenselijker is.

In de tweede plaats vinden monteurs dat bepaalde onveilige situaties en (gezondheids)-risico's onderbelicht blijven door het persoonsgebonden karakter van het veiligheidsbeleid. Door te concentreren op de verantwoordelijkheid van de individuele medewerker, is er onvoldoende aandacht voor risico's die deze buiten zijn 'schuld' om loopt. Zo klagen medewerkers dat het werken in moeilijke omstandigheden – bijvoorbeeld kleine kruipruimtes die vaak ook nog eens nat en koud zijn, het zware graafwerk, enzovoort – in de loop der jaren zijn tol geëist heeft van het lichaam, zich uitend in problemen aan knieën en rug. Deze beroepsziekten blijven in het huidige beleid naar de mening van de medewerkers onderbelicht. Hetzelfde geldt voor psychische schade. Een deel van de medewerkers geeft aan last te hebben van stressgerelateerde ziektebeelden – onder andere hoge bloeddruk en depressie – die zij zelf (deels) wijten aan de roerige periodes van de afgelopen jaren en de toegenomen werkdruk. Het risico van een verkeersongeval, dat verhoogd wordt door de toegenomen werkdruk, is een ander aspect waarover werknemers zich zorgen maken. Verder geven medewerkers aan in bepaalde wijken niet graag alleen een avonddienst te moeten draaien, omdat zij zich daar niet veilig voelen.

Kortom: het vergroten van de eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers heeft in het door ons onderzochte bedrijf *niet* geleid tot maatwerk. Het veiligheidsbeleid wordt top-down gehandhaafd en medewerkers ervaren het als onevenwichtig en te persoonsgebonden, waardoor het geen reële aansluiting heeft op de risico's die zij daadwerkelijk lopen tijdens hun werkzaamheden. Hun voornaamste bezwaar is dat de verantwoordelijkheid van de organisatie voor aspecten van het werkproces waarop medewerkers minder invloed hebben ten onrechte buiten beeld blijft en dat nu te veel nadruk wordt gelegd op de individuele verantwoordelijkheid van de medewerker die specifieke gevaarlijke werkzaamheden verricht.

2.3 Reacties werknemers: fatalisme en de perceptie van een afrekencultuur

De perceptie dat de werkgever de verantwoordelijkheid voor veiligheid in toenemende mate op de werknemer afschuift, lokt reacties uit aan de zijde van werknemers.

Allereerst voelen zij zich niet serieus genomen door de organisatie, die in hun ogen niet aan alle risico's die de medewerkers lopen evenveel aandacht geeft. Dit zorgt niet alleen

voor verstoorde verhoudingen, maar leidt eveneens tot *fatalisme*. Omdat medewerkers veel onveilige situaties tegenkomen waarvoor zij de organisatie verantwoordelijk achten, maar waarvan zij het idee hebben dat die buiten het veiligheidsbeleid vallen, ontstaat het idee dat daar toch 'niets aan te doen valt'. Dit heeft tot gevolg dat men bereid is aanzienlijke risico's te accepteren en werk uit te voeren dat men eigenlijk te gevaarlijk vindt.

Zo gaven monteurs aan soms te werken in krappe ruimtes waar ze onvoldoende bewegingsvrijheid hebben, met als gevolg dat het vrijwel onmogelijk is alle veiligheidsvoorschriften na te leven. Ook gaf men aan bepaalde werkzaamheden toch te verrichten, ook al ontbraken in sommige gevallen de juiste persoonlijke beschermingsmiddelen. Monteurs vertelden bijvoorbeeld dat in gevallen waarin een miniblaas ontbrak die nodig is om zonder gasdruk een gaskraan op een binnenaansluiting te verwisselen, zij terugvielen op de oude methode, en snel onder druk de kraan verwisselden. Dit verloopt weliswaar meestal zonder problemen, maar als het fout gaat, kan dit steekvlammen en zelfs explosies tot gevolg hebben.

Ook wanneer de juiste materialen ontbreken, kan dit tot gevaarlijke situaties leiden.

Zo was een monteur bezig met het aanbrengen van leidingen. Hij beschikte niet over voldoende montagebeugels. Om toch de klus af te kunnen maken, ging hij naar een ijzerboer om iets te laten maken dat als beugel dienst zou kunnen doen. Later op de dag haalde hij echter zijn hand open aan een uitsteeksel van de zelfgemaakte beugel, met als gevolg dat een pees doorgesnapt moest worden.

Het fatalisme wordt verder versterkt door de geringe terugkoppeling op incidentmeldingen, vooral op meldingen die betrekking hebben op niet-persoonsgebonden veiligheid en gezondheidsrisico's.

Zo vertelde een storingsmonteur dat hij tijdens zijn avonddienst toegang nodig had tot een boven gelegen appartement waarvan de bewoners niet thuis waren. Hij moest wachten tot de bewoners weer thuis zouden komen. De mensen die hierdoor zonder licht zaten, namen hier geen genoegen mee en begonnen de monteur uit te schelden en te bedreigen. Tot frustratie van de desbetreffende monteur ontving hij geen terugkoppeling op zijn meldingen van deze gebeurtenis.

Er zijn dan ook medewerkers die niet meer de moeite nemen om onveilige situaties te melden (de zogenoemde incidentmeldingen). Waar zij dit wel doen, heeft dit slechts een ceremoniële functie en beperken zij zich tot de twee verplichte incidentmeldingen per jaar en vaak behelzen deze meldingen niet eens de belangrijkste zaken, maar gaan zij over zaken als loszittende planken in een bouwkeet of een instabiel trapje. De werknemers melden dus niet alleen om te zorgen dat de organisatie daarvan kan leren, maar ook om te voorkomen dat ze kunnen worden aangesproken op onderrapportage.

In de tweede plaats heeft de hiervoor beschreven onevenwichtigheid van het veiligheidsbeleid en de nadruk op de persoonlijke verantwoordelijkheid voor veiligheid, in combinatie met de toenemende bureaucrativering van het veiligheidsbeleid, geleid tot de perceptie van een *afrekencultuur*. De bureaucrativering is ontstaan door de toegenomen registratie van verantwoordelijkheden en bevoegdheden op veiligheidsgebied, maar ook doordat medewerkers steeds meer hun bezigheden moeten verantwoorden door middel van werkformulieren. De bureaucrativering veroorzaakt bij de medewerkers het gevoel dat zij in de gaten worden gehouden. In combinatie met de hiervoor beschreven nadruk op persoonlijke verantwoordelijkheid en de toegenomen toezicht- en sanctiemogelijkheden heeft dit ervoor gezorgd dat medewerkers het idee hebben dat als er iets fout gaat, zij hierop zullen worden afgerekend. Dit maakt de medewerkers onzekerder in hun werk en zorgt ervoor dat zij zichzelf gaan indekken door verantwoordelijkheden zo veel mogelijk naar hun superieuren af te schuiven en door het onder de pet houden van incidenten. Hierdoor kunnen individuele medewerkers niet leren van fouten van hun collega's en belemmert het de organisatie als geheel inzicht te verkrijgen in de zwakke (en dus gevaarlijke) plekken in het werkproces.

Het benadrukken van de eigen verantwoordelijkheid van werknemers heeft twee onbedoelde effecten tot gevolg gehad: *fatalisme* en de perceptie van een *afrekencultuur*. Dit leidt al met al tot de acceptatie van onveilig werk, indekgedrag en onderrapportage van incidenten en aldus tot averechtse effecten op de preventie van ongevallen.

3 ONTWIKKELINGEN IN WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID

In deze paragraaf bespreken wij de derde gedragspresumptie. Deze heeft betrekking op de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht op het gebied van de preventie van arbeidsongevallen. We bezien of er sprake is van private handhaving en in hoeverre rechters daarbij in toenemende mate zijn meegegaan in de responsabilisering van individuele werknemers.

De ontwikkelingen met betrekking tot de civiele aansprakelijkheid van de werkgever voor beroepsgebonden schade van zijn werknemers moeten worden gezien tegen het licht

van de historie van verantwoordelijkheid voor arbeidsgebonden gezondheidsschade.⁹ De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor gezondheidsschade van zijn werknemers is eigenlijk pas tamelijk recent tot wasdom gekomen. Weliswaar werd de werkgever reeds in 1907 op grond van artikel 1638x BW contractueel aansprakelijk voor schade van zijn werknemer, maar door de werking van de Ongevallenwet van 1901 had deze aansprakelijkheid een zeer beperkt karakter: de schade van de werknemer werd deels (kosten van geneeskundige behandeling en inkomen tot een bepaald niveau) vergoed uit een fonds dat werd gevuld door de werkgevers; de werkgever was in ruil daarvoor immuun voor aansprakelijkheid, tenzij er sprake was van grove schuld aan zijn zijde. Civiele aansprakelijkheid bood dus slechts een verhaalsmogelijkheid in uitzonderingsgevallen.

De Ongevallenwet werd in 1967 opgevolgd door de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO), die dekking bood tegen inkomensverlies bij alle vormen van arbeidsongeschiktheid, ongeacht of zij hun oorzaak in het werk dan wel in de privésfeer hadden. Doordat met de invoering van de WAO de immuniteit van de werkgever voor civiele aansprakelijkheid kwam te vervallen, begon de betekenis van artikel 1638x BW als grond voor aansprakelijkheid van de werkgever op te leven, omdat deze een grondslag bood voor vergoeding van restschade die door de WAO niet werd gedekt. In 1997 werd artikel 1638x BW vervangen door artikel 7:658 BW, dat als belangrijkste noviteit de bewijslast ten aanzien van de nakoming van de zorgplicht op de werkgever legde. In de rechtspraak was de werknemer op dit punt overigens al in belangrijke mate tegevoetgekomen doordat de rechter hoge eisen stelde aan de stelplicht van de werkgever met betrekking tot de betwisting van zijn tekortkoming.¹⁰ Vanaf de jaren tachtig is de aandacht voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van zijn werknemers aanzienlijk gegroeid. Dat blijkt niet alleen uit literatuur,¹¹ maar ook uit het aantal zaken dat op dit gebied aan de rechter en meer in het bijzonder aan de Hoge Raad is voorgelegd. Uit de aldus gevormde rechtspraak komt het volgende beeld naar voren.

3.1 Kenmerken in de ontwikkeling van de rechtspraak

In de eerste plaats valt op dat, hoewel artikel 7:658 lid 1 BW de verplichting tot voorkoming van schade voorop plaatst, er eigenlijk alleen wordt geprocedeerd over gevallen waarin de schade reeds is geleden. Zaken waarin de rechter wordt aangezocht om een

9 Zie voor deze ontwikkelingen Bier (1988); Lindenbergh (2000) p. 5 e.v. en voor de historie van de Ongevallenwet Schwitters (1990).

10 Zie bijv. HR 25 juni 1982, NJ 1983, m.nt. P.A. Stein (Rijnberg/Speerstra); HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 m.nt. P.A. Stein (Janssen/Nefabas); HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 m.nt. P.A. Stein (Power/Ardross) en HR 24 april 1995, NJ 1996, 271 (Rust/BAM).

11 Vgl. bijv. Bier (1988) Lindenbergh (2000), maar ook de vele tijdschriftartikelen die op dit gebied verschenen.

bepaalde gevaarlijke activiteit te verbieden teneinde schade te voorkomen zijn uiterst schaars.¹²

In de tweede plaats valt op dat de eisen die worden gesteld aan de zorg van de werkgever voor de veiligheid van zijn werknemers bepaald streng zijn. Weliswaar bepaalt artikel 7:658 BW dat de werkgever in het kader van zijn zorgplicht die maatregelen dient te treffen die *redelijkerwijs nodig* zijn met het oog op de veiligheid van zijn werknemers en blijft de Hoge Raad benadrukken dat de wet *geen absolute waarborg* biedt voor de veiligheid van de werknemer,¹³ maar in de uitwerking van de zorgplicht legt de Hoge Raad de lat voor de werkgever hoog.¹⁴ Zo is de werkgever niet alleen aansprakelijk voor de risico's die hij kende, maar ook voor risico's die hij behoorde te kennen,¹⁵ dient hij – vooral bij gebruik van machines¹⁶ maar ook bij andere risico's – onderzoek te doen naar mogelijke risico's, dient hij beschermingsmiddelen te verstrekken, zijn werknemers voor te lichten en veiligheidsvoorschriften uit te vaardigen, maar dient hij ook op de naleving daarvan toe te zien. Zo werd de PTT aansprakelijk geoordeeld voor de schade van een postbode die, in een poging een wegwaaiende brief te vangen, de weg op liep en werd aangereden. De PTT beriep zich op instructies dat de post met elastieken gebundeld diende te zijn, maar kon onvoldoende aannemelijk maken dat op naleving van die instructies adequaat werd toegezien.¹⁷

Voor de invulling van de verantwoordelijkheid van de werkgever zoekt de rechter niet alleen steun in de regelgeving inzake arbeidsomstandigheden,¹⁸ die doorgaans wordt geacht in minimumeisen te voorzien, maar toetst hij vooral zelfstandig aan regels van ongeschreven recht. De vraag of de werkgever aansprakelijk is, wordt dan afhankelijk gesteld van de omstandigheden van het concrete geval, met het oog waarop de rechter een oordeel velt aan de hand van de kans op ongevallen, de ernst van de mogelijke gevolgen daarvan, de kans op onoplettendheid van de werknemer en de bezwaarlijkheid

12 Zie voor een sporadisch geval Pres. Rb. Breda 25 april 2000, KG 2000, 119 (Nooijen/PTT Post), waarin een werknemer een rookverbod op het werk afdwong.

13 Zie bijv. recentelijk HR 27 april 2007, RvdW 2007, 459 (Kalai/Antoine Petit b.v.).

14 In 2003/2004 leek de Hoge Raad even pas op de plaats te maken met zijn werknemersvriendelijke rechtspraak (zie bijv. T. Hartlief, 2003a, p. 933-934) maar uit latere rechtspraak (bijv. HR 5 november 2004, NJ 2005, 215 (De Lozerhof/Van Duyvenbode); HR 27 april 2007, RvdW 2007, 459 (Kalai/Antoine Petit b.v.) en HR 13 juli 2007, RvdW 2007, 689 (werknemer/Hendriks Bouwbedrijf Oss b.v.) lijkt te kunnen worden opgemaakt dat van een trendbreuk geen sprake is. Zie ook in deze zin A. Kolder (2007), p. 171 e.v.

15 Aldus bijv. HR HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 m.nt. P.A. Stein (Jansen/Nefabas); HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. P.A. Stein (Cijssouw /De Schelde I).

16 Aldus bijv. HR 29 april 1983, NJ 1984, 19 m.nt. P.A. Stein (De Vries/Kuijt) en HR 11 november 2005, RvdW 2005, 124 (Bayar/Wijnen).

17 Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663 (PTT/Baas).

18 Vgl. recentelijk HR 27 april 2007, RvdW 2007, 459 (Kalai/Petit) inzake het tillen van een zwaar voorwerp en HR 13 juli 2007, RvdW 2007, 689 (werknemer/Hendriks Bouwbedrijf Oss b.v.) inzake het voorkomen van oneffenheden op een bouwterrein.

van het nemen van voorzorgsmaatregelen.¹⁹ Voor de invulling van de zorgplicht van de werkgever is tekenend dat de rechter in verband met de kans op onoplettendheid van de werknemer uitgaat van het ervaringsfeit dat het dagelijks verrichten van bepaalde werkzaamheden er licht toe leidt dat de werknemer niet de zorgvuldigheid in acht neemt die geraden is. Aldus wordt de werknemer door de rechter in bescherming genomen tegen zijn eigen onoplettendheid.²⁰ Zo werd een werkgever aansprakelijk gehouden voor de schade die een stukadoor opliep doordat hij op een bouwplaats met een ton cement voor zich via de voordeur een in aanbouw zijnde woning verliet en ten val kwam doordat het terrein voor de voordeur 30 centimeter lager dan de drempel lag.²¹

In de derde plaats wordt het bereik van de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werknemer ruim opgevat. Zo wordt het begrip werkplek, met een beroep op het feit dat de werkgever degene is die beslissende invloed heeft op de arbeidsomstandigheden, royaal opgevat.²² De zorgplicht wordt bovendien niet alleen aangelegd met betrekking tot klassieke arbeidsverhoudingen, maar ook ten aanzien van arbeid die verricht wordt krachtens een andere verhouding dan een arbeidsovereenkomst (uitzendwerk, stagiaires, vrijwilligers). Voorts heeft de zorgplicht niet alleen betrekking op de fysieke veiligheid van de werknemer, maar ook op zijn psychische gezondheid.²³

In de vierde plaats is de mogelijkheid van verweer van de werkgever dat de werknemer de schade aan zijn eigen schuld heeft te wijten, door de rechter sterk beperkt. Artikel 7:658 BW kent als regel dat de werkgever aan aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. In dat geval is de werkgever in het geheel niet aansprakelijk.²⁴ De rechter heeft zeer hoge eisen gesteld aan het bewijs van bewuste roekeloosheid. Daarvan is volgens vaste rechtspraak eerst plaats wanneer de werkgever aantoont dat de werknemer zich tijdens zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn handeling. Zo oordeelde de Hoge Raad dat voor het aannemen van bewuste roekeloosheid van een dakdekker, die buiten de steigers over een dak was gaan lopen, door het dak was gezakt en van grote hoogte naar beneden was gevallen, onvoldoende redengevend was dat hij door zijn

19 Aldus expliciet HR 11 november 2005, RvdW 2005, 124 (Bayar/Wijnen). Het is overigens de vraag of de rechter zich daarbij steeds los kan maken van 'hindsight bias'. Zie daarover W.H. van Boom in zijn noot onder het arrest in JA 2006, nr. 11.

20 Zie uitdrukkelijk HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663 (PTT/Baas) en, ook ten aanzien van ervaren werknemers, HR 13 juli 2007, RvdW 2007, 689 (werknemer/Hendriks Bouwbedrijf Oss b.v.).

21 HR 13 juli 2007, RvdW 2007, 689 (werknemer/Hendriks Bouwbedrijf Oss b.v.).

22 Vgl. HR 15 december 2000, NJ 2001, 198 (Van Uitert/Jalas); HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 m.nt. P.A. Stein (Reclasseringsambtenaar) en HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 (Power/Ardross).

23 Aldus uitdrukkelijk HR 11 maart 2005, RvdW 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuijs).

24 Dit in afwijking van de (hoofd)regel inzake eigen schuld (art. 6:101 BW) die in beginsel leidt tot verdeling van de schade over aansprakelijke en slachtoffer.

werkgever herhaaldelijk en in krachtige termen was gewaarschuwd om niet buiten de steigeronderdelen te lopen.²⁵

Daarmee is het verweer van de werkgever in de praktijk op dit punt veelal kansloos. Ook een – bijvoorbeeld in een arbeidsreglement opgenomen – verplichting om onveilig werk te weigeren zal de werkgever in de praktijk zelden of nooit baten, omdat de werkgever primair de verantwoordelijke is voor het voorkomen van dergelijke situaties, maar ook omdat een dergelijke verplichting veelal als onvoldoende specifiek zal worden aange-merkt. Zo werd aan een werknemer die voor een presentatie posters moest ophangen en daarvoor een ter plaatse aanwezige (ongeschikte) ladder gebruikte tegengeworpen dat het arbeidsreglement de verplichting bevatte om onveilig werk te weigeren. Deze verplichting achtte het hof evenwel onvoldoende specifiek.²⁶

Bij de keuze voor het terugdringen van het belang van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer voor de aansprakelijkheidsvraag beroept de Hoge Raad zich ook in dit verband op het hiervoor genoemde ervaringsfeit dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie gemakkelijk leidt tot onvoorzichtigheid.²⁷ De gevolgen van die onvoorzichtigheid komen dus voor rekening van de werkgever. Het – voor de werkgever – strenge regime inzake eigen schuld van de werknemer is door de rechter mede van toe-passing verklaard op aansprakelijkheden van de werkgever op andere grond dan artikel 7:658 BW²⁸ en eveneens op de gevallen waarin de werkgever de werknemer aansprakelijk houdt voor door de werknemer toegebrachte schade.²⁹

In de vijfde plaats is de werknemer door de rechter (en door de wetgever) in belangrijke mate tegemoetgekomen in zijn bewijspositie. Zo rust het bewijs ter zake van de nakoming van de zorgplicht sinds de invoering van artikel 7:658 BW in 1997 op de werkgever, is de werknemer tegemoetgekomen in het bewijs van causaal verband tussen het werk en de schade,³⁰ en wordt ook meer in het algemeen het slachtoffer met letsel in de rechtspraak tegemoetgekomen in zijn bewijspositie.³¹

In de zesde plaats valt er, parallel aan de hiervoor geschetste ontwikkelingen, nog een ontwikkeling waar te nemen waar het bepaalde risico's van de arbeid betreft. Het gaat hier om de tendens in de rechtspraak om de werkgever verantwoordelijk te houden voor de gevolgen van min of meer bijzondere risico's die met het werk verband houden, maar

25 Aldus HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. P.A. Stein (Pollemans/Hoondert) en HR 11 september 1998, NJ 1998, 870 (Van der Wiel/Philips). Intussen lijkt de Hoge Raad in het kader van de verkeersaansprakelijkheid een iets soepeler criterium te hebben gekozen. Zie HR 30 maart 2007, RvdW 2007, 358 (overstekende asielzoeker).

26 Zie HR 16 maart 2007, RvdW 2007, 317 (Egemin/'t Mannetje).

27 Aldus HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. P.A. Stein (Pollemans/Hoondert).

28 HR 9 november 2001, NJ 2002, 79 m.nt. P.A. Stein (Van Doesburg/Tan).

29 HR 2 december 2005, JAR 2006, 15 (Diabetische koerier).

30 Zie HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. W.H.D. Asser (Unilever/Dikmans) en HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354 (Havermans/Luijckx).

31 Vgl. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (Vehof/Helvetia).

waarvan de verwezenlijking niet het gevolg is van enig tekortschieten van de werkgever. Zo werd de KLM aansprakelijk geoordeeld voor de schade die een piloot opliep doordat hij tijdens een verblijf tussen twee vluchten in Ivoorkust betrokken raakte bij een ongeval met een taxi.³²

In dergelijke gevallen wordt de werkgever door de rechter aansprakelijk geoordeeld op grond van 'goed werkgeverschap' en/of 'redelijkheid en billijkheid', zonder dat hem ten aanzien van het ontstaan van schade een concreet verwijt kan worden gemaakt. Men denke aan een verkeersongeval als gevolg van een stuurfout van de werknemer die met collega-werknemers voor de werkgever op weg is naar een klus.³³ Het gaat hier veeleer om een verantwoordelijkheid van de werkgever om dekking te bieden tegen bepaalde risico's dan om een op tekortschieten van de werkgever gebaseerde aansprakelijkheid.³⁴ Deze ontwikkeling is met name bijzonder, omdat zij het stelsel van werkgeversaansprakelijkheid op basis van tekortschieten op losse schroeven zet.³⁵

Samengevat laat de analyse van de wetgeving en jurisprudentie zien dat er geen sprake is van *ex ante* private handhaving via de civiele rechter. De rechter buigt zich eigenlijk nooit over de kwestie van preventie, maar alleen over de vraag wie voor de schade opdraait. Daarnaast blijkt dat de rechter in zijn rechtspraak ten aanzien van arbeidsongevallen vrijwel onverminderd de werknemer tegemoetkomt. De zorgplicht van de werkgever wordt royaal en streng geïnterpreteerd en de betekenis van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer voor de aansprakelijkheid van de werkgever wordt naar de achtergrond gedrongen. Dit is niet in overeenstemming met de nadruk op eigen verantwoordelijkheid van werknemers, zoals die in de hervormingen van het publieke bestel naar voren is gekomen. Het lijkt er juist op dat de rechter een meer beschermende rol ten aanzien van de werknemer heeft ingenomen als gevolg van de ontwikkelingen in de afgelopen decennia. In de vakliteratuur wordt over het algemeen aangenomen dat de afkalving van het socialezekerheidsstelsel meer druk legt op de rechter om werknemers te beschermen tegen de gevolgen van schade door arbeidsuitval.³⁶

32 HR 18 maart 2005, JAR 2005, 100, RvdW 2005, 46 (KLM/De Kuijer).

33 Vgl. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264 m.nt. P.A. Stein (Bruinsma/Schuitmaker); HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 m.nt. P.A. Stein (Vonk/Van der Hoeven); HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (De Bont/Oudenallen).

34 Zie over de verzekeringsaspecten bijv. Van Boom (2006), p. 61 e.v.

35 Zie daarover Hartlief (2003b), p. 3 e.v. en Van Boom (2003), p. 33-40.

36 Vgl. bijv. A-G Spier die in zijn conclusie bij HR 18 maart 2005, LJN: AR6669, C04/106HR stelt dat het WAO-perspectief van een arbeidsongeschikte medewerker is verslechterd als gevolg van ingrepen in de WAO en dat de rechter hiermee rekening kan en mag houden bij de beslechting van zaken. Volgens Van Nieuwstadt (2005) is de achterliggende gedachte van Spier's opmerkingen 'naar alle waarschijnlijkheid mede het gegeven dat dergelijke schadegevallen als gevolg van de versoering van de WAO niet of nauwelijks meer gedekt worden door het sociale verzekeringsstelsel en het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (maatschappelijk) onaanvaardbaar wordt geacht deze schade (geheel) bij de werknemer te laten liggen'.

4 DISCUSSIE EN VERDERE ONDERZOEKSVRAGEN

In deze paragraaf bespreken wij de resultaten van onze analyses. Waar mogelijk zullen wij onze bevindingen in een breder perspectief plaatsen door aansluiting te zoeken bij eerder onderzoek en de literatuur. Daarnaast staan wij stil bij mogelijke vragen voor toekomstig onderzoek die onze analyses opwerpen.

4.1 *Discussie*

Tijdens de jaren tachtig van de vorige eeuw werd er steeds vaker op gezinspeeld dat de Nederlandse verzorgingsstaat zich in een crisis zou bevinden. Sindsdien is het publieke bestel ingrijpend gewijzigd met de bedoeling om zowel werkgevers als werknemers meer eigen verantwoordelijkheid te geven bij de preventie van arbeidsongevallen. De geschetste casestudy heeft uitgewezen dat de bedoelingen van de stelselherziening gedeeltelijk zijn gerealiseerd op de werkplek. Het veiligheidsbeleid is geïntensiveerd en indachtig recente wijzigingen van onder andere de arbeidsomstandighedenwet is de eigen verantwoordelijkheid van werknemers aangescherpt.

Onze bevindingen hebben echter niet alleen positieve ontwikkelingen blootgelegd. Allereerst hebben we gezien dat er volgens de werknemers geen maatwerk tot stand is gekomen. Bepaalde risico's, en dan vooral die welke meer in de invloedssfeer van de organisatie liggen, krijgen onvoldoende aandacht door het persoonsgebonden karakter van het veiligheidsbeleid.

Daarnaast is gebleken dat in het onderzochte energiebedrijf de belangentegenstelling tussen de werkgever en de werknemer is toegenomen in verband met het veiligheidsbeleid. De responsabilisering van individuele medewerkers door de werkgever heeft bij de werknemers strategisch handelen uitgelokt. Medewerkers proberen hun verantwoordelijkheden te ontlopen en te verbergen wanneer er iets misloopt. Ook leggen zij zich neer bij risico's die de organisatie van het werk aangaan omdat ze denken dat de bedrijfsleiding vooral aandacht heeft voor risico's waar individuele medewerkers op kunnen worden afgerekend. Deze pogingen van de werknemers om te voorkomen dat zij op hun handelen afgerekend kunnen worden, gaan uiteindelijk ten koste van hun eigen veiligheid.

Deze observatie vindt steun in ander onderzoek. Collinson beschrijft in zijn onderzoek naar een Engels *offshore* bedrijf dat bekendstond om zijn goede veiligheidsprestaties de gevolgen toen dit bedrijf in toenemende mate gebruik ging maken van prestatie-indicatoren.³⁷ Er ontstond hierdoor een '*blame culture*' waarbij leidinggevendenden de verantwoor-

³⁷ Collinson (1999).

delijkheid voor incidenten en ongelukken zo veel mogelijk op individuele werknemers probeerden af te schuiven. Dit zette vooral de tijdelijke krachten die het gevaarlijkste werk verrichtten ertoe aan om incidenten en overschrijdingen van arbeidstijdenreglementen verborgen te houden. Openlijk uitkomen voor incidenten of regelovertredingen vergrootte het risico op een negatieve functioneringsbeoordeling, het mislopen van een nieuwe opdracht of het weggestuurd worden van het olieplatform. Als er zich ongelukken voordeden die niet konden worden verborgen, dan probeerden werknemers de ernst daarvan te bagatelliseren. De bedrijfsleiding nam hier genoegen mee, omdat zij anders bonussen voor veiligheidsprestaties zou mislopen. Gray komt tot vergelijkbare conclusies. Volgens hem is door neoliberalisering steeds meer nadruk komen te liggen op de meting van veiligheidsprestaties. Dit zou allereerst hebben geleid tot ‘*window dressing*’, waarbij bedrijven hun formele veiligheidsbeleid intensiveren zonder hun feitelijke werkwijzen veiliger te maken zolang er geen sprake is van duidelijk aanwijsbare ongelukken. Bovendien zou het ook hebben geleid tot de responsabilisering van individuele medewerkers door de invoering van de verplichting om onveilige werkzaamheden te weigeren.³⁸

De dynamiek waarbij werkgevers en werknemers in toenemende mate tegenover elkaar komen te staan, lijkt dus in de hand te worden gewerkt door de decollectivering en privatisering van socialezekerheidsarrangementen. Doordat beide partijen in afnemende mate in staat zijn om gezamenlijke kosten van arbeidsongevallen op de gemeenschap af te wentelen, neemt het belang van de schuldvraag toe. Hierdoor kan het zicht op het gezamenlijke belang van goede arbeidsomstandigheden naar de achtergrond verdwijnen.

Voorts laten onze bevindingen zien dat preventieve private handhaving via het aansprakelijkheidsrecht geen rol van betekenis speelt. Volgens Fischer zijn werknemers zelfs na een bedrijfsongeval erg terughoudend om een claim in te dienen, omdat ze weten dat dit de verhouding met de werkgever onmiddellijk op scherp zet.³⁹ Het is dus niet ondenkbaar dat de angst de verhouding met de werkgever te troebleren, eveneens zorgt voor terughoudendheid met betrekking tot de gang naar de rechter zolang er nog geen schade is. Dit zou het geringe preventieve gebruik van het aansprakelijkheidsrecht kunnen verklaren. Ook kunnen we concluderen dat rechters niet zijn meegegaan met de responsabilisering van individuele werknemers in de Arbeidsomstandighedenwet. Sterker nog: de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht lijken veeleer een tegenwicht te vormen. De rechter heeft de zorgplicht opgerekt en de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer ingeperkt. Hierdoor is de kans groter geworden dat werknemers die een claim indienen tegen hun werkgever, schadeloos worden gesteld.

38 Gray (2006).

39 Fischer (1993).

Kortom: onze bevindingen suggereren dat de effecten van de herziening van het sociale zekerheidsstelsel op de voorkoming van arbeidsongevallen gemengd zijn. De intensivering van het veiligheidsbeleid en de uitbreiding van zorgverantwoordelijkheid van werkgevers naar werknemers lijkt gepaard te gaan met strategisch handelen van werknemers, dat ten koste gaat van hun eigen veiligheid. Verder hebben we gezien dat preventieve private handhaving via het aansprakelijkheidsrecht geen rol van betekenis speelt en dat het erop lijkt dat rechters de responsabilisering van werknemers compenseren door hen juist meer in bescherming te nemen.

4.2 Toekomstige onderzoeksvragen

Onze conclusies hebben echter een hoog tentatief gehalte door de beperkingen van ons onderzoek. We hebben de ontwikkelingen in het veiligheidsbeleid van het energiebedrijf geïnterpreteerd tegen de achtergrond van de herzieningen van het publieke bestel zonder dat we deze oorzaak expliciet hebben aangetoond. Hier liggen dan ook mogelijkheden voor toekomstig onderzoek. Welke motieven spelen een rol voor de werkgever bij de totstandkoming van zijn veiligheidsbeleid? Zijn het, zoals wij suggereren, de herzieningen van het publieke bestel of is het wellicht de angst voor aansprakelijkheid die aanzet tot aanpassing en intensivering van veiligheidsbeleid? En zelfs als onze interpretatie van de ontwikkeling van het veiligheidsbeleid in het energiebedrijf juist is geweest, dan blijft het uiteraard de vraag hoe zeer deze bevindingen kunnen worden gegeneraliseerd naar andere bedrijven. Wij hebben onderzoek genoemd waaruit vergelijkbare bevindingen naar voren kwamen, maar in hoeverre er bijvoorbeeld een onderscheid is te maken naar bedrijfssectoren is onzeker.

Ook de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht hebben wij tegen de achtergrond van de herzieningen van het publieke bestel geïnterpreteerd, zonder dat we deze oorzaak expliciet hebben aangetoond. Er kan weliswaar steun gevonden worden in de vakliteratuur voor onze bevinding dat rechters een meer beschermende houding zijn gaan innemen naar uitgevallen werknemers omdat zij zich bewust zijn van de versobering van het socialezekerheidsstelsel, maar verder onderzoek naar de motivatie achter de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie op dit gebied is nodig. Tevens hebben wij gesteld dat er geen sprake is van private handhaving via de rechter. Daarmee gaan wij voorbij aan het feit dat private handhaving meer is dan naar de rechter stappen als partijen er niet uitkomen. De rechtsgang is het eindstation van een heel traject, waarbij zaken als de rol van de OR, overleg op sectoraal niveau, de invloed van de vakbonden en alternatieve vormen van geschilbeslechting eveneens van invloed kunnen zijn. Dit levert bijvoorbeeld de vraag op welke van deze vormen van zelfhandhaving het meest effectief is en hoe de

Arbeidsinspectie omgaat met de grotere wettelijke verantwoordelijkheid die aan werknemers en werkgevers is toebedeeld.

Wij hopen met dit hoofdstuk een eerste aanzet te hebben gegeven tot onderzoek waarin ontwikkelingen in het veiligheidsbeleid van concrete bedrijven worden geanalyseerd tegen de achtergrond van ontwikkelingen in het privaats- en publiekrecht.

LITERATUUR

Barentsen 2003

Barentsen, B., *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden), Leiden 2003.

Bier 1988

Bier, L., *Aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Deventer 1988.

Van Boom 2003

Boom, W.H. van, 'Waarheen leidt de weg... van werknemersschade?', *AV&S* 2003, p. 33-40.

Van Boom 2006

Boom, W.H. van, 'Oublié d'assurer, obligé de compenser', *Van draden en daden, Wansink-bundel*, Deventer 2006, p. 61 e.v.

Collinson 1999

Collinson, D.L., 'Surviving the Rigs', *Safety and Surveillance on North Sea Oil Installations*, *Organization Studies* 1999, 20(4), 579-600.

Fischer 1993

Fischer, P., 'Waarom verhalen werknemers na een bedrijfsongeval de geleden schade niet op hun werkgever?' *Recht der werkelijkheid* 1993, 14(1), 25-51.

Gray 2006

Gray, G.C., 'The Regulation of Corporate Violations: Punishment, Compliance, and the Blurring of Responsibility', *British Journal of Criminology* 2006, 46, 875-892.

Hartlief 2003a

Hartlief, T., 'Werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658. Een nieuwe wind in de Kazernestraat', *WPNR* 2003-6559, p. 933-934.

Hartlief 2003b

Hartlief, T., 'Vonk/Van der Hoeven, het einde van artikel 7:658 BW en een terugkeer naar de Ongevallenwet', *AV&S* 2003, p. 3 e.v.

Kolder 2007

Kolder, A., 'Werkgeversaansprakelijkheid: de Hoge Raad weer op koers?' *AV & S* 2007, p. 171 e.v.

Lindenbergh 2000

Lindenbergh, S.D., *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer 2000.

PREVENTIE VAN ARBEIDSUITVAL

Mascini 1999

Mascini, P., *Risico's in bedrijf, omgaan met gezondheidsrisico's op de werkvloer*, Rotterdam: Optima 1999.

Van Nieuwstadt 2005

Nieuwstadt, T. van, 'Werkgeversaansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW én 7:611 BW: twee keer schieten altijd raak?' *AR* 2005/11, p. 3-8.

Schwitters 1990

Schwitters, R.J.S., *De risico's van arbeid* (diss. Utrecht), Groningen 1990.

Van der Veen 2005

Veen, R. van der, 'De WAO. Nederlands chronische ziekte?', in: M. Arentsen & W. Trommel (Eds.), *Moderniteit en overheidsbeleid. Hardnekkige beleidsproblemen en hun oorzaken*. Bussum: Coutinho 2005.

VERZEKERINGSRECHT

HOOFDSTUK 13

HOE HOUDBAAR ZIJN

GEDRAGSVERONDERSTELLINGEN

IN VERZEKERINGSRECHT EN

-ECONOMIE?¹

M. Faure en W.H. van Boom

SAMENVATTING

Verzekeringseconomie en -recht hanteren als presumptie dat verzekerden minder voorzichtig worden als zij verzekerd zijn en dat juist diegenen die het verhoogde risico op schade lopen, een verzekering nemen. Het eerste verschijnsel wordt geduid als 'moreel risico' en het tweede verschijnsel roept het risico van 'anti-selectie' in het leven. Daar kan aan worden toegevoegd de presumptie dat de vraag naar verzekeringen rationeel tot stand komt: men verzekert weloverwogen wat men van waarde acht en men laat onverzekerd waar men minder aan hecht. Het recht ontwikkelt instrumenten om moreel risico en anti-selectie tegen te gaan, en de verzekeringseconomie baseert complete theorieën op de genoemde uitgangspunten. Maar empirie toont aan dat rationele keuze minder dominant is dan de presumptie veronderstelt. En dat werpt ander licht op moreel risico en anti-selectie. In dit hoofdstuk wordt dit empirisch materiaal besproken en wordt de relevantie van het materiaal voor beleidsmakers binnen het verzekeringsrecht beargumenteerd.

1 Onze dank gaat uit naar Peter van Kippersluis (Erasmus Universiteit Rotterdam) en Wanchi Tang (Universiteit Maastricht) voor nuttige onderzoeksassistentie bij de voorbereiding van deze bijdrage. Onze dank gaat bovendien uit naar Werner Brouwer en Martin Buijsen (IBMG/Erasmus MC) die nadere informatie verschaffen over prikkelwerking in zorgverzekeringen.

1 INLEIDING

Verzekering is, zo wordt althans in elke basisstudie over verzekering geleerd, een fenomeen dat bij uitstek het gedrag van mensen beïnvloedt. Wanneer een vakantie-ganger ten gevolge van volledige verzekeringsdekking niet langer zelf de kosten draagt van het mogelijk verlies van zijn fototoestel, zal dit allicht een invloed hebben op de wijze waarop hij met dit toestel omspringt. Wanneer men een verzekering sluit tegen verkeers-boetes, zal de neiging tot wetsovertreding toenemen.² Wanneer doktersbezoek onder de zorgpolis voor een vast bedrag is gedekt ongeacht het aantal malen dat men de arts bezoekt, dan valt overconsumptie te vrezen.

Niet alleen wordt geleerd dat eenmaal afgesloten verzekeringen invloed hebben op het gedrag van mensen, maar er is ook een dominante presumptie dat menselijk gedrag consistent rationeel is bij het *aangaan* van de verzekeringsovereenkomst. Binnen dat rationele keuze-model nemen mensen alleen verzekering om de dreiging van financieel verlies tegen te gaan in een mate die gerelateerd is aan hun risico-aversie. De verzekering komt aldus, mits de consument over alle relevante informatie beschikt op een goed functionerende verzekeringsmarkt, op de juiste wijze tot stand. De rationele keuze-theorie betekent ook dat verzekeraars moeten waken voor ‘anti-selectie’. De verzekeraar heeft immers minder volledige informatie over de grootte van de risico’s die zijn verzekerde loopt dan de verzekerde zelf. Als nu vooral personen die de verzekering het hardst nodig hebben de verzekering ook sluiten, kan de verzekeraar een grote schadelast verwachten. Hij zal dus informatie willen verzamelen en aan risicodifferentiatie doen (bijvoorbeeld door meer premie te berekenen aan personen van wie hij een hogere schadelast van verwacht) om te voorkomen dat hij alleen met ‘slechte risico’s’ achterblijft.

Dit alles zijn theoretische presumpties over gedrag van verzekeringnemers, de effecten daarvan en de reacties die het bij (rationeel handelende) verzekeraars teweeg zal brengen. In deze bijdrage staan deze presumpties over gedrag van verzekeringnemers en verzekeraars voorafgaande, ten tijde van en na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst centraal. We besteden aandacht aan de onderwerpen ‘rationele vraag’, ‘moreel risico’ en ‘anti-selectie’, waarbij we eerst het theoretisch kader schetsen (par. 2) en vervolgens een overzicht van empirische bevindingen geven (par. 3). De centrale vraag is in hoeverre de theorie door empirie wordt gestaafd of gelogenstraft. Daarna sluiten wij af met voorzich-

2 In 2006 gaf een buitenlandse verzekeraar te kennen een verkeersboeteverzekering in Nederland te willen introduceren. Vanuit het parlement werd gestoken gereageerd – de verzekering zet als het ware een premie op wetsovertreding – en een verbod werd overwogen. De verzekering werd onder druk niet langer aangeboden in Nederland. Overigens had de polis zelf een zekere remmende werking op moreel risico: het aantal boetes dat per jaar geclaimd kon worden was gemaximeerd en de verzekering gold alleen voor snelheidsoverschrijdingen tot 30 km/u (bron: Volkskrant 14 januari 2006).

tige conclusies over de relevantie van de empirie voor verzekeringsrechtelijk beleid en privaatrecht (par. 4).

Het lijkt ons goed om ook aan te geven wat wij hier *niet* doen. In onze bijdrage staat vooral de relatie tussen regulering, controle door de verzekeraar en het individueel gedrag van de verzekerde centraal, vooral voor zover ter zake empirisch bewijs voorhanden is. Precies vanwege de focus op verzekeren wordt in onze bijdrage niet stilgestaan bij empirisch bewijs van effectiviteit van het aansprakelijkheidsrecht, noch bij effecten van de invoering van zogenoemde no-fault schema's op het gedrag van de verzekerden.³ Evenmin staan wij stil bij frauduleus gedrag van partijen na het verzekerde voorval, zoals 'majoreren' bij schadeaangifte door de verzekerde en het te kwader trouw traineren van uitbetaling door de verzekeraar.⁴

Verder is het goed om de beperkingen van dit hoofdstuk te benadrukken. Wij hebben niet zelf empirisch onderzoek ondernomen, we analyseren slechts de voorhanden zijnde empirische studies. Er is een brede en rijke literatuur over empirische effecten van verzekering, bewijs van anti-selectie en moreel risico, maar binnen het beperkte kader van deze bijdrage is het uiteraard niet mogelijk om al deze literatuur in extenso te verwerken. Wij hebben daarom een selectie gemaakt van de meest relevante literatuur. De lezer die ruimer geïnteresseerd is in deze thematiek, kan worden verwezen naar aanvullende literatuur die wel in de voetnoten en literatuurlijst zal worden aangehaald.⁵

2 THEORETISCHE UITGANGSPUNTEN

2.1 Rationele vraag naar verzekeringen

De rationele keuze-theorie behoort tot de klassieke veronderstellingen met betrekking tot het gedrag van mensen die aan de klassieke verzekeringstheorie ten grondslag liggen. De klassieke verzekeringstheorie gaat namelijk uit van de hypothese dat mensen met een afkeer van risico een vraag naar verzekering zullen hebben wanneer dit hun economisch nut verhoogt. Wanneer zij geïnformeerd zijn over de voordelen van verzekering zullen zij, zo luidt de klassieke theorie, een vraag naar verzekering hebben. Klassieke verzekeringstheorie gaat ervan uit dat degene die een afkeer van risico heeft (ook wel genoemd 'risico-aversie') en zijn verwacht nut wil verhogen, geïnteresseerd zal zijn in een transactie met een derde die bereid is tegen betaling van een prijs het risico over te nemen. Die

3 Daarover Van Dam in zijn bijdrage aan dit boek.

4 Eerstgenoemd verschijnsel wordt wel 'ex post moral hazard' genoemd (daarover bijv. in empirische zin Cummins en Tennyson 1996, p. 29 e.v.; Bolduc e.a. 2002, p. 623 e.v.), het tweede is in de Amerikaanse terminologie 'bad faith denial of a claim' (daarover bijv. in empirische zin Browne e.a. 2004, p. 355 e.v.).

5 In het algemeen kan worden gewezen op Dewees e.a. 1996, waarin ruim aandacht wordt besteed aan gedragseffecten van het ongevallerecht en de ter zake beschikbare empirische literatuur.

derde is dan de verzekeringsonderneming die het risico tegen betaling van een premie overneemt. De klassieke welvaartstheorie zoals deze onder meer door Nobelprijswinnaar Arrow en anderen op verzekering is toegepast, gaat ervan uit dat individuen een vraag naar verzekering zullen hebben omdat zulks hun verwacht nut zal verhogen.⁶ Op basis van beschikbare informatie over het risico waaraan men blootstaat en de beschikbaarheid van verzekering zal de nutmaximaliserende mens een verzekeringsdekking zoeken teneinde zijn risico naar de verzekeraar te verschuiven.

Echter, recent empirisch onderzoek, onder meer met betrekking tot de vraag naar verzekering voor rampen, heeft aangetoond dat de realiteit vaak anders is: mensen nemen geen verzekering tegen de gevolgen van (natuur)rampen, ook wanneer zij behoorlijk zijn geïnformeerd en ook wanneer dat hun nut zou verhogen. Ook blijkt andersom soms verzekering te worden genomen – bijvoorbeeld voor het leven van een kind – terwijl dit vanuit economisch perspectief het verwachte nut van de ouders *ex ante* niet kan verhogen. Het is de moeite waard om de recente empirische studies waaruit blijkt dat mensen zich anders gedragen dan volgens de hypothese van het ‘verhogen van het verwachte nut’ wordt voorspeld, te onderzoeken en om tevens na te gaan welke verklaringen hiervoor kunnen worden geboden.

2.2 *Anti-selectie*

Een tweede fenomeen dat vanuit het perspectief van ‘gedrag en privaatrecht’ ook van belang is voor verzekering, is uiteraard het fenomeen van de zogenoemde anti-selectie.⁷ Tegelijk met het moreel risico is dit wellicht het meest bekende gevaar dat verzekeringscontracten bedreigt: wanneer verzekeraars onvoldoende onderscheid zouden kunnen maken tussen goede en slechte risico’s, treedt onvoldoende risicodifferentiatie op, zou verzekering relatief onaantrekkelijk worden voor de goede risico’s, en als gevolg daarvan zou anti-selectie optreden: alleen slechte risico’s zouden nog een vraag naar verzekering hebben.⁸ Hoewel schijnbaar overtuigend empirisch bewijs van deze stelling natuurlijk geboden werd naar aanleiding van de bekende verzekeringscrisis die in de jaren tachtig in de VS woedde en die precies vanuit dit anti-selectieperspectief door George Priest werd bestudeerd en verklaard,⁹ is er ook ander en afwijkend empirisch materiaal waaruit veeleer blijkt dat anti-selectie veel beperkter zou zijn dan werd verondersteld. Sommige literatuur wijst ook op het fenomeen van zogenoemde ‘pro-selectie’ (in de Engelstalige

6 Zie onder meer Arrow 1965, p. 1e.v. en Pratt 1964, p. 122-136.

7 *Averse selection*, ook wel: averechtse selectie genoemd.

8 Van de literatuur verwijzen wij slechts naar Rejda 2003, p. 23; Schulenburg 2005, p. 297 e.v. Vgl. Eisenhauer 2004, p. 165.

9 Priest 1987, p. 1521-1590. Vgl. over het onderliggende probleem van informatie-assymetrie Rothschild en Stiglitz 1976, p. 629-649.

literatuur ‘propitious selection’ of ook wel ‘advantageous selection’ geheten): het zouden juist de brave, zorgvuldige en goed handelende burgers zijn die een vraag naar verzekering hebben, zich willen beschermen, maar dan ook relatief voorzichtig zijn.¹⁰ De hypothese van deze ‘propitious selection’ wijst in een andere richting dan de anti-selectie: omdat juist de brave, risico-averse burger de vraag naar verzekering heeft, leidt verzekering niet tot een verhoging van het risico, maar juist een verlaging. Ook ter ondersteuning van dit model bestaan empirische studies die het bestuderen waard zijn.

2.3 Moreel risico

De klassieke gedachte dat een afgesloten verzekeringsovereenkomst het gedrag van mensen beïnvloedt, wordt verwoord door het begrip ‘moreel risico’, de Nederlandse vertaling van het Engelse concept ‘moral hazard’. Dit concept moreel risico wijst op de eenvoudige veronderstelling dat gedrag van mensen wijzigt als gevolg van het feit dat zij de financiële consequenties van hun handelen niet langer zelf dienen te dragen maar kunnen afwentelen op een derde, in casu een verzekeraar.¹¹ In die zin moet worden benadrukt dat hoewel het fenomeen van het moreel risico vooral in de context van verzekering wordt besproken, het daartoe uiteraard niet wordt beperkt. Ook wanneer in andere situaties financiële consequenties op anderen dan een verzekeraar (bijvoorbeeld op de overheid of het collectief) kunnen worden afgewenteld, kan worden verwacht dat dit een invloed op het gedrag van mensen zal hebben.¹²

Pauly wees er al op dat het concept ‘moreel risico’ wat weinig gelukkig is gekozen: men vindt het klaarblijkelijk ‘immoreel’ dat een verzekerde zijn gedrag wijzigt onder invloed van verzekeringsdekking. Pauly wijst erop dat hier op zichzelf niets ‘immoreels’ aan is, maar dat deze gedragswijziging het gevolg is van rationeel gedrag van de verzekerde die nu eenmaal minder zorgkosten heeft wanneer hij schade op een derde kan afwentelen.¹³ Hoewel elk handboek over verzekering dit fenomeen van het moreel risico beschrijft, is vanuit empirisch perspectief veel minder bekend over de werkelijke omvang van dit moreel risico. Dat die empirische gegevens zo beperkt zijn, mag overigens niet zo verbazend lijken. Immers: het is zelden het geval dat het gedrag van mensen *uitsluitend* door

10 Hemenway 1990, p. 1063 e.v.; Chiappori en Salanie 2000, p. 56 e.v.; vgl. Eisenhauer 2004, p. 167 e.v. Overigens zijn de geleerden het nog niet eens over de exacte contouren van dit verschijnsel; vgl. bijv. Donder en Hindriks 2006.

11 Zie (verwijzingen bij) Dionne 1981, p. 422-423, Dionne 2000, p. 153 e.v. Vgl. nog Parsons 2003, p. 448 e.v., Shavell 2005, p. 63 e.v., Schulenburg 2005, p. 282 e.v. en Baker 1996, p. 267 e.v. Voor Nederland over moreel risico bijv. Visscher 2006, p. 485 e.v., alsook Clausing en Wansink 2007, p. 190 e.v. (nr. 163 e.v.), die het begrip vooral in verband brengen met het risico verbonden aan strafrechtelijk verleden van de verzekeringnemer.

12 Zie bijv. de recente discussie over het gevolg van toezicht op banken en depositogaranties voor risicozoekend gedrag van bankbestuurders (zie bijv. NRC Handelsblad 2 februari 2008 (‘Banken moeten failliet kunnen gaan’); vgl. Richardson 2006).

13 Pauly 1968, p. 531-537.

verzekering wordt beïnvloed. Doorgaans kunnen vele andere factoren van ethische, juridische (bijvoorbeeld veiligheidsregulering) of andere aard (bijvoorbeeld zelfbehoud) een rol spelen bij het vermijden van gedrag dat een verzekeraar zou benadelen. Daarenboven is het empirisch vaak zeer moeilijk om situaties met of zonder verzekeringsdekking te vergelijken, en dat is voor onomstotelijk bewijs van moreel risico wel nodig.

3 EMPIRISCHE HOUDBAARHEID VAN DE THEORIE

3.1 Algemeen

In de literatuur worden de gevaren van anti-selectie en moreel risico steeds naar voren geschoven als de fenomenen die de efficiënte werking van verzekeringsmarkten bedreigen. Anti-selectie zou optreden wanneer door gebrek aan risicodifferentiatie verzekering relatief onaantrekkelijk wordt voor de goede risico's, zodat de verzekeraar alleen met slechte risico's blijft zitten, terwijl moreel risico het fenomeen is dat juist doordat de verzekerde zijn risico heeft kunnen afschuiven op de verzekeraar de kans dat het verzekerde risico zich voordoet zal verhogen. Theoretisch zijn die fenomenen goed bekend en ook in de Nederlandse literatuur beschreven. Doel van deze paragraaf is om de empirische literatuur weer te geven die bestudeert in welke mate er daadwerkelijk bewijs is van anti-selectie en een moreel risico en in hoeverre de rationele keuze-theorie genuanceerd moet worden bij verzekeringen. We beginnen met dat laatste onderwerp (par. 3.2), daarna gaan we in op de kwestie of er werkelijk een anti-selectiefenomeen is, althans volgens de empirische literatuur en wordt nagegaan of er enig bewijs is van pro-selectie (par. 3.3). Vervolgens wordt bekeken of er enig bewijs is van het moreel risico (par. 3.4). Daarna wordt kort verkend of en in welke mate verzekeraars de remedies die de theorie voorschrijven, ook daadwerkelijk toepassen (par. 3.5).

3.2 De vraag naar verzekering, in empirisch perspectief

Wordt de mate van risico-aversie van de verzekeringnemer werkelijk bepaald door zijn drang naar nutsmaximalisatie? Was het maar zo eenvoudig. Empirisch onderzoek dat vooral werd uitgevoerd door gedragsdeskundigen zoals Slovic heeft aangetoond dat deze hypothese in de realiteit vaak niet klopt. Ook experimentele studies met betrekking tot het sluiten van verzekeringsovereenkomsten tonen dat ter beschikking stellen van informatie niet noodzakelijkerwijs tot nutsmaximalisatie leidt. Vertekende risicoperceptie door bekende verschijnselen als *availability bias*, maar ook *framing effects* (bijvoorbeeld

door een eigen risico te veranderen in een kortingsregeling) kunnen tot verzekeringsbeslissingen leiden die in tegenspraak met het nutsmaximalisatie-model zijn.¹⁴

Add-on verzekeringen

Berucht voorbeeld zijn de verzekeringen die als ‘add-on’ worden aangeboden bij de aankoop van een primair product, zoals het verzekeringsaanbod bij de aankoop van consumentenelektronica, waarbij verkopers slinks inspelen op het *endowment effect* bij de consument: hij wil zijn zojuist verworven aankoop natuurlijk niet kwijtraken en dat kan zijn inschatting van het risico op verlies en beschadiging en zijn behoefte aan een bijbehorende verzekering vertekenen. Uit onderzoek naar dergelijke verzekeringen blijkt soms in elk geval dat de claims-/premieratio zeer ongunstig voor verzekerden uitpakt, hetgeen impliceert dat er bij de aankoop iets structureel fout gaat.¹⁵ De oorzaak daarvan bij dergelijke verzekeringsvormen is wellicht gelegen in een combinatie van informatie-asymmetrie over de behoefte aan de verzekering en ‘endowment effect’ aan de zijde van de consument.¹⁶

Rampenverzekeringen

Dat individuen zich niet altijd conform de hiervoor bedoelde theorie gedragen, wordt zeer duidelijk aangetoond in studies over de rampenverzekering. In landen waar, anders dan in Nederland,¹⁷ verzekeringsdekking voor bijvoorbeeld overstromingen beschikbaar is, wordt deze vaak niet genomen. Uit empirisch onderzoek blijkt een spectaculaire onderverzekering voor natuurrampen. Hierop wordt gewezen in vele publicaties van Kunreuther met betrekking tot watersnood.¹⁸ Hetzelfde werd vastgesteld met betrekking tot de verzekering voor aardbevingen.¹⁹ Bewijs van een te beperkte vraag naar dekking bij rampen blijkt niet alleen uit Amerikaans empirisch onderzoek, maar werd ook in Europa vastgesteld, onder meer door Endres c.s. naar aanleiding van de overstroming van de Elbe in 2002 in Duitsland.²⁰

Naar aanleiding van de recente overstroming na Hurricane Katrina in Louisiana werd vastgesteld dat in sommige wijken slechts 7,3 % van de bewoners verzekerd was. In New Orleans had slechts 40 % van de bewoners verzekering via het National Flood Insurance

14 Zie het overzicht bij Johnson e.a. 1993, p. 35-51.

15 Office of Fair Trading (OFT) 1997.

16 Waarbij overigens vermeld moet worden dat over het ‘endowment effect’ en het bewijs van het bestaan van dat effect het laatste woord nog niet gesproken is; zie bijv. Zeiler en Plott 2005, p. 530 e.v.

17 Zie Faure en Hartlief 2006*.

18 Zie bijvoorbeeld Kunreuther 1996, p. 171-187, Kunreuther en Pauly 2004, p. 5-21 en Zeckhauser 1996, p. 113-140.

19 Kunreuther e.a. 1992, p. 60-68.

20 Endres e.a. 2003, p. 284-294.

Program.²¹ Opvallend is tevens dat na de Northridge aardbeving in California in 1994 (die meer dan 15 miljard dollar in verzekerde schade veroorzaakte) een groot aantal burgers een aardbevingsverzekering nam. Echter, nauwelijks een maand na de aardbeving, toen het leven zijn normale gang hervatte, werd een groot deel van deze polissen weer beëindigd.²² Acht jaar na de aardbeving was de verzekeringsgraad zelfs gedaald tot 15 %.²³ Veel meer cijfers, bijvoorbeeld ook uit Italië, wijzen alle in dezelfde richting.²⁴ Deze empirische bevindingen lijken op het eerste gezicht de grondslag te ontnemen aan de klassieke welvaartseconomische hypothese die ervan uit gaat dat individuen een vraag naar verzekering zullen hebben wanneer zulks hun verwacht nut verhoogt. *Ex ante* zou een dergelijke verzekering tegen schade veroorzaakt door rampen het verwacht nut van bijvoorbeeld de bewoners van Louisiana of Californië zeker verhogen. Deels kan voor het achterwege blijven van verzekering nog een verklaring worden gevonden binnen het klassiek welvaartseconomisch paradigma door te betogen dat burgers geen verzekeringsdekking nemen omdat zij onvoldoende geïnformeerd zijn over hetzij een mogelijke blootstelling aan risico's, hetzij de beschikbaarheid en potentiële voordelen van verzekering. Dit zou dan aansluiten bij de hypothese dat individuen niet volledig geïnformeerd zijn en derhalve niet overeenkomstig hun preferenties een vraag naar verzekering kunnen ontwikkelen. Het klassieke antwoord dat daarop dan vanuit reguleringperspectief wordt geboden is om via de overheid informatie over de risico's en de beschikbaarheid van verzekering te openbaren.²⁵

Gedragwetenschappelijke inzichten

Empirisch onderzoek lijkt deels ondersteuning te bieden voor de vermelde informatiegebreken ten gevolge waarvan individuen klaarblijkelijk niet in staat zijn tot een besluitvorming te komen aangaande hun vraag naar verzekering op een wijze die hun verwacht nut zou maximaliseren. Slovic en andere psychologen hebben via experimenten gewezen op de beperkte mogelijkheden van individuen om tot optimale besluitvorming te komen ten gevolge van de 'biases' waaraan individuen zijn blootgesteld.²⁶ Echter, het empirisch bewijs inzake de reactie na de Northridge aardbeving toont reeds aan dat het bieden van aanvullende informatie over ongevalrisico's waaraan individuen staan blootgesteld niet altijd helpt om individuen in staat te stellen adequate keuzes te maken inzake de vraag

21 Zie Kunreuther 2006, p. 175 e.v.

22 Aldus R.L. Rabin S.H. Bratis, 'United States', in: Faure en Hartlief 2006**, p. 303-360.

23 Aldus Risk Management Solutions, *The Northridge California Earthquake: A Ten Year Retrospective*, May 2004.

24 Zie A. Monti en F.A. Chiaves, 'Italy', in: Faure en Hartlief 2006**, p. 145-194.

25 Zie desbetreffend in het algemeen Schwartz en Wilde 1979, p. 630-682.

26 Zie desbetreffend uiteraard het inleidend hoofdstuk bij dit boek alsook de vele bijdragen in Slovic 2000. Vgl. ook Korobkin en Ulen 2000, p. 1069 e.v.

naar verzekering.²⁷ Het empirisch onderzoek lijkt er daarentegen op te wijzen dat er nog andere redenen zijn waarom individuen geen vraag naar verzekeringsdekking hebben tegen (bijvoorbeeld natuur)rampen ook wanneer dat hun verwacht nut zou verhogen. Individuen prefereren in die gevallen *ex ante* een onzekere toekomstige schade in plaats van de zekere schade die bestaat in het betalen van een premie. Verzekering wordt door de verzekeringnemer beschouwd als een investering. Wanneer hij een verzekering afsluit voor een risico met een relatief hoge waarschijnlijkheid maar lage schade is er een behoorlijke kans dat er ooit wel eens van gebruik zal worden gemaakt (bijvoorbeeld bij brandverzekering). Het probleem bij rampenverzekering is dat de probabilliteit van dergelijke risico's vaak zodanig laag is dat het individu het risico loopt zijn gehele leven een premie te betalen terwijl hij mogelijk nooit van de verzekering zal 'profiteren', zodat de 'investering' niets heeft opgebracht. Het gevolg van dit psychologisch fenomeen is dat individuen niet bereid zijn een verzekeringsdekking te nemen voor risico's met een lage waarschijnlijkheid maar een relatief hoge schade.²⁸ Hierbij lijkt ook in de risico-inschatting door individuen de *salience* van het risico een rol te spelen: als een recente ramp vers in het geheugen ligt, wordt de vraag naar verzekering groter en zij neemt af als de ramp verder in het verleden komt te liggen.²⁹

Andere literatuur wijst er dan weer op dat de beperkte vraag naar verzekering voor rampen ook samen zou hangen met het feit dat politici ten gevolge van het grote aantal slachtoffers dat door rampen wordt getroffen steeds geneigd zullen zijn *ex post* overheidssteun te bieden. Ten gevolge daarvan zouden burgers systematisch op deze overheidssteun gaan rekenen en derhalve niet langer een vraag naar verzekering ontwikkelen.³⁰ Er lijkt enig beperkt empirisch bewijs voor deze stelling te bestaan, aangezien in het Verenigd Koninkrijk nauwelijks overheidssteun aan slachtoffers van rampen wordt geboden en aldaar een zeer hoge verzekeringsgraad (voor overstromingsrisico) bestaat, terwijl bijvoorbeeld in Italië de overheid jaarlijks miljarden aan steun toekent aan slachtoffers van rampen en de verzekeringsdekking dan ook relatief beperkt is.³¹ Kunreuther stelt daarentegen dat er geen bewijs is waaruit zou blijken dat individuen weigeren een verzekeringsdekking te nemen omdat zij ervan uit gaan dat zij in elk geval door de overheid zullen worden schadeloos gesteld.³² Interessant is wel dat de theoretische literatuur suggereert dat de vraag naar verzekering derhalve ook wordt beïnvloed door het feit dat verzekerden zouden rekenen op de vraag of zij al dan niet van financiering

27 Zie hiervoor noot 22. Vgl. ook de gegevens bij Browne en Hoyt 2000 p. 291 e.v.

28 Schoemaker en Kunreuther 1979, p. 603-618 en Slovic 2000, p. 62-71. Vgl. ook het experiment van McClelland e.a. 1993, p. 95-116.

29 Zie hiervoor noot 22.

30 Dit wordt onder meer sterk betoogd door Epstein 1996, p. 287-308 en door Harrington 2000, p. 40-46.

31 Zie M. Faure, 'Comparative and Policy Conclusions', in: Faure en Hartlief 2006**, p. 389-452.

32 Zie Kunreuther e.a. 1978 en Kunreuther 2006*, p. 208-227.

via de overheid kunnen uitgaan, maar veel empirisch bewijs ter ondersteuning van deze hypothese is er niet.

Wel blijkt duidelijk uit de aangehaalde empirische literatuur met betrekking tot de verzekering van rampen dat de vraag naar verzekering klaarblijkelijk niet verloopt conform het klassieke welvaartseconomische model: door gedragswetenschappelijke verklaarbare fenomenen wordt immers de rampenverzekering niet afgesloten, terwijl dit het verwachte nut potentieel wel zou verhogen.

Er is nog meer kritiek vanuit empirisch perspectief op de klassieke welvaartseconomische verklaring voor de vraag naar verzekering. Deze literatuur heeft betrekking op de vraag naar verzekering voor het leven van kinderen. In een interessante studie toont sociologe Viviana Zelizer aan dat toen in de VS aan het einde van de negentiende eeuw een levensverzekering voor kinderen werd ontwikkeld dit oorspronkelijk inderdaad gezien kon worden binnen het klassieke welvaartseconomische perspectief: de verzekering diende voornamelijk om economische verliezen van de ouders in geval van overlijden van een kind te dekken en had onder meer een belangrijke rol als verzekering voor de begrafeniskosten bij de minder gegoede families. Echter, ook nadat deze primaire economische noodzaak van een levensverzekering voor kinderen wegviel, bleef het fenomeen van de levensverzekering voor kinderen bestaan. Vanuit een economisch perspectief kan de verzekering van kinderen als irrationeel worden bestempeld; volgens Zelizer is deze verzekeringspolis echter nog steeds populair vanuit de gedachte dat daarmee de emotionele waarde van het kind zou worden verzekerd.³³ Een verwant onderzoek van Hsee en Kunreuther toont de invloed van een affectieve verhouding van individuen tot objecten op verzekeringsbeslissingen: hoe meer men is gehecht aan het object, des te groter de bereidheid om het object te verzekeren, ook als de verzekerde som gelijk blijft.³⁴

Conclusie

Samenvattend levert dit empirisch materiaal een behoorlijke kritiek op de klassieke welvaartseconomische uitgangspunten die ervan uitgingen dat een individu steeds een verzekering zal nemen wanneer dit zijn verwacht nut in economische termen verhoogt, maar ook alleen dan. Het voorbeeld van de rampenverzekering laat zien dat verzekering soms niet wordt afgesloten terwijl dit het verwachte nut wel zou verhogen, terwijl omgekeerd (bij levensverzekering voor kinderen) verzekering wel wordt afgesloten, ook als dit het verwachte economisch nut niet kan verhogen. De inmiddels aanzienlijke gedragswetenschappelijke literatuur op dit terrein biedt een genuanceerde verklaring voor dit fenomeen en kan derhalve een belangrijke aanvulling bieden ter verkla-

³³ Zelizer 1981, p. 1036-1056.

³⁴ Hsee en Kunreuther 2000, p. 141-159.

ring van de totstandkoming van de vraag naar verzekering. Deze vaststellingen bieden ook ondersteuning aan de kritiek die in recente economische literatuur is geformuleerd op de hypothese dat mensen uitsluitend nutsmaximalisatie zouden nastreven en dat de economie dan ook een verhoging van de maatschappelijke welvaart zou moeten nastreven. Recente publicaties betogen dat mensen veeleer ‘geluk’ nastreven en onderzoeken het belang daarvan voor de economische analyse³⁵ en voor kosten-batenanalyses.³⁶

Een volgende vraag zou uiteraard nog zijn in hoeverre met deze literatuur dan ook rekening dient te worden gehouden op beleidsmatig vlak en in hoeverre dan bijvoorbeeld verzekering voor rampen verplicht zou moeten worden gemaakt of andersom levensverzekering voor kinderen juist verboden zou moeten worden. Dit zijn fundamentele vragen met betrekking tot de normatieve waarde van het economisch model, waar we hierna in par. 4 slechts een bescheiden bijdrage aan kunnen leveren.³⁷

3.3 Anti-selectie of pro-selectie: empirisch bewijs?

Anti-selectie (en hetzelfde geldt eigenlijk voor moreel risico) is in zekere zin vergelijkbaar met Yeti, de verschrikkelijke sneeuwman: velen geloven in zijn bestaan, maar slechts een enkeling heeft hem echt gezien. Empirisch bewijs van anti-selectie is namelijk moeilijk te verkrijgen. Soms is het bewijs redelijk overtuigend.³⁸ Aangezien anti-selectie een probleem van informatieasymmetrie is, wordt als methode om anti-selectie empirisch aan te tonen, vaak gekozen voor onderzoek naar een positieve correlatie tussen risiconiveau en de hoeveelheid verzekeringsdekking die wordt aangekocht.³⁹ Met deze methode volgt een nogal diffuus beeld, zoals onderstaande tabel aangeeft:

Geen anti-selectie aangetoond: <ul style="list-style-type: none"> • Levensverzekeringen in de VS⁴⁰ • Motorrijtuigverzekering in Frankrijk⁴¹ • Zorgverzekeringen in de VS⁴² 	Wel anti-selectie aangetoond: <ul style="list-style-type: none"> • Lijfrenteverzekeringen in het VK⁴³ • Oogstverzekeringen in de VS⁴⁴ • Zorgverzekeringen in de VS⁴⁵
--	--

35 Zie bijvoorbeeld Frey en Stutzer 2002, p. 1 e.v. en Frey en Stutzer 2005, p. 207-228.

36 Zie Adler en Posner 2007.

37 Voor een aanzet tot beantwoording met betrekking tot de (verplichte) verzekering voor rampen zie Faure 2007, p. 339 e.v.

38 Thomas 2007, p. 105 e.v. Zie het fraaie overzicht van studies bij Siegelman 2004, p. 1223 e.v.

39 Overigens zijn economen nog bezig met het ontwikkelen van varianten, verfijningen en tegenhangers bij deze methode; zie bijv. Huang e.a. 2006.

40 Cawley en Philipson 1999, p. 827 e.v.

41 Chiappori en Salanie 2000, p. 56 e.v.

42 Cardon en Hendel 2001, p. 408 e.v.

43 Finkelstein en Poterba 2004, p. 183 e.v.; Finkelstein en Poterba 2006.

44 Makki en Somwaru 2001, p. 685 e.v.

45 Cutler en Zeckhauser 1997.

Er is kortom geen onomstotelijk bewijs van de invloed van anti-selectie.⁴⁶ Overigens is het niet eenvoudig om het gebrek aan bewijs van anti-selectie te duiden. Het kan zijn dat verzekerden wel superieure informatie hebben, maar deze niet kunnen gebruiken (denk aan: *bounded rationality* in de consumentenmarkt) of willen (denk aan: transactiekosten van wisselen van verzekeraar te hoog).⁴⁷

Het lijkt nogal van de betreffende verzekeringsmarkt af te hangen of het een groot dan wel klein gevaar is waar beleidsmakers en juristen rekening mee moeten houden. Als het bewijs van anti-selectie moeilijk te leveren is, dan geldt dat ook voor de anti-selectie-spiraal van premieverhogingen, dekkingsuitsluiting en terugtrekkende verzekeraars. Natuurlijk zijn de fenomenen van premieverhoging, dekkingsuitsluiting en terugtrekkende verzekeraars als zodanig zeer bekend, maar het is dus de vraag of de oorzaak daarvan in anti-selectie gelegen is. Dat is theoretisch wel plausibel, maar een empirisch relevante correlatie is niet eenvoudig aan te tonen.⁴⁸

De vervolgvraag is nu of er bewijs is te leveren van de stelling dat zich juist het tegenovergestelde van anti-selectie zou voordoen bij het aangaan van verzekeringsovereenkomsten, namelijk *pro-selectie*. Tot op zekere hoogte is dat bewijs er inderdaad. Er is in elk geval solide bewijs van pro-selectie waar het gaat om motorrijtuigverzekeringen. Uit onderzoek – onder andere uitgevoerd in landen waar een WAM-verzekering niet verplicht maar vrijwillig is⁴⁹ – blijkt dat degenen die zich niet verzekeren grotere ongevalsgeneigdheid vertonen. Omgekeerd wordt daaruit afgeleid dat degenen die zich wel verzekeren, de verzekering minder hard nodig hebben.⁵⁰ Concreet is bijvoorbeeld aangetoond een positieve correlatie tussen het hebben van een zorgverzekering en het gebruik van beschermingsmiddelen (helm, autogordel), en een positieve correlatie tussen het aankopen van die verzekering en niet rijden na gebruik van alcohol. Ook is er enig bewijs dat personen die een levensverzekering kopen een langere levensverwachting hebben dan degenen die deze niet kopen.⁵¹

46 Eisenhauer 2004, p. 166.

47 Over dergelijke invloeden op verzekeringsbeslissingen bijv. Thomas 2007, p. 117 e.v.

48 Thomas 2007, p. 115.

49 Zoals bekend zijn WAM-verzekeringen in Europa verplichte verzekeringen en is onverzekerde rijden strafbaar gesteld. Een alternatieve, weinig succesvolle reguleringsvorm (Californië 1999) is die waarbij premies voor automobilisten met een laag inkomen wettelijk gemaximeerd worden; vgl. Jaffee en Russell 2002, p. 209.

50 Overigens lost dit niets op als het waar is dat de ongevallen die onverzekerde automobilisten veroorzaken, veelal in verband staan met ernstige verkeersovertredingen zoals dronken rijden. Ook als zij wél een verplichte WAM-verzekering hadden afgesloten, dan nog zouden zij voor die types ongevalsveroorzaking ongedekt zijn.

51 Vgl. Cawley en Philipson 1999, p. 827 e.v.; Mahdavi s.d., p. 3. Zie ook Li e.a. 2007, p. 441 e.v., die een verband tonen tussen het kiezen van een hoger eigen risico en voorzichtiger rijgedrag.

Pro-selectie zegt dus iets over de persoonskenmerken en de bijbehorende verzekeringsvraag.⁵² Om naar een verband tussen die vraag en de persoon van de (on)verzekerde te zoeken wordt wel gebruikgemaakt van een eigenschap van de (on)verzekerde die onbekend is bij de verzekeraar. Zo toont een Amerikaanse studie een positieve correlatie aan tussen het niet dragen van een autogordel, het niet hebben van een zorgverzekering en het niet betalen van ziekenhuisrekeningen.⁵³

Als inderdaad juist is dat personen die meer dan anderen risico-avers zijn ten aanzien van de financiële gevolgen van bijvoorbeeld zaakschade en letsel, ook voorzichtiger zijn in het voorkomen van dergelijke schade, dan zijn deze personen uiteraard zeer aantrekkelijke klanten: ze willen graag een verzekering en ze claimen zelden.⁵⁴ Mogelijk versterkend effect hierbij is het gegeven dat sommige empirische studies tonen, dat hoe risico-averser iemand is, des te groter zijn overschatting van zijn risico op schade ook is.⁵⁵

In de literatuur wordt aangegeven dat het plausibel is dat pro-selectie minder sterk is dan anti-selectie; of dat over de gehele breedte van het verzekeringsveld waar is, durven wij niet te beweren. Wel lijkt het juist om te stellen dat als pro-selectie in sterke mate optreedt verzekeraars een bijzonder gunstige claims-premieratio kunnen realiseren en de betreffende verzekering vooral gekocht wordt door mensen die haar niet (althans minder) nodig hebben.⁵⁶

3.4 Moreel risico: empirisch bewijs?

Er is al lang discussie over de invloed van verzekeringen op het gedrag van de verzekerde *na* het sluiten van de overeenkomst. Aardig om te constateren is dat de discussie over de empirische houdbaarheid van moreel risico bijvoorbeeld al in de negentiende eeuw speelde, namelijk ten aanzien van kinderverzekeringen. In Engeland werd wel gesteld dat ouders in geldnood een belang hadden bij het ombrengen van hun kinderen, gezien het hoge percentage (80%) van het aantal levensverzekeringen dat op het leven van kinderen was afgesloten. Sommigen pleitten daarom voor een verbod op dergelijke verzekeringen.

52 Vgl. bijvoorbeeld het beeld van de Nederlandse zorgverzekeringsmarkt: verzekerden die voor een zorgverzekering met een laag eigen risico kiezen, hebben relatief vaker een aanvullende verzekering en andersom; Smit en Mokveld 2006, p. 14. Als nu ook zou blijken dat deze personen minder zorg consumeren zou er in elk geval correlatie zijn, maar causaliteit is daarmee uiteraard niet bewezen.

53 Clyde e.a. 1996, p. 100 e.v.

54 Als hun risico-aversie bovendien ook gecorreleerd kan worden aan hun creditscore (zijn het spaarzame types, lenen ze niet overmatig, en meer van dat soort gegevens) dan zou een verzekeraar omgekeerd risicodifferentiatie voor – laten we zeggen – een autoverzekering kunnen baseren op het leengedrag van de verzekerde (als hij over die gegevens zou beschikken). Een zekere positieve correlatie tussen inkomen en risico-aversie tonen Cohen en Einav 2007, p. 745 e.v.

55 Dat lijkt althans te volgen uit Andersson en Lundborg 2007, p. 67 e.v.

56 Vgl. daarover bijv. Office of Fair Trading (OFT) 1997. Overigens wil een voor verzekeraars gunstige claims-premieratio niet per definitie zeggen dat van pro-selectie sprake is. Die kan ook worden veroorzaakt door gebrekkige kennis van verzekerden van hun behoefte aan de verzekering of van de dekkingsvoorwaarden, of door agressieve verkoopacties.

Verzekeraars stelden daar tegenover dat het vooral de welgestelden en respectabele klassen in de maatschappij waren die dergelijke verzekeringen aankochten en dat er dus weinig vrees was voor een verhoogd risico van infanticide.⁵⁷

Er is ook vandaag de dag weinig hard en generaliseerbaar bewijs van moreel risico. Het lijkt erop dat het – net als bij anti-selectie – nogal van de betreffende verzekeringsmarkt afhangt of moreel risico een groot danwel klein gevaar is waar beleidsmakers en juristen rekening mee moeten houden.⁵⁸ Zo is er Amerikaans en Canadees onderzoek naar moreel risico bij *workers' compensation* (vergelijk onze Ziektewet oude stijl, loondoorbetalingsplicht) bestaande uit ex ante moreel risico in de zin van verminderde zorgvuldigheid van werknemers op de werkvloer en ex post moreel risico in de zin van het veinzen van (voortdurende) arbeidsongeschiktheid.

Dionne en St-Michel 1991 geven bijvoorbeeld bewijs – dat in andere studies ook wordt aangetoond – van moreel risico bij een *workers' compensation*-systeem in de zin dat bij het verhogen van de vergoedingsbedragen (% van het loon) de herstelduur bij moeilijk te diagnosticeren aandoeningen (zoals rugklachten) toeneemt.⁵⁹ Ander onderzoek toont dat vergroting van de verzekeringsdekking (duur, vergoedingsniveau) positief gecorreleerd is aan het aantal ongevallen c.q. ziekteverzuim.⁶⁰ Van Amerikaans onderzoek is bekend dat moreel risico niet alleen verschuiving van kosten teweegbrengt (in ons geval dus naar verzekeraars toe), maar bovendien remmend zou kunnen werken op productiviteit.⁶¹

Genuanceerder is de uitkomst van ander onderzoek dat bij eenzelfde ziektekostenverzekering wél moreel risico kon aantonen voor huisartsenbezoek – waar een relatief lage drempel voor gedragsverandering bestaat – en niet voor ziekenhuisopname. Dergelijk onderzoek suggereert dat het moreel risico groter is naarmate de drempel voor consumptie van de verzekeringsprestatie lager is.⁶² Mogelijk is de uitkomst van deze onderzoeken ook relevant voor de vraag of het moreel risico groter is bij verzekeringen die medisch niet objectiveerbare aandoeningen dekken dan bij verzekeringen die alleen medisch objectiveerbare aandoeningen dekken.

Interessant is ook onderzoek naar de verzekeringsmarkt voor motorrijtuigen in de Verenigde Staten waaruit bleek dat de invoering van een verzekeringsplicht een zodanig moreel risico meebracht dat het aantal dodelijke ongevallen op statistisch significante

57 Zie over e.e.a. Strange 2005, p. 231 e.v. en Wohl 1983, p. 34 e.v. Vgl. Zelizer 1985/1994, p. 73 e.v.

58 Chiappori 2000*, p. 371.

59 Dionne en St-Michel 1991, p. 236. Vgl. ook de resultaten van Cummins en Tennyson 1996, p. 29 e.v.; Bolduc e.a. 2002, p. 623 e.v.; Butler en Worrall 1991, p. 191 e.v. Vgl. de afwijkende uitkomsten bij Baril en Lanoie 1996.

60 Zie het overzicht bij Fortin en Lanoie 2000, p. 421 e.v. Vgl. Johansson en Palme 2005, p. 1879 e.v.

61 Butler e.a. 1998, p. 671 e.v.

62 Sapelli en Vial 2003, p. 459 e.v. Vgl. ook Vera-Hernández 2003, p. 670 e.v. Overigens geven Dave en Kaestner 2006 aan dat moral hazard in de vorm van meer consumptie van huisartsendiensten voor 65-plussers onder het Amerikaanse Medicaid regime overigens een positief gezondheidseffect heeft.

wijze steeg. Onverzekerde chauffeurs rijden, volgens dit onderzoek, ondanks het insolventieprobleem, veiliger dan verzekerden.⁶³ Er is dus zeker wel bewijs van moreel risico in bepaalde studies.

3.5 Hoe reageren verzekeraars in werkelijkheid?

Een essentiële vraag is uiteraard of verzekeraars in de praktijk de volgens de theorie voorgeschreven remedies⁶⁴ voor anti-selectie en moreel risico daadwerkelijk toepassen en of dat dan ook tot een reductie van deze risico's leidt.⁶⁵ Het klassieke antwoord op moreel risico is bijvoorbeeld dat de verzekeraar de verzekerde deels dient bloot te stellen aan risico (bijvoorbeeld door een eigen risico in te voeren) of de premie en polisvoorwaarden afhankelijk dient te maken van het gedrag van de verzekerde (bijvoorbeeld door een premieverhoging, verlaging van een premiekorting, of dekkingsbeperking/uitsluiting na ongeval). Interessant empirisch onderzoek van reeds meer dan twintig jaar geleden van onder meer Adams en Finsinger wees erop dat een gebrek aan controle van het moreel risico door de verzekeraar tot een stijging van het ongevalrisico zou kunnen leiden.⁶⁶ Dat het voor verzekeraars van belang is om het moreel risico (waar dat bestaat) te controleren is dus wel bekend, maar veel minder is bekend over de effectiviteit van specifieke maatregelen die door een verzekeraar worden genomen.

Risicoreductie door marktwerking

Het maatschappelijke belang moge overigens duidelijk zijn: zeker wanneer het moreel risico de aansprakelijkheidsverzekering betreft, kan een ongecontroleerd moreel risico tot een verhoging van het ongevalrisico en dus tot hogere maatschappelijke onveiligheid aanleiding geven. Shavell wees er reeds op dat bij een ongecontroleerd moreel risico men verzekering beter zou kunnen verbieden omdat een toename van het ongevalrisico het gevolg zou kunnen zijn.⁶⁷ De eerder aangehaalde studies van Adams en Finsinger toonden ook aan dat in Duitsland waar verzekeraars ten gevolge van premiereregulering onvoldoende prikkels hadden om het moreel risico behoorlijk te controleren, het aantal dodelijke verkeersongevallen *ceteris paribus* hoger was dan in het Verenigd Koninkrijk waar ten gevolge van de afwezigheid van dergelijke regulering en sterkere concur-

63 Cohen en Dehejia 2004, p. 357 e.v.

64 Zie voor een samenvatting van deze literatuur Faure en Bergh 1989*, p. 114-122; Faure en Hartlief 1998, p. 697 e.v. Vgl. kort Katzenmeier 2002, p. 1455-1456.

65 Van verzekeraarszijde wordt in elk geval benadrukt dat verzekeraars 'have found ways of dealing with the problem of moral hazards by implementing mechanisms that protect the insurance scheme from undue exploitation and bad risks' (Liedtke 2007, p. 217).

66 Adams 1985, Finsinger 1983 en Finsinger 1988.

67 Shavell 1986, p. 43-58.

rentie op de verzekeringsmarkt verzekeraars betere prikkels hadden om het moreel risico behoorlijk te controleren.

Deze voorbeelden mogen het belang van een behoorlijke controle van het moreel risico voor de maatschappelijke veiligheid dan ook onderstrepen. Vandaar dat het uiteraard van belang is stil te staan bij empirische studies die de effectiviteit van een dergelijke controle hebben onderzocht.

Eigen risico en no-claimkorting

Eigenrisicoregelingen worden ook vaak naar voren geschoven als wondermiddel ter reductie van overconsumptie in de gezondheidszorg. Een empirische studie in Duitsland van Agurzky en coauteurs betreft een hervorming van de ziekteverzekering in Duitsland in januari 2004 waarbij een eigen risico van € 10 bij een doktersbezoek werd ingevoerd voor patiënten die onder het publieke ziekenfondsstelsel vielen. Agurzky en zijn co-auteurs konden geen enkel statistisch significant effect van de invoering van dit eigen risico vaststellen wat betreft de eventuele reductie van het aantal doktersbezoeken.⁶⁸ Hiermee is, zo geven zij tegelijk aan, uiteraard niet bewezen dat een eigen risico per definitie een ineffectief middel is om het moreel risico te controleren. Het ligt, zo stellen de auteurs, eerder aan de structuur van het eigen risico in de Duitse stelselherziening van 2004: patiënten moeten het eigen risico van € 10 klaarblijkelijk alleen betalen bij hun eerste doktersbezoek in één kwartaal. Wanneer het eigen risico zou worden toegepast bij elk doktersbezoek (ongeacht het aantal bezoeken) kan worden verwacht dat een positief effect op het aantal doktersbezoeken zal plaatsvinden.

Van belang bij de bestrijding van moreel risico is dat ook rekening wordt gehouden met de *vormgeving* van de prikkel. Een jaarlijks eigen risico van € 150 is financieel hetzelfde als een no-claimteruggave van € 150 aan het eind van het jaar, maar de verzekeringnemer reageert er mogelijk verschillend op. De wijziging van de Zorgverzekeringswet per 1 januari 2008, waarbij de wetgever is overgestapt van een no-claimteruggave naar een eigenrisicoregeling, is bijvoorbeeld deels ingegeven door de overweging dat de no-claimteruggaveregeling te weinig remmende werking op (onnodige) zorgconsumptie zou hebben.⁶⁹ Bij een teruggave achteraf ziet de verzekerde, zo stelt de regering, pas achteraf het gevolg van zijn gebruik van medische voorzieningen. Ook de positieve prikkel die de no-claimteruggave geeft in plaats van een negatieve prikkel die in het algemeen van een eigen betaling uitgaat, draagt bij tot een geringere remmende werking, aldus de rege-

⁶⁸ Agurzky e.a., s.d., p. 1 e.v.

⁶⁹ CPB Notitie 'De invoering van een no-claimteruggaveregeling in de ZFW' d.d. 31 maart 2004 voorspelde nog (modelmatig) dat besparingen het gevolg zouden zijn van een no-claimteruggave. Maar ex post onderzoek wijst uit dat de no-claimteruggave nauwelijks effecten heeft gehad op de zorgconsumptie (Goudriaan e.a. 2007). Hard bewijs dat dit effect wél bereikt zal worden met een eigen risico-regeling is er overigens niet, er zijn wel modelmatige berekeningen van het CPB die in die richting wijzen (Kamerstukken II 2006/07, 31 094, nr. 6, p. 5).

ring.⁷⁰ Of de invoering van het nu gekozen eigenrisicomodel wél prikkelt, is overigens nog maar de vraag.⁷¹

Een voorbeeld van een studie waarin de afwijkende vormgeving van een eigen risico duidelijk gevolgen had voor consumptie, betrof de zogenoemde Medical Savings Account, waarbij de verzekerde een deel van de betaalde premie op een geblokkeerde rekening terecht zag komen (hij betaalt dus niet alleen risicopremie, maar ook spaarpremie en zodoende deelt hij voelbaar in het risico) en hij bij zorgconsumptie het bedrag dus daadwerkelijk moest uitgeven.⁷² De verzekerde heeft er dan belang bij om het gespaarde geld te behouden, en misschien is hij gemotiveerder om reeds gespaard geld te behouden dan om niet te consumeren teneinde een no-claimkorting te ‘krijgen’. Wellicht is hier sprake van het *endowment effect*.

Onvoldoende differentiatie

Opvallend is dat in zorgverzekeringen in binnen- en buitenland inderdaad druk geëxperimenteerd wordt met verschillende risicobeheersingsinstrumenten, maar dat daarbuiten het gebruik van dergelijke instrumenten nogal varieert. Bij sommige verzekeringen blijkt onthutsend weinig te worden ondernomen. In enkele interessante studies betrekkelijk de verzekering van bestuurdersaansprakelijkheid (zogenoemde Directors’ & Officers’ Liability Insurance) onderzoeken Baker en Griffith in welke mate verzekeraars daadwerkelijk het moreel risico controleren, dat wil zeggen dat premies worden aangepast aan het feitelijke risico. Het antwoord op die vraag verscheen in twee separate studies. In een eerste studie, recent gepubliceerd in *The University of Chicago Law Review*, wordt nagegaan op welke wijze verzekeraars van bestuursaansprakelijkheid aan risicomangement en premiedifferentiatie doen.⁷³ De auteurs stellen vast dat uit hun empirisch onderzoek blijkt dat verzekeraars wel degelijk pogen om *ex ante* bij de premiebepaling rekening te houden met het risico dat wordt gevormd door elke verzekerde bestuurder. In dat verband wordt door de verzekeraar een gedetailleerd onderzoek gedaan naar vooral de praktijken inzake de ‘corporate governance’. Een effectief corporate governance beleid wordt dus beloond met een lagere premie. Echter, even opvallend is een tweede studie van Baker en Griffith, waarin zij onderzoeken in welke mate diezelfde verzekeraars van

70 Kamerstukken II 2006/07, 31 094, nr. 3, p. 1 e.v. (Wijziging van de Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag houdende vervanging van de no-claimteruggave door een verplicht eigen risico; zie de wettekst in Stb. 2007, 490). Overigens is de wetwijziging ook ingegeven door inkomenspolitieke overwegingen, die hier verder niet van belang zijn.

71 Er kan op worden gewezen dat het huisartsenbezoek van het eigenrisicoregime is uitgesloten terwijl verwijzing naar specialistische hulp door de huisarts juist *niet* is uitgesloten. Te verwachten valt juist dat het omgekeerde een beter ‘remgeld’-effect hebben zal. De elastische consumptievraag naar huisartsenconsult lijkt namelijk meer aan moreel risico onderhevig dan de meer inelastische ziekenhuisvraag. Vgl. CPB 2004, p. 7 en Schut 2004, p. 471.

72 Over de Medical Savings Account als middel om moreel risico tegen te gaan bijv. Schreyögg 2004, p. 689 e.v.

73 Baker en Griffith 2007, p. 487-544.

bestuurdersaansprakelijkheid ook *de facto* het moreel risico ten gevolge van de verzekering controleren.⁷⁴ De opvallende conclusie van hun onderzoek is dat verzekeraars van bestuurdersaansprakelijkheid, in strijd met alle theoretische voorspellingen, het moreel risico niet controleren gedurende de loop van het verzekeringscontract. Zij betogen dat dit deels te maken heeft met zogenoemde ‘agency costs’, waaruit volgt dat het voor de verzekeraar relatief teveel zou kosten om aan een gedetailleerde controle van het gedrag van de bestuurder te doen. De conclusie van deze studies is derhalve dat *ex ante* (bij de aanvang van het verzekeringscontract) verzekeraars wel degelijk op basis van objectieve risico-elementen trachten het risico in te schatten en de premie dienovereenkomstig te bepalen, maar dat vervolgens het door de verzekering gecreëerde moreel risico tijdens de duur van het verzekeringscontract niet wordt gecontroleerd. Baker en Griffith stellen dan ook dat de verzekering van de bestuurdersaansprakelijkheid *de facto* een negatief effect heeft op de voorkoming van schade aan de aandeelhouders.

Ook in eerder onderzoek was reeds vastgesteld dat verzekeraars om bepaalde redenen geen adequate controle van het moreel risico uitvoeren. In een studie uit 1987 met betrekking tot medische aansprakelijkheid in enkele landen in West-Europa stelden Faure en Van den Bergh vast dat verzekeraars niet aan premiedifferentiatie doen en dat zelfs na een ongeval geen premieverhogingen plaatsvonden.⁷⁵ De verzekeraars zouden zich niet in staat achten, althans niet bereid zijn, het individueel presteren van beoefenaars van vrije beroepen te controleren. Dergelijke problemen zouden ook vandaag nog steeds bij de verzekering van medische aansprakelijkheid een rol spelen, ten gevolge waarvan in veel West-Europese landen de klassieke verzekeraars zich geheel of gedeeltelijk van deze markt hebben teruggetrokken.⁷⁶ Recent empirisch onderzoek laat ook zien dat een risicodifferentiatie op basis van het aantal ongevallen bij artsen zeer wel mogelijk is. Het in vele rechtstelsels bestaande systeem waarbij alle artsen een *gelijke* premie betalen, leidt echter tot een sterke negatieve herverdeling waarbij goede risico's relatief veel meebetalen aan de slechte risico's. Een vorm van risicodifferentiatie op basis van de ongevalsincidentie kan bijdragen aan reductie van deze negatieve herverdeling tussen goede en slechte risico's en kan de neerwaartse spiraal van anti-selectie stoppen.

Meer concurrentie niet altijd beter

In theoretische literatuur was ook aangegeven dat een goed werkende concurrentie op de verzekeringsmarkt van groot belang is om verzekeraars voldoende prikkels te geven het moreel risico behoorlijk te controleren.⁷⁷ Uit de eerder aangehaalde onderzoeken

74 Baker en Griffith 2007*, p. 1795-1843.

75 Faure en Van den Bergh 1989, p. 308-330.

76 Vgl., met verdere verwijzingen, Van Boom en Pinna 2007, p. 158 e.v.

77 Voor een samenvatting van deze theoretische literatuur zie Faure en Van den Bergh 2000, p. 316-342.

van Adams en Finsinger bleek reeds dat een gebrek aan concurrentie op verzekeringsmarkten (meer bepaald in Duitsland) ook *de facto* tot een verhoging van het ongevalrisico leidde. Toch verdient in dit verband ook melding dat er empirische studies bestaan die aangeven dat concurrentie op verzekeringsmarkten niet in alle omstandigheden betere resultaten oplevert dan een monopolie. Emons betoogde dat onder bepaalde omstandigheden de overheid superieure kennis kan hebben met betrekking tot de controle van het moreel risico, ten gevolge waarvan in sommige landen opstalverzekering door staatsmonopolies wordt aangeboden.⁷⁸ Hij bouwt daarbij voort op enkele interessante studies van Von Ungern-Sternberg, die had aangetoond dat bij opstalverzekering in Zwitserland na afschaffing van een staatsmonopolie en invoering van concurrentie zowel prijzen als ongevallen dramatisch stegen.⁷⁹ Hij toonde aan in een opvallende studie, waarbij het Verenigd Koninkrijk, Spanje, Frankrijk, Zwitserland en Duitsland werden vergeleken, dat competitieve verzekeringsmarkten bij opstalverzekering een beperktere dekking tegen hogere kosten boden. Eenzelfde resultaat volgt ook uit de studie van Emons. Zijn verklaring is dat bij opstalverzekering relatief hoge kosten door verzekeraars betaald zouden worden voor de risicodifferentiatie (naast o.a. reclamekosten!), terwijl een staatsmonopolie risicodifferentiatie tegen lagere kosten kan uitvoeren. Omdat de overheid, volgens Emons en Ungern-Sternberg bijvoorbeeld ook bij rampen, tegen lagere kosten risicodifferentiatie kan uitvoeren, betogen zij dat de overheid zich in een soort natuurlijk monopolie bevindt waardoor bij bepaalde risico's een overheidsmonopolie betere resultaten kan genereren, ook wat betreft reductie van het ongevalrisico, dan een concurrerende verzekeringsmarkt.⁸⁰

4 DE RELEVANTIE VAN DE EMPIRISCHE BEVINDINGEN VOOR PRIVAATRECHT EN -BELEID

Uiteraard rijst na deze presentatie van deze uiteenlopende empirische bevindingen met betrekking tot de gedragsveronderstellingen die aan het verzekeringsrecht en de verzekeringseconomie ten grondslag liggen, de vraag welke de beleidsconclusies zijn die hieraan kunnen worden verbonden. Ook op dit punt is voorzichtigheid natuurlijk geboden; immers, veelal bleek dat het empirisch materiaal vanuit de gedragswetenschappelijke literatuur niet steeds eenduidig in een welbepaalde richting wijst. Het lijkt ons daarom voorbarig om op dit ogenblik reeds harde beleidsmatige conclusies aan dit materiaal te verbinden. Het enige wat zeker wel geconcludeerd kan worden is dat het empirisch materiaal dat wij hebben onderzocht in belangrijke mate klassieke veronderstellingen van de verzekeringseconomie en het verzekeringsrecht nuanceert. Minstens

⁷⁸ Emons 2001, p. 247-269.

⁷⁹ Von Ungern-Sternberg 1996, p. 1111-1121 en Von Ungern-Sternberg 2004.

⁸⁰ Vergelijk Skipper Jr en Klein 2000, p. 482-504.

zou dit dan ook aanleiding moeten zijn om op die terreinen verder (empirisch) onderzoek uit te voeren. In deze paragraaf staan wij stil bij enkele van de themata uit het door ons onderzochte empirisch materiaal. Het zijn die themata die naar onze smaak nader empirisch onderzoek verdienen.

De vraag naar verzekering

De link tussen de vraag naar verzekering en nutsmaximalisatie en het recht is voor de hand liggend. Als de (privaatrechtelijke) wetgever het paradigma van nutsmaximalisatie centraal stelt, dan zal hij vooral werken aan transparante informatieverstrekking aan verzekeringnemers en reductie van transactiekosten (bijvoorbeeld zoekkosten). De consument kiest met volledige informatie altijd wat zijn nut maximaliseert, zo zal het idee dan zijn. En inderdaad valt op dat het overheidsbeleid ten aanzien van de financiële consument sterk gericht is op het verbeteren van zijn informatiepositie.⁸¹ In de nieuwe titel 7.17 BW zal men overigens tevergeefs zoeken naar regulering van de informatieplicht van de verzekeraar. Een eerste aanknopingspunt is wel te vinden in de Wet financieel toezicht, waar artikel 4:20 bepaalt dat de verzekeraar (bij direct writing) de consument informatie moet verschaffen die redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van het verzekeringsproduct.⁸² Wij vermoeden dat deze bepaling lang niet de verstrekende betekenis heeft die deze vanuit gedragswetenschappelijke optiek zou kunnen hebben. Stel bijvoorbeeld dat van reisverzekeringen in ons land vaststaat dat de claims-premiumratio 20% is (dat wil zeggen: van elke geïnde euro wordt slechts 20 eurocent weer uitgekeerd), terwijl bij de meeste consumentenverzekeringen dat percentage boven 50% ligt. Dit is vast niet een gegeven dat onder de algemene informatieplicht van artikel 4:20 Wft valt, maar voor de beoordeling van de noodzaak om een dergelijke verzekering af te sluiten lijkt het wel degelijk van belang. Wij denken dat de informatieverplichting van (schade)verzekeraars hier nog wel enige ontwikkeling zal kunnen doormaken.⁸³ Ook regulering van de wijze waarop verzekeringen worden aangeboden – met name in consumentenmarkten, denk aan het voorbeeld van de ‘add-on’ verzekering – om tegenwicht te bieden aan bepaalde cognitieve biases van verzekeringnemers, is door beleidsmakers in ons land nog nauwelijks ‘ontdekt’. Denkbaar is dat het aanbieden van

81 Daarover, met verdere verwijzingen, bijv. Van Boom e.a. 2007, p. 75 e.v.

82 Daarover bijv. Wansink 2005, p. 117 e.v.; Clausing en Wansink 2007, p. 119 e.v. (nr. 101); Vloemans e.a. 2007, p. 26-29.

83 Het huidige Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft geeft voor schadeverzekeraars momenteel weinig relevante informatieplichten. Weten waar de verzeekerde gehuisvest is, is natuurlijk wel van belang, maar een indicatie van de noodzaak om de verzekering af te sluiten lijkt ons belangrijker. Dat kan ook zonder concreet advies te geven.

'add-on' verzekeringen alleen onder nadere voorwaarden toegestaan wordt. Dit lijkt ons nader onderzoek waard.⁸⁴

Uiteraard bepaalt titel 7.17 BW wel iets over informatie-uitwisseling, maar dan met name over de informatie die de verzekeringnemer bij het sluiten van de overeenkomst moet geven aan de verzekeraar teneinde het risico te kunnen inschatten (zie art. 7:928 BW). Dit instrument is nuttig en nodig om anti-selectie tegen te gaan.⁸⁵ Als wij de studies daarover echter juist interpreteren, dan kan het voor verzekeraars juist ook interessant zijn om schijnbaar irrelevante vragen te stellen die statistisch gezien wél relevant zijn om pro-selectie vast te stellen en die dus op verminderde schadegeïgtheid kunnen duiden. Ongetwijfeld zullen er privacywetten en praktische bezwaren aan in de weg staan, maar voor een cascoverzekeraar zou mogelijkterwijs informatie over het leengedrag van de verzekeringnemer inzichtelijker kunnen zijn voor diens classificatie als voorzichtige rijder of brokkenpiloot.

Belang bij de verzekering

Naast uitwisseling van informatie om redenen van risicodifferentiatie is er de kwestie van nutsmaximalisatie en het afsluiten van een (sommen)verzekering zonder dat er financieel belang is bij het uitblijven van het verzekerde evenement. Als individuen niet alleen hun economische nutsmaximalisatie nastreven bij het afsluiten van verzekeringsovereenkomsten, welke implicaties heeft dit dan voor het belangvereiste in het verzekeringsrecht? Enerzijds zou gezegd kunnen worden dat ook als men geen financieel maar wel een affectief belang bij een persoon of zaak heeft, dit ook tot verzekeraar belang gerekend zou moeten worden als men meent dat het recht een ruime opvatting van nutsmaximalisatie moet toestaan. Anderzijds is wel gesteld dat het verzekeren van een persoon bij wie men geen financieel belang heeft, ongewenst zou zijn omdat het tot negatieve externaliteiten zou leiden.⁸⁶ Dat speelt bij de sommenverzekering die ook persoonsverzekering is, maar kan ook bij andere verzekeringen relevant zijn (denk aan een zonneshijmverzekering die een bedrag ter compensatie van gederfde vakantievreugde uitkeert).

84 Zoals dat op indrukwekkende wijze is gedaan door de Engelse Office of Fair Trading ten aanzien van de zgn. Payment Protection Insurance (een verzekering die consumenten aangeboden wordt bij het aangaan van bijv. een geldlening en creditcardovereenkomst en die beschermen zou tegen betalingsonmacht, maar in werkelijkheid nogal wat polisuitsluitingen en -beperkingen kent en die in werkelijkheid een lage claims/premiumratio kent). Zie Office of Fair Trading 2006 en de marktstudies van o.a. London Economics die het OFT daarop heeft aanbesteed.

85 De verzekeraar moet op grond van art. 7:929 BW direct iets doen met informatie die hem tijdens de looptijd van het contract bekend wordt en die de verzekeringnemer ten onrechte niet bij het aangaan van de overeenkomst heeft medegedeeld.

86 Rea Jr. 1993, p. 147.

Moreel risico

Wat betreft het moreel risico is zonneklaar dat het verzekeringsrecht en de polispraktijk instrumenten aan verzekeraars geven om tegenwicht te bieden aan moreel risico.⁸⁷ Recent nog liet de Hoge Raad zich uit over een situatie van moreel risico, en stond hij toe dat de verzekeraar uitkering weigerde nu een beroep op het recht op uitkering in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht. Het betrof een aansprakelijkheidsverzekering van een gemeente. Deze had huurovereenkomsten opgezegd en op grond van een voorlopige voorziening bij voorraad uitvoerbaar huurders uit hun woningen gehaald en de woningen gesloopt teneinde van een bepaalde overheidssubsidie te kunnen profiteren. Toen vervolgens het kortgedingvonnis vernietigd werd en de gemeente door de huurders uit onrechtmatige daad aansprakelijk werd gesteld (het executeren van een niet definitieve executoriale titel leidt per definitie tot aansprakelijkheid als nadien vernietiging van die titel plaatsvindt), beriep de gemeente zich op de ‘fondsen’ uit haar aansprakelijkheidsverzekering. De verzekeraar weigerde dekking, omdat de gemeente kort gezegd het risico op vernietiging voor lief had genomen in de wetenschap dat de verzekering de gevolgen zou afdekken. Dit is een prototypisch moreel risico-probleem en de Hoge Raad accordeert de analyse van de feitenrechter dat ‘met een aansprakelijkheidsverzekering niet wordt beoogd dekking te bieden tegen het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt als gevolg van een gedraging die het resultaat is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde afweging van belangen’.⁸⁸

Men kan zich overigens de vraag stellen of de Hoge Raad hier werkelijk bedoelt wat er lijkt te staan. Zoals we eerder bespraken stelt nu juist de theorie, in bepaalde gevallen ondersteund door empirisch bewijs, dat het nemen van een verzekering per definitie tot een verstoorde afweging van belangen – in de zin van moreel risico – leidt bij de verzekeringnemer. Maar zo zal de Hoge Raad het niet bedoeld hebben, het ging hier kennelijk om een bewuste daad van afschuiven op de verzekeraar.⁸⁹

De vraag is overigens of ex post sanctionering van moreel risico ook tot sturing van gedrag ex ante leidt. De veronderstelling van wet en polispraktijk is kennelijk dat door het

87 Interessant is dat de recente hervorming van het Duitse verzekeringsrecht het verval van dekking bij grove schuld heeft vervangen voor een *evenredige vermindering van de uitkering* (par. 81 Abs. 2 VVG; ‘Führt der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall grob fahrlässig herbei, ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen.’). Kritiek hierop is eenvoudig te formuleren: het evenredig reduceren lokt conflict uit bij afwikkeling, terwijl het als sanctie op moreel risico minder effectief zal zijn dan volledig verval van de uitkering. Vgl. Looschelders 2008, p. 1.

88 HR 12 januari 2007, NJ 2007, 371 (Gemeente Eindhoven/Allianz Nederland Schadeverzekering). De uitspraak is ruimer dan alleen gevallen van opzet en roekeloosheid die tegenwoordig door art. 7:952 BW gesanctioneerd worden met verlies van dekking.

89 Waarmee toch weinig anders dan een aan opzet grenzende vorm van moreel risico kan worden bedoeld die wellicht beter rechtstreeks onder het bereik van art. 7:952 BW gebracht moet worden.

gedrag van de verzekerde te reguleren – variërend van opzetclausules, garantieclausules, schadebeperkingsplicht, eigenrisicoaftrek en zelfs het indenniteitsbeginsel – moreel risico wordt ingedamd. Het gaat hier om redelijk passieve instrumenten die betrekkelijk weinig *ex ante* kosten voor verzekeraars (zoals monitoring van gedrag) met zich brengen. De kosten worden met name *ex post*, na het verzekerde voorval gemaakt, namelijk indien de verzekeraar bij de afwikkeling onderzoekt of de verzekerde gedaan of juist nagelaten heeft wat van hem verwacht mocht worden.⁹⁰

Anti-selectie

Wat betreft anti-selectie nog dit. In de Nederlandse verzekeringsmarkt – voor zover niet gereguleerd, zoals bij de zorgverzekering het geval is – wordt anti-selectie tegengegaan, zo is althans de veronderstelling, door de markt zelf. Gedacht kan worden aan acceptatiebeleid, premie- en risicodifferentiatie, polisuitsluitingen. Te veel risicodifferentiatie kan verzekering onbereikbaar maken voor degenen die haar het hardste nodig hebben. Het laten voortbestaan van een zekere mate van anti-selectie kan dan een bewuste keuze van de industrie zijn om bepaalde verzekeringen tot op zekere hoogte bereikbaar te houden voor bevolkingsgroepen die wél risico's lopen maar niet in staat zijn om de bijbehorende premie op te brengen (kruissubsidiëring).⁹¹ In dergelijke situaties is er in feite sprake van zogenoemde 'regulatory adverse selection' omdat het in feite de regelgever is – onverschillig of dat nu de formele wetgever is of de verzekeraars zélf door middel van zelfregulering – die de anti-selectie in het leven roept door een te ver doorgedreven risicodifferentiatie te verbieden.⁹² Die strategie is in een redelijk functionerende markt van vrijwillige verzekeringen natuurlijk niet zonder begrenzing. Niettemin is soms zonneklaar dat verzekeraars bewust een blinddoek op houden en anti-selectie toestaan vanwege de sociale functie van de betreffende verzekeringsvorm (bijv. levensverzekering voor personen besmet met het hiv-virus)⁹³ of vanwege een wettelijke acceptatieplicht (antidiscriminatieregelgeving; zorgverzekering). Soms ook is de betreffende markt zo statisch dat overgaan tot premiedifferentiatie niet nodig lijkt om de simpele reden dat

90 Overigens kan verwacht worden dat verzekeraars die de kosten van dergelijk onderzoek afzetten tegen de te verwachten opbrengsten (i.e., directe besparing door minder uitkering te doen, indirecte opbrengst van voorzichtiger gedrag) ertoe zullen overgaan om alleen bij substantiële schadebedragen dergelijk onderzoek te doen en bij kleinere bedragen zonder nader onderzoek tot uitkering over te gaan. Interessant zou zijn te onderzoeken of dit een juiste presumptie is en zo ja, welk gevolg dit dan heeft – gesteld dat het bekend is bij verzekeringnemers – op hun mate van voorzichtigheid ten aanzien van kleine schades c.q. polissen met kleine financiële belangen.

91 Thomas 2007, p. 108.

92 Faure 2007*, p. 81 e.v. De wetgever heeft ook in titel 7.17 BW dergelijke differentiatieverboden opgenomen; zie bijv. art. 940 lid 5 BW (verzwaring van gezondheidsrisico kan bij persoonsverzekering niet tot beëindiging of wijziging leiden).

93 Zie bijv. 'Verzekerbaarheid hiv dichterbij' (rapportage Verbond van Verzekeraars 2005). Vgl. ook Von Ungern-Sternberg 2004, p. 32-33, die er op wijst dat het wijzigen van premies als gevolg van verandering van risico-inschatting door verzekeraars soms sociaal onwenselijk kan zijn.

de klant nu eenmaal niet mobiel is en premieverhoging ook voor de slechte risico's blijft betalen.⁹⁴

Invoeren van verplichte verzekeringen met minimale dekkingsomvang, zoals naar aanleiding van de rampen in Enschede en Volendam overwogen werd ten aanzien van de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering, kan dus wel een remedie zijn tegen anti-selectie, maar het heeft mogelijk andere neveneffecten op het gedrag van verzekerden en verzekeraars.⁹⁵ Een dergelijke verplichting kan namelijk een verminderde prikkel voor verzekeraars opleveren om echt werk te maken van premie- en risicodifferentiatie.⁹⁶ Er is wel enig empirisch bewijs voor de stelling dat verzekeraars die opereren in een niet optimaal concurrerende markt en die zich verzekerd weten van klandizie door een wettelijke verplichting voor burgers om verzekeringen af te sluiten, verminderde inspanningen verrichten om risicodifferentiatie toe te passen.⁹⁷

5 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

Uitgangspunt van onze bijdrage was dat verzekering één van de terreinen is waarop rechtseconomische onderzoekers tot nu toe steeds vasthouden aan de neoklassieke veronderstellingen met betrekking tot het gedrag van mensen: een verzekeringsdekking zou alleen worden genomen wanneer dit *ex ante* het verwachte nut zou maximaliseren, bij anti-selectie zouden alleen slechte risico's nog een vraag naar verzekering hebben en verzekering zou altijd tot het welbekende spook van de anti-selectie leiden waardoor mensen het verzekerde risico zouden verhogen alleen doordat ze verzekerd zijn. In toememende mate wordt echter onder meer onder invloed van gedragswetenschappelijk onderzoek duidelijk dat de geschetste fenomenen niet verlopen zoals de theorie voorspelt. Het voorstaande bood een samenvatting van de inzichten in de literatuur ten aanzien van de vraag in welke mate deze klassieke veronderstellingen van het rechtseconomische gedachtegoed ook empirisch ondersteund kunnen worden.

Het empirisch materiaal dat wij onderzochten levert een tamelijk gedifferentieerd beeld op. Duidelijk is in ieder geval dat het klassieke welvaartseconomische uitgangspunt dat ervan uitgaat dat een individu een verzekering zal nemen wanneer dit zijn verwacht nut in economische termen verhoogt, niet altijd houdbaar is. Soms wordt verzekering afgesloten terwijl dit *ex ante* het verwachte economische nut niet kan verhogen (levens-

94 Von Ungern-Sternberg 2004, p. 81 stelt dat dit in consumentenmarkten eerder lijkt voor te komen dan in professionele markten.

95 Vgl. over verplichte verzekering in dit verband bijv. Faure en Hartlief 2006, p. 223 e.v.

96 Over criteria voor beleidsmakers ten aanzien van het al dan niet invoeren van verplichte verzekering bijv. Faure 2006, p. 149-168.

97 Cohen en Dehejia 2004, p. 357 e.v.

verzekering voor kinderen), terwijl omgekeerd het verwachte nut verhoogd zou kunnen worden door een verzekering (bijvoorbeeld overstromingsverzekering) terwijl er toch van systematische onderverzekering sprake blijkt te zijn. Die bevindingen lijken vooral steun te bieden aan een tegenwoordig meer gehoorde kritiek op de klassieke welvaarts-economische uitgangspunten: mensen zouden nu eenmaal niet alleen een verhoging van hun economisch nut, maar veeleer andere zaken (zoals geluk) nastreven en daarbij ook niet altijd de veronderstelde rationele wegen behandelen.

Wat het fenomeen van de anti-selectie betreft, valt vooral op dat de verschillende studies die wij onderzochten een zeer gedifferentieerd beeld schetsen. Of er anti-selectie is lijkt heel erg van het type verzekering en de betreffende verzekeringsmarkt af te hangen. Er lijkt daarentegen juist meer bewijs te zijn van het tegenovergestelde fenomeen, namelijk de zogenoemde pro-selectie op basis waarvan juist de voorzichtige brave risico-averse burger een vraag naar verzekering heeft. Er is enig empirisch bewijs dat het juist niet de slechte risico's zijn (zoals bij anti-selectie wordt verondersteld) maar veeleer de goede die een vraag naar verzekering hebben. Deze vaststelling heeft uiteraard als belangrijke consequentie dat beleidsmakers en verzekeraars zich wellicht in het verleden te veel zorgen hebben gemaakt om het bestrijden van anti-selectie. In markten waar van anti-selectie geen sprake is of zelfs van pro-selectie sprake zou zijn, lijkt er weinig aanleiding om veel te investeren in een al te sterke aanpak van het fenomeen van de antiselectie.

Eenzelfde conclusie lijkt het fenomeen van het meer morele risico te treffen. Toch moet daar gezegd worden dat (hoewel het empirisch onderzoek helaas beperkt is) de meerderheid van de onderzoeken toch steun lijken te bieden voor de hypothese dat het moreel risico bestaat, ook al geldt daar weer de nuance dat zulks afhankelijk is van het betreffende verzekeringsproduct en de verzekeringsmarkt. Wanneer de elasticiteit van de vraag sterker is (zoals bij huisartsbezoeken) zal moreel risico allicht een grotere rol spelen dan bij een inelastische vraag (zoals bij ziekenhuisbezoek). Gerelateerd is uiteraard de vraag wat de verzekeraar nu *de facto* onderneemt om het moreel risico te bestrijden en hoe effectief de aangewende middelen zijn. Op dat vlak zijn de resultaten toch vrij onthutsend. Verzekeraars lijken de les van de welvaartseconomische voorspellingen niet serieus te nemen en differentiëren in verzekering veel minder dan op basis van de theorie aangewezen zou zijn om moreel risico en anti-selectie te bestrijden. Nu zou men allicht kunnen denken dat dit wellicht niet zo'n probleem is als er (afhankelijk van het verzekeringsproduct en de markt) ook relatief weinig empirisch bewijs voor anti-selectie en het moreel risico is. Echter, juist op dat vlak is er wel weer sterk empirisch bewijs waaruit blijkt dat op markten waar verzekeraars te geringe inspanningen doen om via risicodifferentiatie verzekerden te prikkelen, het verzekerde risico daadwerkelijk stijgt.

Zowel ten aanzien van het verkeersrisico als met betrekking tot medische aansprakelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid bleek dat een te passieve houding van verzekeraars het ongevalsrisico niet alleen kan, maar ook effectief doet toenemen. Het moge duidelijk zijn dat die laatste onderzoeken tegelijk ook een empirische ondersteuning vormen voor het bestaan van een moreel risico. Tegelijk onderstrepen die onderzoeken ook weer eens het (wellicht vaak onderschatte) maatschappelijk belang van verzekering en van de rol van verzekeraars: doordat bij aansprakelijkheidsverzekering de controle van de maatschappelijke veiligheid in feite van het aansprakelijkheidsrecht naar de verzekeraar is verschoven, wordt de maatschappelijke veiligheid (uiteeraard slechts ten dele, er is ook nog veiligheidsregulering) naar de verzekeraar verschoven. Wanneer die vervolgens (bijvoorbeeld door informatiegebreken of te sterke marktmacht) niet in staat zou zijn of zou weigeren de verzekerde risico's behoorlijk te controleren, leidt het fenomeen van verzekering - zoveel wordt wel duidelijk uit dat empirisch onderzoek - tot een verhoging van het maatschappelijke risico. De bestudeerde studies bieden dus minstens steun voor de stelling dat verzekeraars hun taak bij de controle van verzekerde risico's op het terrein van aansprakelijkheidsverzekering serieus dienen te nemen gelet op de taak die hen (vooral onder verplichte verzekering) wat betreft de maatschappelijke veiligheid is toegewezen.

Duidelijk moge ook zijn dat, zo onderstreepten wij in de vierde paragraaf van deze bijdrage, verzekeraars ook lessen kunnen trekken uit het beschikbare empirisch onderzoek op beleidsmatig vlak en meer bepaald wat betreft de invulling van het verzekeringsrecht. Bijvoorbeeld het succes van de zogenoemde 'add-on' verzekeringen is grotendeels te wijten aan het feit dat verzekeraars handig gebruik/misbruik kunnen maken van bepaalde cognitieve biases en zou vanuit dat perspectief wel eens aan kritisch onderzoek vanuit beleidsmatig perspectief mogen worden onderworpen. Ook de inzichten over de relatie tussen anti-selectie en pro-selectie zouden wellicht door verzekeraars kunnen worden gebruikt om na te gaan voor welke verzekeringsproducten en op welke verzekeringsmarkten specifieke reacties (bijvoorbeeld al dan niet verder doorgedreven risicodifferentiatie) aangewezen zou zijn. Duidelijk moge zijn dat uit het hiervoor beschreven onderzoek naar voren komt dat juist op markten waar veeleer van pro-selectie dan van anti-selectie sprake zou zijn, minder argumenten voor een ver doorgedreven risicodifferentiatie bestaan. Dit biedt tegelijk ook steun aan hen die vanwege uiteenlopende redenen (strijdigheid met gelijkheidsbeginselen, negatieve herverdeling enz.) toch al bezwaren hebben tegen een te ver doorgedreven risicodifferentiatie in verzekeringen, die de beschikbaarheid van verzekering voor bepaalde groepen problematisch zou kunnen maken.

Het voorgaande is niet uitputtend en het is evenmin overtuigend bewijs voor of tegen de theoretische presumpties in verzekeringsrecht en -economie. Maar wel is duidelijk dat de totstandkoming van de vraag naar verzekeringen (bij consumenten) niet altijd aan de theorie van nutsmaximalisatie gehoorzaamt, dat de presumptie van anti-selectie niet altijd empirisch houdbaar is, en dat moreel risico niet altijd maar onder bepaalde voorwaarden wel degelijk kan optreden. Dat zijn belangrijke nuanceringen op theoretische presumpties. Verdere toetsing in concrete casus is naar onze mening in het belang van zowel beleidsmakers als van de verzekeringsindustrie.

LITERATUUR

Office of Fair Trading (OFT) 1997

Office of Fair Trading (OFT), *Consumer Detriment under Conditions of Imperfect Information (Prepared for the Office of Fair Trading by London Economics)*, Office of Fair Trading (OFT) 1997.

Adams 1985

M. Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, Heidelberg: R. v. Decker's Verlag 1985.

Adler & Posner 2007

M.D. Adler & E.A. Posner, *Happiness Research and Cost-Benefit Analysis*, University of Chicago Olin Law and Economics Program, Research paper, 2007, 1-30.

Agurzky, Bauer & Schaffner

B. Agurzky, Th. Bauer & S. Schaffner, 'Co-Payments in the German Health System – Do They Work?' *RWI: Discussion Papers*, s.d., s.l., p. no. 43.

Andersson & Lundborg 2007

H. Andersson & P. Lundborg, 'Perception of own death risk', *Journal of Risk and Uncertainty* 2007, p. 67-84.

Arrow 1965

K. Arrow, *Aspects of the Theory of Risk-Bearing*, Helsinki: Yrjö Jahnssonin Säätiö, 1965.

Baker 1996

T. Baker, 'On the Genealogy of Moral Hazard', *Texas Law Rev.* 1996, p. 237-292.

*Baker & Griffith 2007**

T. Baker & S.J. Griffith, 'The Missing Monitor in Corporate Governance: The Directors' & Officers' Liability Insurer', *Georgetown Law Journal* 2007, p. 1795-1843.

Baker & Griffith 2007

T. Baker & S.J. Griffith, 'Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market', *University of Chicago Law Review* 2007, p. 487-544.

Baril & Lanoie 1996

G. Baril & P. Lanoie, *Claims Reporting and Risk Bearing Moral Hazard in Workers' Compensation: The Canadian Context*, CIRANO Working Papers from CIRANO, 1996,

Bolduc, Fortin, Labrecque & Lanoie 2002

D. Bolduc, B. Fortin, F. Labrecque & P. Lanoie, 'Workers' Compensation, Moral Hazard and the Composition of Workplace Injuries', *The Journal of Human Resources* 2002, p. 623-652.

Van Doorn, Pape, Sujecki en Tuil 2007

W.H. van Boom, C.J.M. van Doorn, S.B. Pape, B. Sujecki & M.L. Tuil, 'Informatie en financiële dienstverlening aan consumenten', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2007, p. 75-82.

Van Boom & Pinna 2007

W.H. van Boom & A. Pinna, 'Shifts from Liability to Solidarity: The Example of Compensation of Birth Defects', in: W.H. van Boom & M.G. Faure (ed.), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Wenen: Springer 2007, p. 143-180.

Browne & Hoyt 2000

M.J. Browne & R.E. Hoyt, 'The Demand for Flood Insurance: Empirical Evidence', *Journal of Risk and Uncertainty* 2000 p. 291-306.

Browne, Pryor & Puelz 2004

M.J. Browne, E.S. Pryor & B. Puelz, 'The Effect of Bad-Faith Laws on First-Party Insurance Claims Decisions', *Journal of Legal Studies* 2004, p. 355-390.

Butler, Delworth Gardner & Gardner 1998

R.J. Butler, B. Delworth Gardner & H.H. Gardner, 'More than cost shifting: moral hazard lowers productivity', *The Journal of Risk and Insurance* 1998, p. 671-688.

Butler & Worrall 1991

R.J. Butler & J.D. Worrall, 'Claims Reporting and Risk Bearing Moral Hazard in Workers' Compensation', *The Journal of Risk and Insurance* 1991, p. 191-204.

Cardon & Hendel 2001

J.H. Cardon & I. Hendel, 'Asymmetric Information in Health Insurance: Evidence from the National Medical Expenditure Survey', *The RAND Journal of Economics* 2001, p. 408-427.

Cawley & Philipson 1999

J. Cawley & T. Philipson, 'An Empirical Examination of Information Barriers to Trade in Insurance', *The American Economic Review* 1999, p. 827-846.

*Chiappori 2000**

P.-A. Chiappori, 'Econometric Models of Insurance under Asymmetric Information', in: G. Dionne (ed.), *Handbook of Insurance*, Boston: Kluwer Academic Publishers 2000, p. 365-393.

Chiappori & Salanie 2000

P.-A. Chiappori & B. Salanie, 'Testing for Asymmetric Information in Insurance Markets', *The Journal of Political Economy* 2000, p. 56-78.

Clausing & Wansink 2007

P. Clausing & J.H. Wansink, *Asser Bijzondere overeenkomsten, Deel VI - De verzekeringsovereenkomst* Deventer: Kluwer 2007.

Clyde, Hemenway & Nagurney 1996

A.T. Clyde, D. Hemenway & J. Nagurney, 'Seat Belt Use, Insurance Status, and Hospital Bad Debt', *Journal of Trauma-Injury Infection & Critical Care* 1996, p. 100-104.

Cohen & Dehejia 2004

A. Cohen & R. Dehejia, 'The Effect of Automobile Insurance and Accident Liability Laws on Traffic Fatalities', *J. of L. & Ecs.* 2004, p. 357-393.

Cohen & Einav 2007

A. Cohen & L. Einav, 'Estimating Risk Preferences from Deductible Choice', *American Economic Review* 2007, p. 745-788.

CPB 2004

CPB, *Het effect van de invoering van eigen betalingen in de ZFW (Notitie aan Ministerie VWS)*, Den Haag: CPB 2004.

Cummins & Tennyson 1996

J.D. Cummins & S. Tennyson, 'Moral hazard in insurance claiming: Evidence from automobile insurance', *Journal of Risk and Uncertainty* 1996, p. 29-50.

Cutler & Zeckhauser 1997

D.M. Cutler & R.J. Zeckhauser, *Adverse Selection in Health Insurance*, National Bureau of Economic Research Working Paper, 1997.

Dave & Kaestner 2006

D. Dave & R. Kaestner, 'Health Insurance and ex ante moral hazard: evidence from medicare', *NBER working paper series (Working Paper 12764)* 2006.

Deweese, Duff & Trebilcock 1996

D. Deweese, D. Duff & M. Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law - Taking the facts seriously*, New York: Oxford University Press 1996.

Dionne 1981

G. Dionne, 'Moral Hazard and Search Activity', *The Journal of Risk and Insurance* 1981, p. 422-434.

Dionne 2000

G. Dionne, *Handbook of Insurance*, Boston: Kluwer Academic Publishers 2000.

Dionne & St-Michel 1991

G. Dionne & P. St-Michel, 'Workers' Compensation And Moral Hazard', *The Review of Economics and Statistics* 1991, p. 236-244.

De Donder & Hindriks 2006

Ph. de Donder & J. Hindriks, *Does Propitious Selection Explain Why Riskier People Buy Less Insurance?*, UCL 2006, 17.

Eisenhauer 2004

J.G. Eisenhauer, 'Risk Aversion and the Willingness to Pay for Insurance: A Cautionary Discussion of Adverse Selection', *Risk Management & Insurance Review* 2004, p. 165-175.

Emons 2001

W. Emons, 'Imperfect Tests and Natural Insurance Monopolies', *The Journal of Industrial Economics* 2001, p. 241-269.

Endres, Ohl & Rundshagen 2003

A. Endres, C. Ohl & B. Rundshagen, 'Land Unter! Ein Institutionenökonomischer Zwischenruf', *List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik* 2003, p. 284-294.

Epstein 1996

R. Epstein, 'Catastrophic Responses to Catastrophic Risks', *Journal of Risk and Uncertainty* 1996, p. 287-308.

Faure 2006

M. Faure, 'Economic Criteria for Compulsory Insurance', *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice* 2006, p. 149-168.

Faure 2007

M. G. Faure, 'Financial Compensation for Victims of Catastrophes: A Law and Economics Perspective', *Law & Policy* 2007, p. 339-367.

*Faure 2007**

M.G. Faure, 'Is Risk Differentiation on European Insurance Markets in Danger?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2007, p. 81-100.

Faure & Van den Bergh 1989

M. Faure & R. Van den Bergh, 'Compulsory Insurance for Professional Liability', *Geneva Papers on Risk and Insurance* 1989, p. 308-330.

*Faure & Van den Bergh 1989**

M. Faure & R. van den Bergh, *Objectieve Aansprakelijkheid, Verplichte Verzekering en Veiligheidsregulering*, Antwerpen: Maklu 1989.

Faure & Van den Bergh 2000

M. Faure & R. Van den Bergh, 'Aansprakelijkheidsverzekering, concurrentie en ongevalpreventie', in: T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 316-342.

Faure & Hartlief 1998

M. Faure & T. Hartlief, 'Remedies for Expanding Liability', *Oxford J. Legal Stud.* 1998, p. 681-706.

Faure & Hartlief 2006

M. Faure & T. Hartlief, 'Verplichte verzekering', in: N. Tiggele-Van der Velde, J.G.C. Kamphuisen & B.K.M. Lauwerier (red.), *De Wansink Bundel – Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 223-245.

*Faure & Hartlief 2006**

M. Faure & T. Hartlief, *Financiële voorzieningen na rampen in het buitenland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

*Faure & Hartlief 2006***

M. Faure & T. Hartlief, *Financial Compensation for Victims of Catastrophes. A Comparative Legal Approach*, Wenen: Springer 2006.

Finkelstein & Poterba 2004

A. Finkelstein & J. Poterba, 'Adverse Selection in Insurance Markets: Policyholder Evidence from the U.K. Annuity Market', *Journal of Political Economy* 2004, p. 183-208.

Finkelstein & Poterba 2006

A. Finkelstein & J. Poterba, *Testing for Adverse Selection with 'Unused Observables'*, Working Paper 2006.

Finsinger 1983

J. Finsinger, *Versicherungsmärkte*, Frankfurt 1983.

Finsinger 1988

J. Finsinger, *Verbraucherschutz auf Versicherungsmärkten. Wettbewerbsbeschränkungen, Staatliche Eingriffe und ihre Folgen*, München: V. Florentz 1988.

Fortin & Lanoie 2000

B. Fortin & P. Lanoie, 'Incentive Effects of Workers' Compensation: A Survey', in: G. Dionne (ed.), *Handbook of Insurance*, Boston: Kluwer Academic Publishers 2000, p. 421-458.

Frey & Stutzer 2005

B.S. Frey & A.W. Stutzer, 'Happiness Research: State and Prospects', *Review of Social Economy* 2005, p. 207-228.

Frey & Stutzer 2002

B.S. Frey & A.W. Stutzer, *Happiness & Economics: How the Economy and Institutions Affect Human Well-Being*, Princeton: Princeton University Press 2002.

Goudriaan, Lalloesingh & Vemer 2007

R. Goudriaan, R.R.R. Lalloesingh & P. Vemer, *Eindevaluatie van de no-claimteruggaveregeling*, Den Haag: Aarts De Jong Wilms Goudriaan Public Economics bv (APE) 2007.

Harrington 2000

S.E. Harrington, 'Rethinking Disaster Policy', *Regulation – The Cato Review of Business and Government* 2000, p. 40-46.

Hemenway 1990

David Hemenway, 'Propitious Selection', *The Quarterly Journal of Economics*, 1990, p. 1063-1069.

Hsee & Kunreuther 2000

C.K. Hsee & H.C. Kunreuther, 'The Affection Effect in Insurance Decisions', *Journal of Risk and Uncertainty* 2000, p. 141-159.

Huang, Tzeng, Wang & Wang 2006

R.J. Huang, L.Y. Tzeng, J.L. Wang & K.C. Wang, 'Evidence for Adverse Selection in the Automobile Insurance Market', *ARIA Meeting Working Paper 2006*, p. 1-31.

Jaffee & Russell 2002

D.M. Jaffee & T. Russell, 'Regulation of Automobile Insurance in California', in: J.D. Cummins (ed.), *Deregulating Property-Liability Insurance*, Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies 2002, p. 195-236.

Johansson & Palme 2005

P. Johansson & M. Palme, 'Moral hazard and sickness insurance', *Journal of Public Economics* 2005, p. 1879-1890.

Johnson, Hershey, Meszaros & Kunreuther 1993

E.J. Johnson, J. Hershey, J. Meszaros & H. Kunreuther, 'Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions', *Journal of Risk and Uncertainty* 1993, p. 35-51.

Katzenmeier 2002

C. Katzenmeier, 'Überlagerungen des Schadensrechts durch das Versicherungsrecht', *Versicherungsrecht* 2002, p. 1449-1456.

Korobkin & Ulen 2000

R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *Cal. L. Rev.* 2000, p. 1051-1144.

Kunreuther 1996

H. Kunreuther, 'Mitigating Disaster Losses through Insurance', *Journal of Risk and Uncertainty* 1996, p. 171-187.

*Kunreuther 2006**

H. Kunreuther, 'Disaster Mitigation and Insurance: Learning from Katrina', *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2006, p. 208-227.

Kunreuther, Doherty & Kleffner 1992

H. Kunreuther, N. Doherty & A. Kleffner, 'Should Society Deal with the Earthquake Problem?' *Regulation* 1992, p. 60-68.

Kunreuther, Ginsberg, Miller, Sagi, Slovic, Borkan & Ikatz 1978

H. Kunreuther, R. Ginsberg, L. Miller, P. Sagi, P. Slovic, B. Borkan & N. IKatz, *Disaster Insurance Protection: Public Policy Lessons*, New York: John Wiley and Sons Inc 1978.

Kunreuther 2006

H.C. Kunreuther, 'Has the Time Come for Comprehensive Natural Disaster Insurance?' in: R.J. Daniels, D.F. Kettl & H.C. Kunreuther (ed.), *On Risk and Disaster: Lessons from Hurricane Katrina*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2006, p. 175-202.

Kunreuther & Pauly 2004

H. Kunreuther & M. Pauly, 'Neglecting Disaster: Why Don't People Insure Against Large Losses?' *Journal of Risk and Uncertainty* 2004, p. 5-21.

Li, Liu & Yeh 2007

C.-S. Li, C.-C. Liu & J.-H. Yeh, 'The Incentive Effects of Increasing Per-Claim Deductible Contracts in Automobile Insurance', *Journal of Risk & Insurance* 2007, p. 441-459.

Liedtke 2007

P.M. Liedtke, 'What's Insurance to a Modern Economy?' *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice* 2007, p. 211-221.

Looschelders 2008

D. Looschelders, 'Schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls nach der VVG-Reform', *Versicherungsrecht* 2008, p. 1-7.

Mahdavi s.d.

G. Mahdavi, *Advantageous Selection versus Adverse Selection in Life Insurance Market*, s.d., s.l.

Makki & Somwaru 2001

S.S. Makki & A. Somwaru, 'Evidence of Adverse Selection in Crop Insurance Markets', *The Journal of Risk and Insurance* 2001, p. 685-708.

McClelland, Schulze & Coursey 1993

G.H. McClelland, W.D. Schulze & D.L. Coursey, 'Insurance for low-probability hazards: A bimodal response to unlikely events', *Journal of Risk and Uncertainty* 1993, p. 95-116.

OFT 2006

OFT, *Payment Protection Insurance - report on the market study and proposed decision to make a market investigation reference*, Office of Fair Trading 2006.

Parsons 2003

C. Parsons, 'Moral Hazard in Liability Insurance', *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 2003, p. 448-471.

Pauly 1968

M. Pauly, 'The Economics of Moral Hazard: Comment', *American Economic Review* 1968, p. 531-537.

Pratt 1964

J. Pratt, 'Risk Aversion in the Small and in the Large', *Econometrica* 1964, p. 122-136.

Priest 1987

G.L. Priest, 'The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law', *Yale L.J.* 1987, p. 521-590.

Rea Jr. 1993

S.A. Rea Jr., 'The Economics of Insurance Law', *Int. Rev. of Law & Ecs.* 1993, p. 145-162.

Rejda 2003

G.E. Rejda, *Principles of Risk Management and Insurance*, Boston: Addison Wesley 2003.

Richardson 2006

G. Richardson, 'A comment concerning deposit insurance and moral hazard', *NBER working paper series (Working Paper 12719)* 2006

Rothschild & Stiglitz 1976

M. Rothschild & J. Stiglitz, 'Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information', *The Quarterly Journal of Economics* 1976, p. 629-649.

Sapelli & Vial 2003

C. Sapelli & B. Vial, 'Self-selection and moral hazard in Chilean health insurance', *Journal of Health Economics* 2003, p. 459-476.

Schoemaker & Kunreuther 1979

P. J.H. Schoemaker & H.C. Kunreuther, 'An Experimental Study of Insurance Decisions', *The Journal of Risk and Insurance* 1979, p. 603-618.

Schreyögg 2004

J. Schreyögg, 'Demographic Development and Moral Hazard: Health Insurance with Medical Savings Accounts', *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 2004, p. 689-704.

Graf von der Schulenburg 2005

J.-M. Graf von der Schulenburg, *Versicherungsökonomik*, Karlsruhe: VVW 2005.

Schut 2004

F.T. Schut, 'Bezuinigingen en hervormingen in de zorg', *Economisch Statistische Berichten* 2004, p. 471.

Schwartz & Wilde 1979

A. Schwartz & L.L. Wilde, 'Intervening in markets on the basis of imperfect information: A legal and economic analysis', *U. Pa. L. Rev.* 1979, p. 633-682.

Shavell 1986

S. Shavell, 'The Judgment Proof Problem', *International Review of Law and Economics* 1986, p. 45-58.

Shavell 2005

S. Shavell, 'Minimum Asset Requirements and Compulsory Liability Insurance As Solutions to the Judgment-Proof Problem', *Rand Journal of Economics* 2005, p. 63-77.

Siegelman 2004

P. Siegelman, 'Adverse selection in insurance markets: an exaggerated threat', *Yale Law Journal* 2004, p. 1223-1281.

Skipper Jr & Klein 2000

H.D. Skipper Jr & R.W. Klein, 'Insurance Regulation in the Public Interest: The Path Towards Solvent, Competitive Markets', *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice* 2000, p. 482-504.

Slovic 2000

P. Slovic, *The Perception of Risk*, Londen: Earthscan 2000.

Smit & Mokveld 2006

M. Smit & P. Mokveld, *Verzekerdemobiliteit en keuzegedrag (mei 2006)*, s.l.: Vektis 2006.

Strange 2005

J.-M. Strange, *Death, Grief and Poverty in Britain, 1870-1914*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

Thomas 2007

R.G. Thomas, 'Some Novel Perspectives on Risk Classification', *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice* 2007, p. 105-132.

Vera-Hernández 2003

M. Vera-Hernández, 'Structural estimation of a principal-agent model: moral hazard in medical insurance', *RAND Journal of Economics* 2003, p. 670-693.

Visscher 2006

L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', *Ars Aequi* 2006, p. 485-492.

Vloemans, Rinkes, Hendrikse & Tiggele-Van der Velde 2007

N. Vloemans, J.G.J. Rinkes, M.L. Hendrikse & N. Tiggele-Van der Velde, *Verzekering en consument (Preadviezen Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2005)*, Amstelveen: DeLex 2007.

Von Ungern-Sternberg 1996

T. Von Ungern-Sternberg, 'The Limits of Competition: Housing Insurance in Switzerland', *European Economic Review* 1996, p. 1111-1121.

Von Ungern-Sternberg 2004

T. Von Ungern-Sternberg, *Efficient Monopolies - The Limits of Competition in the European Property Insurance Market*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Wansink 2005

J.H. Wansink, 'Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening', *AV&S* 2005, p. 117-131.

Wohl 1983

A.S. Wohl, *Endangered Lives - Public Health in Victorian Britain*, London: Methuen 1983.

Zeckhauser 1996

R. Zeckhauser, 'The Economics of Catastrophes', *Journal of Risk and Uncertainty* 1996, p. 113-140.

Zeiler & Plott 2005

K. Zeiler & C.R. Plott, 'The Willingness to Pay-Willingness to Accept Gap, the "Endowment Effect", Subject Misconceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuations', *American Economic Review* 2005, p. 530 e.v.

Zelizer 1981

V.A. Zelizer, 'The Price and Value of Children: The Case of Children's Insurance', *American Journal of Sociology* 1981, p. 1036-1056.

Zelizer 1985/1994

V.A. Zelizer, *Pricing the Priceless Child - The Changing Social Value of Children*, Princeton: Princeton University Press 1985/1994.

HOOFDSTUK 14

FAULT EN NO-FAULT

Een theoretisch en empirisch onderzoek naar de gedragseffecten van fault en no-fault bij verkeersongevallen

*M. van Dam*¹

SAMENVATTING

In deze bijdrage wordt onderzocht of fault en no-fault van invloed kunnen zijn op het gedrag van verkeersdeelnemers. In de theorie wordt verondersteld dat, uitgaande van een preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, een overgang naar een vergoedingsstelsel zonder aansprakelijkheid niet alleen zal leiden tot meer verkeersongevallen en verkeersslachtoffers maar ook tot minder zorgvuldig verkeersgedrag. Het empirisch onderzoek naar deze gedragspresumptie geeft geen eenduidige uitkomsten en lijkt de theoretische gemaakte veronderstellingen niet te kunnen bevestigen. Op basis van de gedragseffecten kan geen directe keuze tussen fault of no-fault worden gemaakt. Dit is ook de conclusie bij de toetsing aan de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid, die nog wordt bemoeilijkt door een lappendeken van aansprakelijkheids- en vergoedingsregels. De reden hiervoor is dat de gedragseffecten bij fault en no-fault in belangrijke mate worden beïnvloed door de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden. Daarnaast zijn aanvullende maatregelen zoals veiligheidsregulering nodig om de gedragseffecten bij de ongevalbetrokkenen te waarborgen.

1 INLEIDING

Fault is een vergoedingssysteem waarbinnen de schade van het verkeersslachtoffer na gebleken aansprakelijkheid van de veroorzaker door zijn aansprakelijkheidsverzekeraar wordt uitgekeerd. Bij *no-fault* wordt de schade van het verkeersslachtoffer door de verze-

¹ Martien van Dam is werkzaam als senior interim professional (legal) bij Yacht, Utrecht.

keraar van de veroorzaker vergoed, ongeacht of er aansprakelijkheid is aan de zijde van de veroorzaker.

Met name in Noord-Amerika zijn sedert de jaren zeventig van de vorige eeuw ten aanzien van de vergoeding van verkeersschade, naast *fault* ('*tort*'), verschillende andere systemen ingevoerd. Globaal kunnen daarbij drie varianten worden onderscheiden, namelijk een systeem met een *no-fault* vergoeding tot een bepaalde drempel ('*threshold*') en daarboven *fault*, een ('*add on*') systeem, waarbinnen een combinatie van *fault* en een *no-fault*-vergoeding ('*Personal Injury Protection*', PIP) van toepassing is en een systeem waarbij aan de autobestuurder de keuze wordt gelaten tussen *no-fault* en *fault*.²

In de rechtseconomische literatuur is aandacht besteed aan de preventieve effecten van *fault* en *no-fault*, zowel vanuit de theorie als vanuit de empirie. Met betrekking tot de vergoeding van verkeersschade is een (empirisch) literatuuronderzoek verricht naar de effecten van *fault* en *no-fault* op het aantal verkeersongevallen en verkeersslachtoffers. Ook is daarbij onderzocht in hoeverre een systeem met *fault* tot een betere schadevergoeding leidt dan een *no-fault* systeem en welk systeem vanuit het oogpunt van administratieve kosten de voorkeur heeft.³

In deze bijdrage zal de nadruk liggen op de (empirische) gedragseffecten van *fault* en *no-fault* bij verkeersongevallen. In de rechtseconomische literatuur wordt gesteld dat de overgang van een *fault* naar een *no-fault* systeem zal leiden tot minder zorgvuldig gedrag in het verkeer en daarmee tot een stijging van het aantal verkeersongevallen en verkeersslachtoffers.⁴ De uitkomsten van het empirisch onderzoek die deze stelling zouden moeten onderbouwen, zijn vooralsnog tegenstrijdig gebleken.⁵ Uit het verschenen empirisch onderzoek kunnen mogelijk wel bepaalde gedragseffecten worden afgeleid. De centrale vraag daarbij is in hoeverre van *fault* en *no-fault* een preventief gedragseffect uitgaat naar de ongevalbetrokkenen.

In het vervolg van deze bijdrage zullen de gedragseffecten van *fault* en *no-fault* aan de hand van de economische theorie van het ongevallenrecht in een theoretisch kader worden geplaatst (par. 2). Vervolgens zal door middel van een literatuurstudie het beschikbare empirisch onderzoek met betrekking tot deze problematiek worden geanalyseerd (par. 3). Hierna zullen de uitkomsten van de theorie en empirie aan de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid worden getoetst (par. 4). In paragraaf 5 volgen ten slotte enkele afsluitende opmerkingen.

2 Het voert te ver om alle varianten in deze bijdrage aan bod te laten komen. Voor een overzicht wordt verwezen naar Van Dam, 2001, p. 511-516. Zie ook Marco and Salvietti, 2007, p. 32; Kinzler, 2006, p. 5-7; Loughran, 2001, p. 29-33; Rolph, Hammit and Houchens, 1985, p. 672; Carroll and Kakalik, 1993, p. 267.

3 Van Dam 2001.

4 Zie bijvoorbeeld Devlin, 1990, p. 193-205; Landes, 1982, p. 49-62; McEwin, 1989, p. 13-24.

5 Zie Van Dam, 2001, p. 517-531.

2 ECONOMISCHE THEORIE VAN HET ONGEVALLENRECHT

Binnen de economische analyse van het ongevallenrecht worden rechtsregels gezien als instrumenten van gedragsbeïnvloeding. Gesteld wordt dat bijvoorbeeld aansprakelijkheidsregels aan potentiële schadeveroorzakers prikkels kunnen geven tot voorzichtig gedrag. Wanneer iemand ten gevolge van een verkeersongeval schade toebrengt aan een ander en deze schade moet vergoeden, zal hij trachten zijn gedrag te wijzigen, waardoor de kans op een verkeersongeval met schade tot gevolg vermindert of zelfs geheel verdwijnt.⁶ Ook potentiële slachtoffers van een verkeersongeval kunnen het ongevalsrisico beïnvloeden. Zij kunnen worden aangezet tot een gedragswijziging, wanneer zij door eigen schuld een deel van hun eigen schade zelf moeten dragen.⁷

2.1 Aansprakelijkheid

Binnen de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht wordt onderzocht welke aansprakelijkheidsregel aan de bij een verkeersongeval betrokken partijen optimale prikkels geeft om schade te voorkomen. Daarbij wordt globaal gebruikgemaakt van twee aansprakelijkheidsregels, namelijk een regel van risicoaansprakelijkheid met een eigen schuldverweer en een regel van foutaansprakelijkheid. Verder wordt verondersteld dat de ongevalbetrokkenen neutraal staan ten opzichte van het ongevalsrisico.⁸ Vanuit economisch perspectief kan de werking van deze aansprakelijkheidsregels als volgt worden omschreven.

Bij een regel van risicoaansprakelijkheid zal de veroorzaker van een verkeersongeval een optimaal zorgniveau uitoefenen om het risico op aansprakelijkheid voor de schade van het slachtoffer te reduceren. De veroorzaker zal ook een optimaal activiteitsniveau aanwenden, zodat hij de totale kosten in de vorm van de vergoeding van de door het slachtoffer geleden schade kan minimaliseren. De toevoeging van een eigen schuldverweer is nodig om het slachtoffer aan te zetten tot een optimaal zorgniveau, omdat hij anders zijn eigen schade moet dragen. Bij de uitoefening van een optimaal zorgniveau krijgt het slachtoffer zijn schade vergoed zodat hij geen optimaal activiteitsniveau zal uitoefenen. Het slachtoffer houdt immers alleen rekening met de kosten van zorg die in dit geval voor hem gelijk zijn aan de kosten van de uitoefening van de activiteit. Wanneer

6 Faure en Van den Bergh, 1989, p. 30-31.

7 Binnen de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht wordt gesproken van bilaterale ongevallen wanneer zowel dader als slachtoffer invloed kunnen uitoefenen op het ongevalsrisico. Zie Shavell, 1987, p. 11; Van Dam, 2001, p. 173-174 met verwijzingen.

8 Zie voor een economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht onder anderen: Shavell, 1987, p. 5-32; Faure en Van den Bergh, 1989, p. 62-100; Van Velthoven en Van Wijck, 2001, p. 161-204; Holzhauser en Teijl, 1995, p. 119-144; Deben en Vereeck, 2004, p. 52-96; Van Dam, 2001, p. 159-212 met verdere verwijzingen.

de rechter echter in staat is om tegen lage kosten te differentiëren naar zorgniveaus of een strenge zorgvuldigheidsnorm formuleert,⁹ kan het slachtoffer worden gedwongen om zijn activiteit te wijzigen.¹⁰

Bij een regel van foutaansprakelijkheid zal zowel de veroorzaker als het slachtoffer een optimaal zorgniveau uitoefenen. De veroorzaker wil voorkomen dat hij aansprakelijk is en het slachtoffer dat hij zijn eigen schade moet dragen. Omdat de veroorzaker bij de uitoefening van een optimaal zorgniveau weet dat hij niet aansprakelijk zal zijn, heeft hij geen prikkel om een optimaal activiteitsniveau aan te wenden. De veroorzaker zal zijn activiteitsniveau blijven opvoeren zolang het nut daarvan de marginale kosten van zorg overstijgt. Het slachtoffer zal bij deze regel wel een optimaal activiteitsniveau aanwenden om te vermijden dat hij zijn eigen schade moet dragen. Het slachtoffer zal zijn activiteitsniveau verhogen zolang het extra nut daarvan minus de kosten van zorg hoger is dan de stijging van de verwachte ongevalskosten.¹¹

2.2 Aansprakelijkheid en veiligheidsregulering

Het aansprakelijkheidsrecht komt voor wat betreft zijn werking pas in beeld nadat zich een verkeersongeval heeft voorgedaan. Niettemin kan het vooruitzicht om achteraf aansprakelijk te worden gesteld vooraf van invloed zijn op het (schadeveroorzakende) gedrag van de ongevalbetrokkenen. Veiligheidsregulering kan worden toegepast voordat zich een verkeersongeval heeft voorgedaan.¹² Met behulp van regulering, inclusief het vooruitzicht van boetes en straffen, ten aanzien van bijvoorbeeld de maximumsnelheid, de regulering van de autoveiligheid, verkeerslichten en verkeersborden, kan het gedrag van de potentiële ongevalbetrokkenen worden beïnvloed.¹³

Binnen de economische analyse van het ongevallenrecht wordt geconcludeerd dat voor een optimale preventie van verkeersongevallen een gezamenlijke toepassing van aan-

9 Binnen de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht wordt de veronderstelling dat de rechter, dader en slachtoffer volledig zijn geïnformeerd genuanceerd door ervan uit te gaan dat de rechter zich kan vergissen bij de bepaling van de juridische zorgvuldigheidsnorm en/of de daadwerkelijk uitgeoefende zorg van de dader en het slachtoffer. De ongevalbetrokkenen kunnen zich vergissen ten aanzien van de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm en ook de inspanningen (kosten) van de ongevalbetrokkenen bij de uitoefening van zorg zijn niet van een gelijk niveau. Deze informatieproblemen zijn van invloed op de werking van aansprakelijkheidsregels. Zie Shavell, 1987, p. 73-83; Faure en Van den Bergh, 1989, p. 90-96; Van Dam, 2001, p. 194-203 met verdere verwijzingen.

10 Shavell, 1987, p. 12-28; Faure en Van den Bergh, 1989, p. 82-88; Van Dam, 2001, p. 173-193 met verdere verwijzingen.

11 Shavell, 1987, p. 12-13; Faure en Van den Bergh, 1989, p. 82-83 en 88; Van Dam, 2001, p. 178 en 189-191; Posner, 2002, p. 4; VandenBergh, 1998, p. 37-42.

12 Zie voor een uitwerking van de economische criteria voor veiligheidsregulering onder anderen: Shavell, 1984, p. 357-374; Wittman, 1977, p. 193-211; Faure en Van den Bergh, 1989, p. 152-156; Deben en Vereeck, 2004, p. 100-107; Van Dam, 2001, p. 303-313.

13 Shavell, 1987, p. 278-279; Faure en Van den Bergh, 1989, p. 152-153; Van Dam, 2001, p. 303 met verdere verwijzingen.

sprakelijkheid en veiligheidsregulering noodzakelijk is.¹⁴ De directe ongevalbetrokkenen hebben betere informatie over het ongevalsrisico dan de overheid die de veiligheidsregulering uitvaardigt.¹⁵ Veiligheidsregulering kan echter afhankelijk van (de kosten van) handhaving nodig zijn om de informatie van de ongevalbetrokkenen verder te optimaliseren. Daarnaast kan veiligheidsregulering van belang zijn bij de bepaling van de aansprakelijkheid, bijvoorbeeld wanneer de veroorzaker een verkeersovertreding heeft begaan die (mede) tot het ontstaan van het ongeval heeft geleid.¹⁶

Er zijn ook ongevalsrisico's die niet door aansprakelijkheid en veiligheidsregulering kunnen worden beïnvloed. Een verkeersongeval is veelal een gebeurtenis die zich voor een gemiddeld individu vrij zelden voordoet.¹⁷ Dit betekent dat de verkeersdeelnemer gemiddeld genomen de kans op een ongeval laag inschat, waardoor een (te) laag niveau van zorg wordt uitgeoefend. Ook kan er sprake zijn van situaties waarin de verkeersdeelnemer niet geheel bij de les is, last heeft dagdromerijen en bij wie de reflexen niet scherp zijn. Deze gedragingen kunnen in beginsel niet door aansprakelijkheid of veiligheidsregulering worden gecontroleerd. Wanneer zich een ongeval voordoet, leidt deze dagdromerij of onoplettendheid wel tot aansprakelijkheid, zodat daarvan een preventieve werking kan uitgaan. Daarmee kunnen echter onoplettendheid en dagdromerijen niet in alle gevallen worden vermeden.¹⁸

2.3 Aansprakelijkheid en verzekering

Binnen de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht wordt verondersteld dat verkeersdeelnemers neutraal staan ten opzichte van het ongevalsrisico. In werkelijkheid zullen zij zich willen beschermen tegen de gevaren in het verkeer en hebben zij daarmee een veronderstelde afkeer van het ongevalsrisico. Dit betekent dat bij verkeersdeelnemers een vraag naar verzekering bestaat, waarmee zij hun afkeer van het ongevalsrisico kunnen afwentelen en ook hun verwachte nut kunnen verhogen.¹⁹

De beschikbaarheid van een verzekering kan echter leiden tot neveneffecten ten aanzien van het gedrag van de verzekerde. De verzekerde heeft veelal betere informatie over het ongevalsrisico dan de verzekeraar, zodat bij een volledige verzekeringsdekking de verzekerde geen prikkel heeft om het ongevalsrisico te verminderen. Bij dit morele risico

14 Faure en Van den Bergh, 1989, 156-158; Shavell, 1987, p. 282-286; Shavell, 1984, p. 363-366; Schmitz, 2000, p. 371-372; Van Dam, 2001, p. 313-318.

15 Burrows, 1995, 500.

16 Faure en Van den Bergh, 1989, p. 156-158; Wittman, 1977, p. 208; Van Dam, 2001, p. 324-325.

17 M. van Dam, 2001, p. 325, noot 1057.

18 Wittman, 1977, p. 200; Van Dam, 2001, p. 324-325.

19 Zie Shavell, 1987, 186-190; Faure en Van den Bergh, 1989, p. 103-111; Holzhauser en Teijl, 1995, p. 148-153; Van Dam, 2001, p. 215-218 voor een analyse van de houding van partijen ten aanzien van het ongevalsrisico.

beschikt de verzekeraar niet over voldoende informatie om het risico van de verzekerde juist in te schatten te beïnvloeden, en te controleren, waardoor de verzekerde minder zorgvuldig kan worden. Dit probleem kan worden tegengegaan door bijvoorbeeld een gedeeltelijke verzekeringsdekking, zodat de verzekerde voor het niet-gedekte gedeelte een prikkel van zorg behoudt. Ook met een eigen risico en een aanpassing van de polisvoorwaarden (premie) kan het morele risico worden verminderd.²⁰

Een ander neveneffect van de beschikbaarheid van een verzekering is het proces van anti-selectie. Dit ontstaat wanneer een verzekeraar een gemiddelde premie berekent voor de bij hem aangesloten individuele risico's. Een deel van deze risico's betaalt mogelijk een te hoge premie in verhouding tot het individuele risico. Zij zullen de groep verlaten, zodat de minder goede risico's overblijven. Dit kan leiden tot een premiestijging die voor een deel van de overgebleven groep te hoog is in verhouding tot hun individuele risico, zodat ook zij de groep zullen verlaten. Door dit proces blijven uiteindelijk alleen de slechte risico's over die daarmee onverzekerbaar kunnen worden.²¹ Het probleem van anti-selectie kan worden tegengegaan door een sterke differentiatie van goede en slechte risico's en door aanvullende maatregelen, zoals een verhoging van het eigen risico, een verlaging van het verzekerd bedrag of het opnemen van specifieke uitsluitingen die de goede risico's binnen de groep houden en de slechte risico's aanzetten tot meer zorg.²²

De controle van het morele risico en het proces van anti-selectie worden ook beïnvloed door de aanwezigheid van het soort verzekering. Wanneer het slachtoffer een eigen schadeverzekering heeft afgesloten, kan zijn verzekeraar het morele risico en het proces van anti-selectie beter reduceren dan een aansprakelijkheidsverzekeraar. De schadeverzekeraar beschikt immers over meer directe en betrouwbare informatie ten aanzien van het ongevalsrisico van de bij hem aangesloten verzekerden. Een aansprakelijkheidsverzekeraar heeft niet alleen met het gedrag van hem eigen verzekerde te maken maar ook met het gedrag van onbekende derden, in het bijzonder het slachtoffer die veelal door toeval bij een ongeval met de verzekerde dader betrokken raakt. De aansprakelijkheidsverzekeraar heeft geen informatie over het gedrag van het slachtoffer en ook de schadevergoeding wordt aan niet bij de aansprakelijkheidsverzekering aangesloten individuen uitgekeerd. Hierdoor wordt de controle van het morele risico verder bemoeilijkt.²³

20 Van Dam, 2001, p. 223-230; Faure en Van den Bergh, 1989, 114-122; Adams, 1985, p. 232-235; Shavell, 1979, p. 541-562.

21 Zie Priest, 1987, p. 1521-1590 over de verzekeringscrisis in het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht in de jaren tachtig van de vorige eeuw. Akerlof, 1970, p. 488-500 over het probleem van asymmetrie in informatie.

22 Faure en Van den Bergh, 1989, p. 123-128; Akerlof, 1970, p. 492-499; Priest, 1987, p. 1541-1543; Holzhauser en Teijl, 1995, p. 156-161; Van Dam, 2001, p. 230-236.

23 Van Dam, 2001, p. 237-238; Van Dam, 1989, p. 220; Priest, 1987, p. 1557-1558; Zie voor een analyse van het morele risico en het proces van anti-selectie de bijdrage hiervoor van Van Boom en Faure.

Naast de preventie houdt de aanwezigheid van een verzekering ook verband met de vraag hoe de schade van de slachtoffers van een ongeval moet worden verdeeld.²⁴ De combinatie van aansprakelijkheid en verzekering bepaalt de omvang van de schadevergoeding aan het slachtoffer. Wanneer de aansprakelijkheid (en schuldverdeling) vaststaat, zal de verzekering tot uitkering overgaan.

De aanwezigheid van een verzekering heeft ook indirecte gevolgen voor de preventieve werking van aansprakelijkheidsregels. De aansprakelijkheid rust weliswaar primair op de veroorzaker van het ongeval, maar deze aansprakelijkheid is veelal gedekt door een verzekering. Dit kan leiden tot de hiervoor geschetste problemen van het morele risico en het proces van anti-selectie. De verzekeraar heeft daarom een belangrijke rol binnen de preventieve werking van aansprakelijkheidsregels en kan daarmee invloed uitoefenen op het gedrag van de ongevalbetrokkenen.

Toegepast op de hiervoor besproken aansprakelijkheidsregels betekent dit dat bij een regel van risicoaansprakelijkheid met een eigen schuldverweer geldt dat de dader een optimaal zorg- en activiteitsniveau zal uitoefenen. De dader heeft een afkeer van het ongevalsrisico en zal een aansprakelijkheidsverzekering afsluiten. Om de problemen van het morele risico en de anti-selectie te ondervangen zal een gedeeltelijke verzekeringsdekking worden aangeboden. De dader behoudt een prikkel tot zorg en hij zal een juiste keuze maken bij de uitoefening van zijn activiteit. Voor het slachtoffer met een afkeer van risico kan deze niet-volledige verzekeringsdekking bij de dader aanleiding zijn een schadeverzekering af te sluiten. Wanneer deze verzekering tegen een volledige dekking wordt aangeboden en de controle van het morele risico niet volledig is, zal het slachtoffer echter geen optimale zorg uitoefenen.²⁵

Bij een regel van foutaansprakelijkheid zullen de ongevalbetrokkenen met een afkeer van risico en bij onzekerheid over de zorgvuldigheidsnorm een (aansprakelijkheids- of schade-)verzekering afsluiten. Omdat de controle van het morele risico ook niet optimaal is, zal de onzekerheid over de zorgvuldigheidsnorm niet volledig door de verzekeraar kunnen worden gecorrigeerd. In de veronderstelling dat het slachtoffer bij een regel van foutaansprakelijkheid een schadeverzekering zal afsluiten, kan een lichte voorkeur voor deze aansprakelijkheidsregel ontstaan. Een schadeverzekering heeft het voordeel dat de onzekerheid omtrent de zorgvuldigheidsnorm en het morele risico beter kunnen worden gecontroleerd dan bij een aansprakelijkheidsverzekering.²⁶

24 Faure en Van den Bergh, 1989, p. 19-20; Van Dam, 2001, p. 265.

25 Shavell, 1987, p. 212; Shavell, 1982, p. 131; Faure en Van den Bergh, 1989, p. 133-134; Van Dam, 2001, p. 273 en 281-283.

26 Shavell, 1982, p. 130; Faure en Van den Bergh, 1989, p. 134; Shavell, 1987, p. 212-213; Van den Bergh, 1998, p. 52-56; Van Dam, 2001, p. 274-275.

2.4 No-fault verzekering

In het kader van de schadevergoeding naar aanleiding van een (verkeers)ongeval is naast een *fault* systeem ook een systeem van *no-fault* aan de orde. In de jaren zeventig van de vorige eeuw is deze *no-fault* verzekering in Noord-Amerika en Canada geïntroduceerd met als doel de hoge kosten van het *fault* systeem, het grote aantal aansprakelijkheidsclaims en de omvang van de vergoeding voor immateriële schade terug te dringen. De *no-fault* verzekering wordt thans in verschillende vormen toegepast, waarbij in bijna alle gevallen nog het aansprakelijkheidsrecht deels gehandhaafd blijft.²⁷

In haar meest zuivere vorm is *no-fault* een vergoedingssysteem waarbinnen de aansprakelijkheid geheel is afgeschaft en uitgaande van polisdekking de schade van de veroorzaker zelf en die van het slachtoffer worden vergoed. Dit is ongeacht de schuld van de veroorzaker of de eigen schuld van het slachtoffer. De compensatie op basis van *no-fault* staat daarmee ook los van het gedrag van de ongevalbetrokkenen. Omdat de vergoeding aan het slachtoffer niet meer is gebaseerd op aansprakelijkheid, zal de veroorzaker jegens het slachtoffer een lager zorgniveau uitoefenen. Daarnaast zal de veroorzaker ook geen optimaal activiteitsniveau aanwenden nu hij niet de volledige ongevalskosten behoeft te dragen. Voor het slachtoffer geldt dat hij zijn schade ongeacht eigen schuld automatisch krijgt vergoed, zodat ook zijn prikkels van zorg zullen verminderen en hij een te hoog activiteitsniveau zal uitoefenen.

Bij de schadevergoeding op basis van *no-fault* wordt geen onderzoek gedaan naar de oorzaak van het ongeval en een eventuele premieaanpassing kan niet worden gebaseerd op de schuld van de veroorzaker. Maatregelen die het probleem van het morele risico en ook het proces van anti-selectie kunnen tegengaan, zijn bijvoorbeeld een strafpuntenstelsel of een controle via het schadeverleden van de veroorzaker. De controle van het gedrag van het slachtoffer is bij *no-fault* afwezig. Dit kan, naast veiligheidsregulering, worden ondervangen door een lagere *no-fault* vergoeding aan het slachtoffer toe te kennen zodat de prikkels van zorg behouden blijven.²⁸

Hoewel de optimale compensatie van slachtoffers in deze bijdrage niet centraal staat is er een belangrijk verschil tussen *fault* en *no-fault*. Binnen een *fault* systeem zal de veroorzaker zijn eigen schade niet vergoed krijgen, terwijl dit bij *no-fault* (deels) wel het geval is. Anders gesteld bevat *no-fault* elementen van een aansprakelijkheidsverzekering vanwege de vergoeding van de schade van het slachtoffer. Daarnaast is ook een deel van de schade

27 Zie Van Dam, 2001, p. 504-516 voor een overzicht van de verschillende no-fault stelsels in Noord-Amerika, Canada, Australië en Nieuw-Zeeland. Zie ook Van Wassenaer van Catwijck, 1988, p. 323-377.

28 Devlin, 1990, p. 200-201; McEwin, 1989, p. 13-17; Chapman and Trebilcock, 1991, p. 28; Van Dam, 2001, p. 263-265 en p. 282-283. Zie ook White and Liao, 1999, p. 258-294; Cummins, Weiss and Phillips, 2001, p. 428-436 voor een modelmatige analyse van no-fault.

van de veroorzaker zelf gedekt, waardoor de effecten van een schadeverzekering naar voren komen.²⁹ Dit verschil kan van invloed zijn op het gedrag van de veroorzaker. Voor zover dit aan de orde is, zal daar in deze bijdrage aandacht aan worden besteed.

3 HET EMPIRISCH ONDERZOEK TEN AANZIEN VAN *FAULT* EN *NO-FAULT*

In het voorgaande is de economische theorie van het ongevallenrecht globaal uiteengezet. Daaruit kan in het kader van deze bijdrage worden geconcludeerd dat in theorie *fault* en *no-fault* een preventieve werking hebben, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Een voorkeur voor *fault* of *no-fault* is niet duidelijk naar voren gekomen. Wanneer de nadruk ligt op preventie, heeft een *fault* systeem een lichte voorkeur boven *no-fault*. Bij een *fault* systeem worden dader en slachtoffer aangezet tot de uitoefening van een optimaal zorg- en activiteitsniveau. Binnen een *no-fault* systeem is dit in beginsel alleen de dader, terwijl het slachtoffer eerder buiten het *no-fault* systeem moet worden aangezet tot zorgvuldig gedrag. In deze paragraaf zal aan de hand van de beschikbare empirische literatuur worden onderzocht in hoeverre *fault* en *no-fault* directe invloed hebben op het gedrag van verkeersdeelnemers. Daarbij zal voornamelijk gebruik worden gemaakt van empirisch onderzoek uit Noord-Amerika en Canada, omdat in deze landen veel ervaring is opgedaan met het onderscheid tussen *fault* en *no-fault*.

3.1 De empirische toetsing van aansprakelijkheidsregels

In de dagelijkse praktijk van het ongevallenrecht beoordeelt de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker de schade van het slachtoffer en gaat deze bij gebleken aansprakelijkheid tot vergoeding van de door het slachtoffer geleden schade over. Dit betekent dat de aansprakelijkheidsverzekeraar bepaalt of de schade van het slachtoffer onder de dekking van de verzekeringspolis valt en of de veroorzaker ook aansprakelijk is voor de gevolgen van het aan het slachtoffer overkomen ongeval. Een grote meerderheid van de procedures over de aansprakelijkheid en de omvang van de schadevergoeding wordt door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker afgewikkeld. Dit betekent dat de veroorzaker niet zelf verantwoordelijk is voor de schade van het slachtoffer. De aansprakelijkheidsverzekeraar dient derhalve de schadevergoeding naar de veroorzaker (polishouder) toe te corrigeren. De preventie van aansprakelijkheidsregels wordt daarmee geïncorporeerd in de schadeafwikkeling door de aansprakelijkheidsver-

29 McEwin, 1989, p. 13-17; Van Dam, 2001, p. 237-238 en p. 263.

zekeraar.³⁰ Deze invloed van de verzekering op de aansprakelijkheid verklaart waarom er weinig empirisch onderzoek beschikbaar is naar de werking van aansprakelijkheidsregels *sec.*

In een experimenteel onderzoek van White naar de invloed van aansprakelijkheidsregels op het zorgniveau van de ongevalbetrokkenen werden 582 kop-staartbotsingen in Californië geanalyseerd.³¹ Het ging daarin om de effecten van een overgang van een 'contributory negligence' regel³² naar een 'comparative negligence' regel.³³ White concludeert onder andere dat deze aansprakelijkheidsregels tot verschillende gedragsprikkelers leiden. Bij 'contributory negligence' bijvoorbeeld heeft het slachtoffer meer prikkels van zorg omdat enig verwijt aan zijn kant al kan leiden tot een blokkering van zijn schadevergoeding. De overgang van een 'contributory negligence' regel naar een 'comparative negligence' regel vermindert de prikkels van zorg bij het slachtoffer, hoewel het bewijs hiervoor volgens White niet sterk is.³⁴ Deze overgang leidt omgekeerd wel tot een toename van zorg bij de veroorzaker. Hij kan immers eerder aansprakelijk worden gesteld en een verwijt aan het slachtoffer bij de 'comparative negligence' regel zal niet tot een verval van de schadevergoedingsplicht bij de veroorzaker leiden.³⁵

In een later verschenen empirisch onderzoek worden de conclusies van White genuanceerd.³⁶ Daarin wordt geconcludeerd dat de overgang van een 'contributory negligence' regel naar een 'comparative negligence' regel geen invloed heeft gehad op het aantal verkeersongevallen, noch heeft geleid tot een vermindering van de prikkels van zorg. Ook heeft de keuze voor een van deze aansprakelijkheidsregels geen effect op het zorgniveau wanneer bijvoorbeeld sprake is van een verkeersongeval waarin alcoholgebruik een rol speelt, omdat dit zeer waarschijnlijk de belangrijkste oorzaak van het verkeersongeval is geweest.³⁷

30 Van Dam, 2001, p. 382-383 en p. 399-400; Dewees, Duff and Trebilcock, 1996, p. 41 en 78. Zie ook Schwartz, 2002, p. 1070-1071. Zie (meer algemeen) over de invloed van verzekering op de aansprakelijkheidsvraag onder anderen: Hartlief en Tjittes, 1999, p. 21-34; Van Dam, 1989, p. 207-208; Hartlief, 2003, p. 22-25; Bloembergen, 1980, p. 174-183.

31 White, 1989, p. 308-330.

32 Een regel van foutaansprakelijkheid met een absoluut eigen schuldverweer, waarbinnen de veroorzaker de schade van het slachtoffer volledig moet vergoeden wanneer hem enig verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van het ontstaan van het ongeval. Indien echter het slachtoffer ook een verwijt treft heeft hij geen recht op schadevergoeding. Zie White, 1989, p. 309; Curran, 1992, p. 319-322; Van Dam, 2001, p. 385.

33 Een regel van foutaansprakelijkheid met een gradueel eigen schuldverweer, waarbinnen de veroorzaker aansprakelijk is voor de schade van het slachtoffer indien hem enig verwijt treft. Wanneer veroorzaker en slachtoffer niet hebben voldaan aan de zorgvuldigheidsnorm, volgt een verdeling van de schade, afhankelijk van het (on)zorgvuldige gedrag van de ongevalbetrokkenen. Zie White, 1989, p. 311; Sloan, Reilly and Schenzler, 1994, p. 556-557; Van Dam, 2001, p. 385.

34 White, 1989, p. 328-329.

35 White, 1989, p. 325-326; Van Dam, 2001, p. 385-388.

36 Sloan, Reilly and Schenzler, 1994, p. 53-71.

37 Sloan, Reilly and Schenzler, 1994, p. 58 en 69.

3.2 Het empirisch onderzoek naar (gedrags)effecten van no-fault

Het empirisch onderzoek naar de werking van *no-fault* is omvangrijk.³⁸ In deze bijdrage ligt de nadruk op de gedragseffecten van *no-fault*. In de studies die hierna in chronologische volgorde van publicatie aan bod komen, worden deze (preventieve) effecten van een *no-fault* systeem afgezet tegen werking van het aansprakelijkheidsrecht, zodat een goede vergelijking mogelijk is.

Elisabeth Landes heeft als een van de eersten aan de hand van ongevalsdata de invloed van de invoering van een *no-fault* systeem op het aantal verkeersongevallen en verkeersslachtoffers onderzocht. Zij concludeert in haar onderzoek dat in Amerikaanse staten die tussen 1971 en 1976 een *no-fault* systeem hebben ingevoerd, het aantal dodelijke verkeersongevallen is gestegen. Hoe groter de beperking van de aansprakelijkheidsvordering, hoe groter de toename van het aantal dodelijke verkeersongevallen. Deze stijging bedroeg 4% bij een *no-fault* verzekering met een lage drempel (*threshold* voor medische kosten van \$ 500) voor het instellen van een aansprakelijkheidsclaim en 10% bij een *no-fault* verzekering met een hogere drempel (*threshold* van \$1500 voor medische kosten).³⁹

De kritiek op het onderzoek van Landes richt zich onder andere op het enkele gebruik van ongevalsdata als toetsingsvariabele en op het feit dat de ongevalsdata betrekking hebben op een periode waarin een *no-fault* systeem nog maar korte periode van kracht was.⁴⁰ Sugarman wijst op het ontbreken van empirisch bewijs dat de effecten van de invoering van een *no-fault* systeem uitsluitend zijn terug te voeren op de verminderde zorgvuldigheid bij de autobestuurder. Daarbij wordt volgens Sugarman geen rekening gehouden met het feit dat een *no-fault* systeem kan leiden tot lagere verzekeringskosten (premie), waardoor een autobestuurder een hoger activiteitsniveau uitoefent, met het gevolg dat het aantal verkeersongevallen zal toenemen.⁴¹

In Nieuw-Zeeland is in 1974 een zuiver *no-fault* compensatiefonds ingevoerd. Door Brown is in 1985 empirisch onderzoek verricht naar de effecten van dit systeem.⁴² Brown concludeert uit de beschikbare statistische gegevens dat het aantal dodelijke verkeersongevallen en het aantal verkeersongevallen met letsel in 1980 ten opzichte van 1973 is gedaald. Hij constateert voorts dat, gelet op het aantal afgelegde autokilometers, geen sprake is van een toename van de activiteit autorijden. Ook heeft de afschaffing van de

38 Zie Van Dam, 2001, p. 517-549 voor een overzicht daarvan.

39 Landes, 1982, p. 49-62. Zij gebruikt ongevalsdata uit alle Amerikaanse staten in de periode 1967-1976.

40 Zie Sloan, Reilly and Schenzler, 1994, p. 56 en Dewees, Duff and Trebilcock, 1996, p. 24 en 68 voor een overzicht van deze kritiek.

41 Sugarman, 1985, 589-590.

42 Brown, 1985, 976-1002, met data over de periode 1964-1982.

aansprakelijkheid volgens hem niet geleid tot minder zorgvuldig gedrag in het verkeer,⁴³ hoewel dit niet met cijfers wordt onderbouwd.

Deweese, Duff en Trebilcock menen dat Brown alleen gebruikmaakt van statistische gegevens, zonder een causale relatie aan te tonen tussen bepaalde wettelijke maatregelen, de invoering van een *no-fault* compensatiefonds, en het aantal verkeersongevallen of het verkeersgedrag. Bij afwezigheid van een dergelijke rechtseconometrische analyse kennen zij een beperkte waarde toe aan de uitkomsten van het onderzoek van Brown.⁴⁴

Zador en Lund hebben getracht de onderzoeksresultaten van Landes te pareren. Zij maken gebruik van ongevalsdata uit 50 Amerikaanse staten in de periode 1967-1980. Verder rangschikken zij de *no-fault* staten naar omvang van de *no-fault*, gecorrigeerd naar de verschillen in kosten van de gezondheidszorg. Zij komen tot de conclusie dat in *no-fault* staten met een lage *no-fault* het aantal dodelijke verkeersongevallen daalde en dat in staten met een hoge *no-fault* het aantal dodelijke verkeersongevallen ongeveer gelijk bleef. Zij hebben geen direct verband ontdekt tussen de beperking van de aansprakelijkheid en de toename van het aantal dodelijke verkeersongevallen.⁴⁵

Zador en Lund hebben verder geen statistisch bewijs gevonden voor de veronderstelling dat een *no-fault* verzekering tot minder zorgvuldigheid bij de autobestuurder leidt, waardoor het aantal dodelijke verkeersongevallen zou toenemen. Ook is er volgens hen geen empirisch bewijs van de 'trade off' tussen een daling van de verzekeringspremie bij de invoering van een *no-fault* systeem (afname van de financiële prikkels) en de daling van de zorgvuldigheid bij de autobestuurder.⁴⁶

McEwin heeft onderzocht welke effecten een *no-fault* systeem in Australië⁴⁷ en Nieuw-Zeeland heeft gehad op het aantal verkeersongevallen.⁴⁸ De resultaten van zijn onderzoek suggereren dat de afschaffing van de aansprakelijkheid heeft geleid tot een stijging van het aantal dodelijke verkeersongevallen per hoofd van de bevolking. Ook heeft de invoering van een zuiver *no-fault* systeem geleid tot een lichte toename van het ongevalsrisico. De invoering van een verplichte *no-fault* verzekering onder handhaving van de mogelijkheid tot het instellen van een aansprakelijkheidsvordering heeft geen wezenlijke invloed gehad op het aantal verkeersongevallen. McEwin concludeert dat ter bevordering van

43 Brown, 1985, p. 1001-1002.

44 Deweese, Duff and Trebilcock, 1996, p. 69, noot 97. Van Dam, 2001, p. 523-525.

45 Zador and Lund, 1986, 226-241. Kochanowski and Young, 1985, 269-288, komen in hun onderzoek, waarbij zij gebruikmaken van data omtrent verkeersongevallen per 100 miljoen afgelegde automijlen in alle Amerikaanse staten in de periode 1975-1977, ook tot de conclusie dat de invoering van een *no-fault* systeem niet tot een toename van het aantal dodelijke verkeersongevallen heeft geleid.

46 Zador and Lund, 1986, p. 234-235.

47 In de jaren zeventig van de vorige eeuw is in een aantal Australische jurisdicties, Tasmanië (1976), Victoria (1974), Northern Territory (1979), een vorm van *no-fault* ingevoerd. Zie daarover Chapman and Trebilcock, 1991, p. 4-5; Drabsch, 2005, p. 28-32.

48 McEwin, 1989, p. 13-24. De ongevalsdata hebben betrekking op de periode 1970-1981.

zorgvuldig verkeersgedrag in zijn algemeenheid de handhaving van een aansprakelijkheidsvordering een belangrijke factor blijft,⁴⁹ hoewel een direct causaal verband niet met cijfers wordt onderbouwd.

Deweese, Duff en Trebilcock menen dat de conclusies van McEwin ten aanzien van de effecten aansprakelijkheid niet duidelijk zijn. Het bleek namelijk niet mogelijk om de effecten van de afschaffing van de aansprakelijkheidsvordering sec te berekenen. Ook is volgens hen onvoldoende rekening gehouden met de niet-gedifferentieerde premiestructuur van een *no-fault* verzekering.⁵⁰

Devlin heeft onderzoek gedaan naar de effecten van het zuivere *no-fault* systeem in de Canadese provincie Quebec op de zorgvuldigheid van de ongevalbetrokkenen.⁵¹ Deze *no-fault* verzekering is in 1978 in Quebec ingevoerd en wordt tegen een vaste premie door de overheid aangeboden. Devlin berekent voor de periode 1971-1984 de gevolgen van de overgang van een *fault* naar een zuiver *no-fault* systeem op het aantal verkeersongevallen.⁵² De resultaten van haar onderzoek wijzen uit dat het aantal dodelijke verkeersongevallen en het aantal verkeersongevallen met letsel door de invoering van een *no-fault* systeem met 6-10% is gestegen. Devlin schrijft dit toe aan de invoering van een zuiver *no-fault* systeem met een niet-gedifferentieerde premiestructuur. Daarnaast heeft Devlin berekend dat het aantal dodelijke verkeersongevallen en het aantal verkeersongevallen met letsel stijgt met 9,6%, rekening houdend met de veronderstelde vermindering van de uitgeoefende zorg van de autobestuurder als gevolg van de invoering van een zuiver *no-fault* regime.⁵³ De verminderde zorgvuldigheid is volgens Devlin te wijten aan de platte premiestructuur van het *no-fault* systeem. Een gedifferentieerde premie zal dit volgens haar maar deels oplossen, omdat het slachtoffer nog steeds schadeloos wordt gesteld, zonder dat rekening wordt gehouden met zijn uitgeoefende zorg op het moment van het ongeval. Zij plaatst wel de kanttekening dat het effect van een gedifferentieerde premiestructuur op de preventie van verkeersongevallen moeilijk empirisch kan worden bepaald.⁵⁴

49 McEwin, 1989, p. 23-24.

50 Deweese, Duff and Trebilcock, 1996, p. 25. McEwin erkent later dat de uitkomsten van zijn onderzoek tot discussie leiden, omdat de verschillende toetsingsvariabelen met betrekking tot dodelijke verkeersongevallen moeilijk kunnen worden geïsoleerd om de effecten daarvan te kunnen meten. Zie McEwin, 1999, p. 740.

51 Devlin, 1990, p. 193-205.

52 Devlin, 1990, p. 202-204.

53 Devlin, 1990, p. 197 en 201.

54 Devlin, 1990, p. 200-202; Van Dam, 2001, p. 527-529. Zie ook Deweese, Duff and Trebilcock, 1996, p. 26, die menen dat het niet eenvoudig is om een onderscheid te maken tussen het effect van *no-fault* op het aansprakelijkheidsrecht enerzijds en op het verzekeringssysteem anderzijds.

Sloan, Reilly en Schenzler hebben onderzocht welke juridische instrumenten hebben bijgedragen aan een stijging of daling van het aantal verkeersongevallen in de VS.⁵⁵ Zij berekenden bijvoorbeeld een toename (18%) van het aantal dodelijke verkeersongevallen bij een *no-fault* systeem waarbinnen 25% van alle aansprakelijkheidsvorderingen is uitgesloten. Ook bleek dat bij een verplichte eerste partij verzekering voor persoonlijke letselschade (*'personal injury protection'*, PIP) waarbij het instellen van een aansprakelijkheidsvordering nog onbeperkt openstaat, het aantal dodelijke verkeersongevallen is gestegen, hoewel minder dan bij een *no-fault* systeem waarbinnen de aansprakelijkheidsvordering is beperkt.⁵⁶

Sloan, Reilly en Schenzler plaatsen bij de uitkomsten van hun onderzoek de kanttekening dat in de door hen onderzochte periode geen nieuw *no-fault* systeem werd ingevoerd, waardoor ook geen vergelijking tussen pre *no-fault* en post *no-fault* kon worden gemaakt. Ook menen zij dat in de VS geen enkele staat een zuiver *no-fault* systeem heeft ingevoerd, zodat de werkelijke effecten van een zuiver *no-fault* systeem op het aantal verkeersongevallen niet kan worden gemeten. Verder worden bij de genoemde PIP *no-fault* verzekering wel premietoelagen toegepast, maar niet frequent en voor een relatief laag bedrag. Sloan, Reilly en Schenzler hadden echter onvoldoende empirische gegevens om een verband tussen deze premietoelagen en de uitgeoefende zorg door de autobestuurder te kunnen aantonen.⁵⁷

Cummins, Phillips en Weiss hebben de relatie onderzocht tussen het aantal dodelijke verkeersongevallen en de striktheid van de *no-fault* drempel (*'threshold'*).⁵⁸ Zij concluderen dat aansprakelijkheid van invloed kan zijn op het rijgedrag van de autobestuurder dat kan leiden tot een dodelijk verkeersongeval. De resultaten ondersteunen de theoretisch gemaakte veronderstelling dat *no-fault* leidt tot een vermindering van de preventieve werking van aansprakelijkheid, waardoor het aantal dodelijke verkeersongevallen bij *no-fault* hoger (5,5-9,9%) is dan bij *fault*. Zij suggereren dat de door hen berekende verminderde zorgvuldigheid van de autobestuurder deels kan worden gecompenseerd door een gedifferentieerde premiestructuur binnen de autoverzekering.⁵⁹

Loughran onderzoekt of *no-fault* leidt tot een vermindering van de prikkels van zorg bij de autobestuurder en daardoor tot een stijging van het aantal verkeersongevallen en van

55 Sloan, Reilly and Schenzler, 1994, p. 53-71. De data in dit onderzoek hebben betrekking op verkeersongevallen per Amerikaanse staat in de periode 1982-1990.

56 Sloan, Reilly and Schenzler, 1994, p. 66-69.

57 Sloan, Reilly and Schenzler, 1994, p. 60, 67 en 69. Van Dam, 2001, p. 522-523.

58 Cummins, Phillips and Weiss, 2001, p. 427-464. Zij maken daarbij gebruik van ongevalsdata van alle Amerikaanse staten in de periode 1982-1994.

59 Cummins, Phillips and Weiss, 2001, 448-451. Zij verwijzen naar het onderzoek van Landes, Devlin en McEwin waarin ook een positief verband tussen *no-fault* en een stijging van het aantal dodelijke verkeersongevallen werd gemeten. Zie hiervoor voor een weergave van deze studies met de daarbij gemaakte kanttekeningen.

de kosten van de verzekering.⁶⁰ Bij zijn onderzoek betreft Loughran informatie over verkeersovertradingen en ander onrechtmatig gedrag van de autobestuurder dat de oorzaak is geweest van het verkeersongeval. Daarmee test hij de veronderstelling dat de frequentie van onrechtmatig gedrag als belangrijke factor bij dodelijke verkeersongevallen hoger is in staten met een *no-fault* systeem.⁶¹

Naar aanleiding van zijn onderzoek concludeert Loughran dat de invoering van een *no-fault* systeem in de periode tussen 1971 en 1976 geen effect heeft gehad op het aantal dodelijke verkeersongevallen in die periode. Er is een kleine aanwijzing dat de mate van onrechtmatig gedrag van de autobestuurder als oorzaak van een dodelijke verkeersongeval in *no-fault* staten hoger is dan in *fault* staten. Over het algemeen echter hebben staten met een *no-fault* systeem een lager aantal verkeersongevallen en is ook het onrechtmatige gedrag van de autobestuurder als oorzaak van een verkeersongeval in de meerderheid van de onderzochte situaties lager dan in staten met een *fault* systeem.⁶²

Cohen en Dehejia onderzoeken op welke wijze aansprakelijkheid en de invoering van *no-fault* het rijgedrag en daarmee het aantal verkeersongevallen kan beïnvloeden.⁶³

Zij verwijzen naar de hiervoor genoemde studies, waarin volgens hen geen onderscheid is gemaakt tussen de effecten van de invoering van *no-fault* met een beperking van de aansprakelijkheidsvordering en de effecten van de invoering van een verplichte verzekering voor persoonlijk letselschade (PIP). Een beperking van de aansprakelijkheidsvordering leidt in hun berekening tot een toename van het aantal verkeersongevallen met ongeveer 10% en met ongeveer 7% berekend naar gereden automijlen.⁶⁴ Zij menen dat hun analyse aantoont dat het rijgedrag van autobestuurders wordt beïnvloed door financiële prikkels. Een vermindering van de verwachte ongevalskosten die het gevolg zijn van een vermindering van de aansprakelijkheid of het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering leidt tot een stijging van het aantal verkeersongevallen.⁶⁵

Marco en Salvietti testen de veronderstellingen dat het aansprakelijkheidsrecht de juiste prikkels geeft om een optimaal zorg- en activiteitsniveau in het verkeer aan te wenden en dat *no-fault* daardoor zal leiden tot een hoger activiteitsniveau respectievelijk een lager zorgniveau. Het effect op het activiteitsniveau wordt gemeten aan de hand van het

60 Loughran, 2001. Hij gebruikt data van alle dodelijke verkeersongevallen in de VS in de periode 1975-1998.

61 Loughran, 2001, 2001, p. 14.

62 Loughran, 2001, p. 35-37.

63 Cohen and Dehejia, 2004, p. 357-393. Zij gebruiken ongevalsdata uit alle Amerikaanse staten in de periode 1970-1998. In dit onderzoek ligt overigens de nadruk op de niet-verzekerde motorrijtuigbestuurder als onderzoeksvariabele. De hypothese daarbij is dat niet-verzekerde motorrijtuigbestuurders meer prikkels van zorg hebben dan verzekerde motorrijtuigbestuurders (moreel risico). De voorspelling is dat hoe hoger het aandeel niet-verzekerde motorrijtuigbestuurders hoe lager het aantal verkeersongevallen.

64 Cohen and Dehejia, 2004, p. 373-375.

65 Cohen and Dehejia, 2004, p. 378-379.

aantal auto's en het aantal gereden mijlen per auto. Het zorgniveau wordt afgeleid uit de wijziging van het aantal dodelijke verkeersongevallen.⁶⁶

Zij komen tot de conclusie dat het effect van *no-fault* op het aantal dodelijke verkeersongevallen positief is en berekenen een toename van ongeveer 10%. Dit suggereert volgens hen dat staten die een *no-fault* systeem willen invoeren, te maken krijgen met een stijging van het aantal dodelijke verkeersongevallen en een daling van de zorgvuldigheid in het verkeer. De effecten op het aantal auto's en het aantal gereden automijlen is niet significant en dit suggereert dat *no-fault* geen invloed heeft op het activiteitsniveau.⁶⁷

3.3 Conclusie empirisch onderzoek naar de gedragseffecten van *fault* en *no-fault*

De resultaten van het empirisch onderzoek geven geen uniform beeld en de uitkomsten zijn onderling tegenstrijdig. In een deel van de studies wordt eerder verschenen empirisch onderzoek bekritiseerd om vervolgens aan te tonen dat in het eigen onderzoek wel de juiste toetsingsvariabelen worden gebruikt waardoor de uitkomsten significant zijn. Daarnaast is gebleken dat de uitgangspunten van de studies onderling verschillen zodat geen eenduidige conclusies kunnen worden gegeven. Dewees, Duff en Trebilcock merken in dat verband op dat het niet eenvoudig is om een onderscheid te maken tussen het effect van *no-fault* op het aansprakelijkheidsrecht enerzijds en op het verzekeringsstelsel anderzijds. Veel studies maken in het geheel geen onderscheid tussen aansprakelijkheid en verzekering.⁶⁸ Ten slotte wordt in de besproken studies vooral het effect van de invoering van een *no-fault* systeem op het aantal verkeersongevallen en verkeersslachtoffers gemeten. Voor wat betreft de effecten van *no-fault* op het gedrag van de verkeersdeelnemer kunnen bijna uitsluitend afgeleide conclusies worden getrokken.

Uitgaande van de veronderstelde prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht kan worden gesteld dat in theorie een *fault* systeem tot betere gedragseffecten leidt dan een *no-fault* systeem waarbij de aansprakelijkheid is afgeschaft. Er is echter geen empirisch onderzoek voorhanden waarmee kan worden aangetoond dat met een *fault* systeem deze veronderstelde gedragseffecten ook daadwerkelijk worden bereikt. Daarnaast is de veronderstelling dat bij *no-fault* verkeersdeelnemers zich minder zorgvuldig gedragen dan bij een *fault* systeem, empirisch niet aangetoond. Dit betekent dat rekening houdend met de gedragseffecten vooralsnog geen keuze kan worden gemaakt voor *fault* of *no-fault*.

66 Marco and Salvietti, 2007. Zij vergelijken de data met betrekking tot het aantal dodelijke verkeersongevallen in *fault* en *no-fault* staten in de VS over de periode 1967-1994.

67 Marco and Salvietti, 2007, p. 22-24.

68 Dewees, Duff and Trebilcock, 1996, p. 26; McEwin, 1999, p. 740; Van Velthoven, 2000, p. 319; Van den Bergh, 1998, p. 65.

Eerder in deze bijdrage is opgemerkt dat een *no-fault* systeem zowel elementen van een aansprakelijkheidsverzekering, vergoeding aan het slachtoffer, als van een schadeverzekering, PIP-vergoeding aan de autobestuurder, bevat. Het meewegen van dit verzekeringsaspect betekent dat een belangrijke preventieve rol voor de *no-fault* verzekeraar is weggelegd. Met name via de PIP-verzekering kan door een optimale premiedifferentiatie het gedrag van de autobestuurder worden beïnvloed. De PIP verzekeraar beschikt over meer directe informatie om te onderzoeken of het gedrag van de autobestuurder (verkeersovertredingen) aanleiding geeft tot een premieaanpassing.⁶⁹ Bij *fault* is de aansprakelijkheid van de autobestuurder door een derde partij verzekering gedekt. De aansprakelijkheidsverzekeraar is bij de beïnvloeding van het gedrag van de autobestuurder grotendeels afhankelijk van het gedrag van het onbekende slachtoffer, waardoor de controle van het morele risico wordt bemoeilijkt.⁷⁰ Deze (theoretische) beschouwing valt buiten de kern van deze bijdrage,⁷¹ maar toont aan dat zij bij de uiteindelijke keuze tussen *fault* en *no-fault* een belangrijke rol kan spelen.

4 TOETSING VAN DE NEDERLANDSE VERKEERSAANSPRAKELIJKHEID?

4.1 *De Nederlandse verkeersaansprakelijkheid vanuit juridisch en economisch perspectief*

De Nederlandse verkeersaansprakelijkheid is nog altijd een *fault* systeem. Dit houdt in dat het gemotoriseerde verkeersslachtoffer op basis van artikel 6:162 BW moet aantonen dat de veroorzaker een onrechtmatige daad (fout) heeft begaan ten gevolge waarvan het verkeersongeval is ontstaan waardoor het slachtoffer schade heeft geleden. Indien het slachtoffer niet kan aantonen dat de veroorzaker een fout heeft gemaakt of hij heeft eigen schuld aan het ontstaan van het verkeersongeval, zal hij zijn schade geheel of gedeeltelijk zelf moeten dragen. Deze regeling is van toepassing op verkeersongevallen tussen motorrijtuigen onderling, fietsers onderling en verkeersongevallen tussen fietsers en voetgangers.⁷²

Bij verkeersongevallen tussen gemotoriseerd en niet-gemotoriseerd verkeer geldt de bijzondere regeling van artikel 185 WWV. Op basis daarvan is de houder van het motor-

69 Van Dam, 2001, p. 530-531. Bij een eerste partij schadeverzekering kan het morele risico beter worden gecontroleerd dan bij een derde partij aansprakelijkheidsverzekering. Zie paragraaf 1.3.

70 In paragraaf 1.3 is toegelicht waarom de controle van het morele risico bij een schadeverzekering beter is gewaarborgd dan bij een aansprakelijkheidsverzekering.

71 Zie over het morele risico de bijdrage van Van Boom en Faure.

72 Zie daarover Elzas, 2000, 211-1 t/m 211-38; Van Dam, 1998, p. 23-45; Van Dam, 2000, p. 278-280; Van Dam, 2001, p. 80-81.

rijtuig aansprakelijk indien hij betrokken⁷³ is bij een verkeersongeval met een niet-gemotoriseerde, tenzij hij overmacht aannemelijk maakt. Ingevolge de jurisprudentie is een beroep op overmacht inmiddels sterk beperkt.⁷⁴ Is er geen overmacht, dan is de houder van het motorrijtuig aansprakelijk voor de schade van het niet-gemotoriseerde slachtoffer, tenzij deze eigen schuld heeft aan het ontstaan van het verkeersongeval. In dat kader wordt op basis van artikel 6:101 lid 1 BW geoordeeld over de wederzijdse causaliteit waarop eventueel een billijkheidscorrectie wordt toegepast. Bij een slachtoffer beneden de 14 jaar bedraagt deze billijkheidscorrectie 100%, tenzij opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid en bij het slachtoffer boven de 14 jaar bedraagt deze billijkheidscorrectie minimaal 50%, tenzij sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid.⁷⁵

Ten aanzien van het regres van de particuliere en sociale verzekeraars van het verkeersslachtoffer heeft de Hoge Raad in een aantal arresten geoordeeld dat deze regresnemers geen beroep kunnen doen op de billijkheidsregels van 50% en 100% die gelden ter bescherming van het niet-gemotoriseerde verkeersslachtoffer. De vordering van de regresnemers dient te worden beoordeeld via de overmacht van artikel 185 WvW en de eigen schuld van artikel 6:101 BW.⁷⁶

Behalve deze rol van de regresnemers is een belangrijk verschil met Noord-Amerika dat in Nederland nog sprake is van een breed vangnet van particuliere, sociale en volksverzekeringen.⁷⁷ Deze verzekeringen kunnen als een soort *no-fault* worden gezien, waarbinnen op basis van een niet-gedifferentieerde premiestructuur min of meer vaste uitkeringen worden gedaan.⁷⁸

Vertaald naar economische criteria kan het Nederlandse stelsel van verkeersaansprakelijkheid worden beschouwd als een '*comparative negligence*'-regel wanneer het gaat om verkeersongevallen die op basis van artikel 6:162 BW worden afgewikkeld. Bij verkeersongevallen die worden beheerst door artikel 185 WvW is deels sprake van een (*no-fault*) vergoedingssysteem bij slachtoffers beneden de 14 jaar. Opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid wordt immers zelden aangetoond. Bij slachtoffers boven de 14 jaar vertoont het systeem, vanwege het beperkte eigen schuldverweer jegens het slachtoffer, raakvlakken met een regel van risicoaansprakelijkheid met een eigen schuldverweer. Bij overmacht

73 Zie daarover Van Dam, 2005, p. 301-306.

74 Zie HR 24 december 1982, NJ 1983, 443 (Wijman/Corten); HR 22 mei 1992, NJ 1992, 527, VR 1992, 94 (ABP/Winterthur); HR 17 november 2000, NJ 2001, 260 (FBTO/Delta Lloyd). Wel overmacht in: HR 31 mei 2002, NJ 2004, 161 (Bijlsma/ABP).

75 Zie meer uitvoerig daarover onder anderen: Van Dam, 2001, p. 79-136; Hartlief en Tjittes, 1999, p. 123-137 en p. 143-151; Spier, 1996, p. 207-234; Asser/Hartkamp, 1998, p. 205-222; Spier e.a., 2003, p. 143-160.

76 HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700-702; HR 5 december 1997, NJ 1998, 400-402.

77 Door verschillende wetswijzigingen die tot een besparing op de maatschappelijke kosten moesten leiden, is inmiddels niet langer sprake van een (comfortabel) vangnet. Zie voor een recent overzicht onder anderen: Loonstra, 2007, p. 135-169; Fluit, 2007.

78 Zie Van Maanen, 2003, p. 191-196.

aan de zijde van de gemotoriseerde of opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid van de niet-gemotoriseerde, zou sprake kunnen zijn van een *'contributory negligence'*, omdat in dat geval de vergoedingsplicht van de gemotoriseerde geheel vervalt. De vordering van de regresnemers, die wordt beoordeeld op basis van artikel 185 WvW en artikel 6:101 BW, kan tenslotte worden beschouwd als een *'comparative negligence'*-regel.

4.2 De gedragseffecten binnen de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid

De Nederlandse verkeersaansprakelijkheid is zowel vanuit juridisch als economisch perspectief een lappendeken van aansprakelijkheids- en vergoedingsregels. Bij de afwikkeling van een verkeersongeval zijn daarnaast, afhankelijk van de ernst van het ongeval, zeer veel personen en instanties betrokken, zoals slachtoffer, dader, politie, ambulance, artsen, therapeuten, zorgverzekeraar, aansprakelijkheidsverzekeraar, belangenbehartiger/advocaat, arbeidsdeskundige, medisch adviseur, expertisebureau, rechter. Een uitgebreide toetsing van de toegepaste aansprakelijkheids- en vergoedingsregels en alle daarbij betrokken partijen valt buiten deze bijdrage.⁷⁹ Centraal staan hier immers de (preventieve) gedragseffecten van *fault* en *no-fault* bij de (directe) ongevalbetrokkenen, namelijk dader, slachtoffer en verzekeraar(s). Binnen dat kader kan de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid worden omschreven als een *fault* systeem met *no-fault* elementen die echter niet als zodanig zijn benoemd.

De *fault* aspecten worden toegepast op verkeersongevallen die op basis van artikel 6:162 worden geregeld (bijvoorbeeld gemotoriseerden onderling) en de vordering van de niet-gemotoriseerde >14 jaar op basis van artikel 185 WvW. Gelet op de uitkomsten van de economische theorie worden met deze aansprakelijkheidsregels suboptimale gedragseffecten bereikt. Ten aanzien van de verkeersongevallen tussen gemotoriseerden onderling zorgt de regel van foutaansprakelijkheid ervoor dat beide partijen een optimaal zorgniveau uitoefenen. De dader zal bij de uitoefening van een optimaal zorgniveau niet aansprakelijk zijn en geen optimaal activiteitsniveau uitoefenen. Bij artikel 185 WvW-ongevallen zal de regel van risicoaansprakelijkheid met een eigen schuldverweer de gemotoriseerde aanzetten tot een optimaal zorg- en activiteitsniveau. De niet-gemotoriseerde (> 14 jaar) zal bij deze regel een optimaal zorgniveau uitoefenen, zodat hij zijn schade krijgt vergoed, maar hij heeft geen prikkel om een optimaal activiteitsniveau aan te wenden.⁸⁰

De *no-fault* elementen komen naar voren bij de vergoeding van de niet-gemotoriseerden < 14 jaar. Door het theoretische verweer van opzet of aan opzet grenzende roekeloos-

79 Een dergelijke toetsing noopt ook naar de (maatschappelijke) kosten van deze regelingen te kijken, hetgeen in deze bijdrage niet aan de orde is. Daarvoor kan worden verwezen naar Van Dam, 2001, p. 572-797.

80 Zie paragraaf 1.1.

heid is echter geen sprake van een *no-fault* verzekering. De uitkeringen van de sociale en particuliere verzekeraars zijn hiervoor vergeleken met *no-fault*. Naast de schade ten gevolge van een verkeersongeval geven deze verzekeraars echter ook dekking voor letsel schade die het gevolg is van andere ongevallen.⁸¹ Dit laat zich moeilijk vergelijken met een *no-fault* verzekering naar aanleiding van een verkeersongeval die in deze bijdrage aan de orde is. Overeenkomsten tussen beide vormen van verzekering kunnen worden gevonden in de niet-gedifferentieerde premiestructuur en de vaste uitkeringen. Omdat er op deze wijze geen controle van het morele risico plaatsvindt, is economisch gezien sprake van een suboptimale uitkomst.

Wanneer de verzekeringsaspecten bij deze toetsing worden betrokken, zal ook een suboptimale uitkomst worden bereikt. Er is sprake van een aansprakelijkheidsverzekering waarbinnen het morele risico en de anti-selectie minder goed kunnen worden gecontroleerd omdat de verzekeraar geen informatie heeft over het gedrag van de onbekende derde die door toeval bij een ongeval met zijn verzekerde betrokken raakt. Het slachtoffer heeft weliswaar een eigen sociale of particuliere (zorg)verzekering. Daarbinnen wordt echter een platte premiestructuur gehanteerd en zijn er vaste uitkeringen, zodat het morele risico onvoldoende wordt gereduceerd.⁸²

Een empirische toetsing naar bijvoorbeeld de gedragseffecten van een regel van risico-aansprakelijkheid met een eigen schuldverweer was niet mogelijk. Voor het overige bleken de uitkomsten van het empirisch onderzoek naar *fault* en *no-fault* niet eenduidig te zijn.

Geconcludeerd kan worden dat ook met betrekking tot de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid op basis van de gedragseffecten geen keuze kan worden gemaakt tussen *fault* of *no-fault*. Deze keuze kan in theorie worden beïnvloed door rekening te houden met bepaalde verzekeringsaspecten.⁸³ Naast verzekering is er nog een ander instrument waarmee direct invloed kan worden uitgeoefend op het verkeersgedrag, namelijk veiligheidsregulering.⁸⁴ De regulering heeft onder andere betrekking op de maximumsnelheid, alcohol en de autoveiligheid. Empirisch onderzoek heeft aangetoond dat met deze regulering onder bepaalde voorwaarden het gedrag van verkeersdeelnemers positief kan worden beïnvloed.⁸⁵

81 Zie Van Dam, 2001, p. 578-579.

82 Zie paragraaf 1.3.

83 Zie paragraaf 2.3.

84 Zie paragraaf 1.2.

85 Zie voor een overzicht daarvan: Van Dam, 2001, p. 463-501. Voor Nederland kan verder worden verwezen naar de statistieken van het Centraal Bureau voor de Statistiek (o.a. CBS Persbericht PB07-031), de ongevalcijfers van de Adviesdienst Verkeer en Vervoer van het ministerie van Verkeer en Waterstaat en de onderzoeksrapporten van de Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid (SWOV).

5 CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

In deze bijdrage is aandacht besteed aan de gedragseffecten van *fault* en *no-fault*. Daaruit kan worden geconcludeerd dat in theorie *fault* een voorkeur heeft boven *no-fault*. Daarbij wordt verondersteld dat van aansprakelijkheid een preventieve werking uitgaat, iets dat niet het geval is binnen een systeem waarbinnen de aansprakelijkheid is afgeschaft. In het empirisch onderzoek is deze theoretische conclusie niet bevestigd.

In deze bijdrage is ook gebleken dat *fault* en *no-fault* voor wat betreft de gedragseffecten niet geïsoleerd kunnen worden gezien. Door de invloed van verzekering is bijvoorbeeld de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht in de verzekeringsvoorwaarden geïncorporeerd. Daarmee kan vanuit preventief oogpunt ook *no-fault* een nieuwe kans krijgen. De afschaffing van de aansprakelijkheid kan worden opgevangen door een *no-fault* verzekering met gedifferentieerde premie- en polisvoorwaarden, waarmee het gedrag van verzekerde in theorie optimaal kan worden beïnvloed. In de praktijk beschikt de *no-fault* verzekering nog niet over deze noodzakelijke elementen om het gedrag van de ongevalbetrokkenen te controleren.

In deze bijdrage is ten slotte geconstateerd dat zowel bij *fault* als *no-fault* aanvullende maatregelen nodig zijn om de gedragseffecten bij de ongevalbetrokkenen te waarborgen. Dit kan via de verzekeringsvoorwaarden door een optimale premiedifferentiatie. De verzekeraar zou (meer) kunnen onderzoeken of het gedrag van de ongevalbetrokkenen (verkeersovertredingen) aanleiding geeft tot een premieaanpassing. Daarnaast is ook ex ante veiligheidsregulering nodig om het gedrag van de ongevalbetrokkenen te beïnvloeden en om te voorkomen dat ongevalbetrokkenen achteraf aansprakelijk of vergoedingsplichtig zijn respectievelijk hun eigen schade dienen te dragen.

LITERATUUR

Adams 1985

Adams, M., *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, Heidelberg: R. v. Deckers's Verlag 1985.

Akerlof 1970

Akerlof, G.A., 'The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism', *Quarterly Journal of Economics*, 1970, p. 488-500.

Asser 1998

Asser C., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Verbintenissenrecht, deel 3, De verbintenis uit de wet, bewerkt door A.S. Hartkamp, Zwolle: Tjeenk Willink 1998.

Bloembergen 1980

Bloembergen, A.R., 'De invloed van verzekeringen', *NJB*, 1980, p. 174-183.

Brown 1985

Brown, C., 'Deterrence in Tort and No-fault: The New Zealand Experience', *California Law Review*, 1985, p. 976-1002.

Burrows 1995

Burrows, P., 'Analyzing Legal Paternalism', *International Review of Law and Economics*, 1995, p. 489-508.

Carroll & Kakalik 1993

Carroll, S.J. and J.S. Kakalik, 'No-fault Approaches to Compensating Auto Accident Victims', *Journal of Risk and Insurance*, 1993, 265-287.

Chapman & Trebilcock 1991

Chapman, B. and M.J. Trebilcock, 'Making Hard Social Choices: Lessons from the Auto Accident Compensation Debate', *Law and Economics, Working Paper Series*, 1991, 83pp..

Cohen & Dehejia 2004

Cohen, A. and R. Dehejia, 'The Effect of Automobile Insurance and Accident Liability Laws on Traffic Fatalities', *Journal of Law and Economics*, 2004, p. 357-393.

Cummins 2001

Cummins, D., M. Weiss, and R. Phillips, 'The Incentive Effects of No-fault Automobile Insurance', *Journal of Law and Economics*, 2001, p. 427-464.

Curran 1992

Curran, C., 'The Spread of the Comparative Negligence Rule in the United States', *International Review of Law and Economics*, 1992, p. 317-332.

Van Dam 2005

Dam, M. van, 'De betrokkenheid bij een verkeersongeval in de zin van artikel 185 WWV', *Verkeersrecht*, 2005, p. 301-306.

Van Dam 2001

Dam, M. van, *Verkeersongevallen, een rechtseconomisch, empirisch en positiefrechtelijk onderzoek naar de werking van aansprakelijkheid, verzekering en veiligheidsregulering in het verkeer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Van Dam 2000

Dam, C.C. van, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Van Dam 1998

Dam, C.C. van, 'Bewijs bij verkeersongevallen', in: *Bewijs en letselschade*, Lelystad: Vermande, LSA 1998, p. 23-45.

Van Dam 1989

Dam, C.C. van, *Zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1989.

Deben en Vereeck 2004

Deben, L. en L. Vereeck, *Rechtseconomische theorie van verkeersaansprakelijkheid en regulering*, Diepenbeek, 2004, RA-2004-23, 126 p.

Devlin 1990

Devlin, R.A., 'Some Welfare Implications of No-fault Automobile Insurance', *International Review of Law and Economics*, 1990, p. 193-205.

Deweese, Duff, & Trebilcock 1996

Deweese, D.N., Duff, D. and Trebilcock, M.J., *Exploring the Domain of Accident Law*, Oxford: Oxford University Press 1996.

Drabsch 2005

Drabsch, T., 'No Fault Compensation', *NSW Parliamentary Library Briefing Paper*, 2005, nr. 6/05, 55 p.

Elzas 2000

Elzas, R.Ph., *Handboek Schaderegeling Motorijtuigen*, 2000, 211-1 t/m 211-38.

Faure & Van den Bergh 1989

Faure, M.G. en R.J. Van den Bergh, *Objectieve Aansprakelijkheid, Verplichte Verzekering en Veiligheidsregulering*, Antwerpen-Apeldoorn: MAKLU uitgevers 1989.

Fluit 2007

Fluit, P.S., *Sociale Zekerheidswetgeving*, Deventer: Kluwer 2007.

Hartlief & Tjittes 1999

Hartlief, T. en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer, Serie Recht en Praktijk, nr. 79, 1999.

Hartlief & Klosse 2003

Hartlief, T. en S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Holzhauser & Teijl 1995

Holzhauser, R.W. en R. Teijl, 'Inleiding rechtseconomie', Deventer: Kluwer 1995.

Kinzler 2006

Kinzler, P.J.D., 'Auto Insurance Reform Options: How to Change State Tort and *No-fault* Laws to Reduce Premiums and Increase Consumer Choice', *Issue Analysis, NAMIC*, 2006, 44 p.

Kochanowski & Young 1985

Kochanowski, P.S. and Young, M.V., 'Deterrent Aspects of *No Fault* Automobile Insurance: Some Empirical Findings', *Journal of Risk and Insurance*, 1985, p. 269-288.

Landes 1982a

Landes, E.M. (1982a), 'Insurance, Liability, and Accidents: A Theoretical and Empirical Investigation of the Effect of *No-fault* Accidents', *Journal of Law and Economics*, 1982, p. 49-65.

Landes 1982

Landes, E.M., 'Compensation for Automobile Accident Injuries: Is the Tort System Fair?', *Journal of Legal Studies*, 1982, p. 253-259.

Liao & White 1999

Liao, Y.-Ping and White, M.J., '*No-fault* for Motor Vehicles: An Economic Analysis', *American Law and Economics Review*, 1999, p. 258-294.

Loonstra 2007

Loonstra, C.J., *Hoofdstukken sociaal recht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2007, p. 135-169.

Loughran 2001

Loughran, D.S., *The Effect of No-fault Auto Insurance on Driver Behavior and Auto Accidents in the United States*, RAND Corporation, Working Paper 2001, 67 p.

Maanen, van 2003

Maanen, G.E. van, 'De meerwaarde van het verkeersaansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief en S. Klosse, *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 189-216.

Marco & Salvietti 2007

Marco, A.C. and C. Salvietti, 'What Does Tort Law Deter? Precaution and Activity Levels in *No-fault* Automobile Insurance', *Electronic Paper*, SSRN, New York 2007, 50 p.

McEwin 1989

McEwin, R.I., '*No-fault* and Road Accidents: Some Australasian Evidence', *International Review of Law and Economics*, 1989, p. 13-24.

McEwin 1999

McEwin, R.I., '*No-fault* Compensations Systems', *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, p. 735-763.

Medoff & Magaddino 1982

Medoff, M.H. and Magaddino, J.P. (1982), 'An Empirical Analysis of *No-fault* Insurance', *6 Evaluation Review*, 1982, p. 373-392.

Priest 1987

Priest, G.L., 'The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law', *The Yale Law Journal*, 1987, p. 1521-1590.

Posner 2002

Posner, E.A., 'Probability Errors: Some Positive and Normative Implications for Tort and Contract Law', University of Chicago, *John M. Olin Law and Economics Working Paper*, nr. 161, September 2002, 22 p.

Rolph, Hammit & Houchens 1985

Rolph, J.E., J.K. Hammit and R.L. Houchens, 'Automobile Accident Compensation: Who Pays How Much How Soon?', *Journal of Risk and Insurance*, 1985, p. 667-685.

Schmitz 2000

Schmitz, P.W., 'On the Joint Use of Liability and Safety Regulation', *International Review of Law and Economics*, 2000, p. 371-382.

Schwartz 2002

Schwartz, G.T., 'Empiricism and Tort Law', *University of Illinois Law Review*, 2002, p. 1067-1082.

Shavell 1979

Shavell, S., 'On Moral Hazard and Insurance', *The Quarterly Journal of Economics*, 1979, p. 541-562.

Shavell 1980

Shavell, S., 'Strict Liability versus Negligence', *Journal of Legal Studies*, 1980, p. 1-25.

Shavell 1982

Shavell, S., 'On Liability and Insurance', *The Bell Journal of Economics*, vol. 13, 1982, p. 120-132.

Shavell 1984

Shavell, S., 'Liability for Harm versus Regulation of Safety', *Journal of Legal Studies*, 1984, p. 357-374.

Shavell 1987

Shavell, S., *Economic Analyses of Accident Law*, Cambridge: Harvard University Press 1987.

Sloan, Reilly & Schenzler 1994

Sloan, F., B. Reilly, and C. Schenzler, 'Tort Liability Versus Other Approaches for Deterring Careless Driving', *International Review of Law and Economics*, 1994, p. 53-71.

Spier, Hartlief & Van Maanen 2003

Spier, J., T. Hartlief en G.E. van Maanen, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 143-160

Spier 1996

Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies N.J.V., Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 207-234.

Sugarman 1985

Sugarman, S., 'Doing Away with Tort Law', *California Law Review*, 1985, p. 558-664.

Van den Bergh 1998

Van den Bergh R.J., 'Automatische vergoeding van schade geleden door zwakke verkeersdeelnemers: een rechtseconomische kritiek', in: Faure M., Hartlief T, *Verkeersaansprakelijkheid in België en Nederland*, Antwerpen: Intersentia 1998, p 27-75

Velthoven 2000

Velthoven, B.C.J. van, 'Veiliger verkeer in Nederland?', *Verkeersrecht*, 2000, p. 313-322.

Velthoven 2001

Velthoven, B.C.J. van en P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2001.

Wassenaer van Catwijck 1988

Wassenaer van Catwijck, A.J.O. baron van, 'Verkeersverzekering in Noord-Amerika', *Verkeersarchief*, 1988, p. 321-377.

White 1989

White, M.J., An Empirical Test of the Comparative and Contributory Negligence Rules in Accident Law, *Rand Journal of Economics*, 1989, p. 308-330.

Wittman 1977

Wittman, D., 'Prior Regulation Versus Post Liability: The Choice Between Input and Output Monitoring', *Journal of Legal Studies*, 1977, p. 193-211.

Zador and Lund 1986

Zador, P.L. and Lund, A., 'Re Analyses of the Effects of *No-fault* Auto Insurance on Fatal Crashes', *Journal of Risk and Insurance*, 1986, p. 226-241.

ONDERNEMINGS- EN EFFECTENRECHT

HOOFDSTUK 15

HET ‘KEN-UW-CLIËNT’-BEGINSEL

BINNEN DE EFFECTENDIENSTVERLENING

Een juridische versus een economisch-psychologische benadering

A.J.C.C.M. Loonen¹

SAMENVATTING

Deze bijdrage heeft betrekking op de verplichting van financiële ondernemingen om aan het ‘Ken-Uw-Client’-beginsel te voldoen. Informatie over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de particuliere belegger dienen hier, als onderdeel van de zorgplicht, genoteerd én geïnterpreteerd te worden. In de meeste gevallen wordt hier een cliënten- en/of risicoprofiel voor gebruikt. Om antwoord te krijgen op de vraag of het ‘Ken-Uw-Client’-beginsel effectief is, worden drie vragen gesteld. Vraag 1: Hoe beoordeelt de particuliere belegger het risicoprofiel? Een enquête onder 1000 beleggers leert dat zij het risicoprofiel accepteren zolang het geen direct effect heeft op hun wijze van beleggen. De effectiviteit van het risicoprofiel wordt door ongeveer de helft van de beleggers betwist. Vraag 2 is: Hoe wordt het profiel in een juridische procedure ingezet? Uit een analyse naar uitspraken van de Klachtencommissie DSI blijkt dat de klagende belegger vaker een beroep doet op een gebrek aan beleggingskennis. Dit vaak in combinatie met een onjuist opgesteld profiel en de stelling dat het belegde vermogen pensioengeld betrof. Er kan worden verondersteld dat de introductie van de Wft en de MiFID, in het bijzonder het verplicht vastleggen van de kennis en ervaring, voor een golf van klachten kan zorgen. Problematisch voor de financiële ondernemingen hierbij is dat deze klachten hoogstwaar-

1 Dr. Tom Loonen is verantwoordelijk voor Business Integrity & Regulation bij Bank Insinger de Beaufort N.V. In 2006 is hij gepromoveerd op het effect van de zorgplicht op de effectendienstverlening in Nederland. Hij is lid van de Tucht- en Geschillencommissie DSI. Hij is deeltijd DSI-research Fellow aan het Amsterdam Center for Law & Economics van UvA. Deze bijdrage schrijft hij op persoonlijke titel.

schijnlijk geen betrekking hebben op het niet naleven van regels, maar betrekking hebben op het niet handelen in de geest van een regel. Vraag 3 is: Sorteert het 'Ken-Uw-Cliënt'-beginsel het gewenste economische effect? Uit onderzoek blijkt dat er een weinig systematische aanpak is van het interpreteren van informatie verkregen van de belegger. Dit kan ertoe leiden dat er niet-passende beleggingen worden aangegaan. Als reactie op nieuwe wetgeving én de Prozessfreudigkeit van de particuliere belegger is de beleggingsdeskundige geregeld (té) sterk gericht op het naleven van de asset mix conform het risicoprofiel. Een door de cliënt ondertekend cliënten- en/of risicoprofiel wordt daarbij vaak als doel en niet als hulpmiddel beschouwd. De beleggingen kunnen met behulp van dit profiel weliswaar op hoofdlijnen (asset mix) worden ingevuld, de verdere spreiding heeft eveneens aandacht nodig. Ook de uiteindelijke invulling binnen deze spreiding is relevant. Een vijand van de belegger kan hierbij emotie zijn. Het is hier dat de beleggingsdeskundige, met hulp van het profiel, toegevoegde waarde kan leveren.

1 INLEIDING

Binnen de Nederlandse effectendienstverlening is het aantal regels dat door financiële ondernemingen gevolgd moet worden, de laatste decennia aanzienlijk toegenomen. Deze regels hebben onder andere betrekking op de wijze waarop financiële ondernemingen hun administratieve organisatie inrichten, de wijze waarop belangenverstrengeling dient te worden vermeden en het beschermen van de niet-professionele (hierna particuliere) belegger. In dit artikel zal er nader worden ingegaan op de beschermende maatregelen die de particuliere belegger moet behoeden voor het nemen van onverantwoorde beleggingsbeslissingen. Centraal staat hierbij de werking van de regels die onderdeel uitmaken van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en betrekking hebben op het opmaken van het cliëntenprofiel. Om antwoord te krijgen op de vraag of het 'Ken-Uw-Cliënt'-beginsel effectief is, worden drie vragen gesteld. Sorteert het huidige 'Ken-Uw-Cliënt'-beginsel het gewenste effect? Hoe wordt het cliëntenprofiel in een juridische procedure ingezet? Hoe beoordeelt de particuliere belegger het risicoprofiel? Om tot beantwoording van deze vragen te komen, is dit hoofdstuk in zeven paragrafen opgedeeld.

In paragraaf 2 wordt een toelichting gegeven op de regelgeving ten aanzien van het Ken-Uw-Cliënt-beginsel. Hoe het 'Ken-Uw-Cliënt'-beginsel praktisch wordt ingevuld binnen de effectendienstverlening is beschreven in paragraaf 3. Paragraaf 4 geeft op basis van een empirisch onderzoek onder 1001 particuliere beleggers weer wat hun visie is op het cliëntenprofiel. Dat het cliëntenprofiel niet altijd zal bijdragen ter voorkoming van een klacht, blijkt uit paragraaf 5. Hier is, op basis van een documentenonderzoek, weergegeven hoe het klaaggedrag van de particuliere belegger voor de Klachtencommissie DSI verloopt.

Het cliëntenprofiel is dan weliswaar een juridische verplichting, de daadwerkelijke waarde van het cliëntenprofiel is economisch van aard. De valkuilen van de particuliere belegger op basis van Behavioural Finance worden hier nader beschreven. Gevolgd door de toegevoegde waarde die de beleggingsadviseur kan opleveren. Dit wordt in paragraaf 6 beschreven. Dit artikel wordt in paragraaf 7 besloten met enkele conclusies.

2 EEN KORTE TOELICHTING OP DE REGELGEVING

Op 1 januari 2007 is de Wet op het financieel toezicht in werking getreden. In het kader van het voortzetten van het bestaande 'Ken-Uw-Client'-beginsel als onderdeel van het Besluit toezicht effectenverkeer 1995 (art. 24 lid b) en de Nadere regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 (art. 28 lid 1) zijn er in de Wft drie artikelen opgenomen die de financiële onderneming² tot het inwinnen van informatie over de particuliere belegger verplichten. Voor de beleggingsadvisering is daar artikel 4:23 lid 1 sub a Wft. Hier is te lezen:

'Indien een financiële onderneming een consument of, indien het een financieel instrument of verzekering betreft, cliënt adviseert: a) wint zij in het belang van de consument onderscheidenlijk de cliënt informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies.'

In de memorie van toelichting Deel Gedragstoezicht Wft wordt in artikel 3:4.58 een nadere uitleg gegeven over het eerdergenoemde artikel. Zo is te lezen:

'Het cliëntenprofiel dient bij het aangaan van de relatie te worden opgesteld en vervolgens te worden aangepast indien de cliënt de vermogensbeheerder informeert over wijzigingen, bijvoorbeeld in de doelstelling van het beheer van het individuele vermogen, of indien er bij het beheer andere financiële instrumenten of markten in beeld komen dan bij aanvang van de relatie in beeld waren. Aanpassing van het profiel kan dan op grond van het eerste lid, onderdeel b leiden tot een aanpassing van het beheer van het individuele vermogen.'

2 Zie voor de definitie de Wet op het financieel toezicht, art. 1.1. Hieronder valt conform deze definitie een beleggingsonderneming, financiële onderneming en een financiële dienstverlener. Daarbij is de beleggingsonderneming inhoudelijk gelijk aan het begrip 'effecteninstituting' in de Wte 1995, met dien verstande dat de cliëntenremisier er niet meer onder valt.

In Richtlijn 2006/73/EG, artikel 35 lid 3 wordt opgesomd welke informatie verkregen moet worden:

'3. De informatie over de financiële situatie van de cliënt of potentiële cliënt bevat, voor zover van toepassing, gegevens over de bron en omvang van diens periodieke inkomsten, diens vermogen, waaronder liquide middelen, beleggingen en onroerend goed, en diens financiële verplichtingen.'

Artikel 4:24 lid 1 Wft heeft betrekking op de execution-onlydienstverlening³ in relatie tot 'complexe instrumenten'. Met de kennis van de definitie van niet-complexe financiële instrumenten is het mogelijk het gebied van de complexe instrumenten te benoemen. Zo kan worden vastgesteld dat converteerbare obligaties en converteerbare schuldinstrumenten tot de complexe financiële instrumenten worden gerekend. Voorts kan gedacht worden aan gestructureerde financiële producten (zoals Reverse Convertible Notes, garantieproducten, clickfondsen en zogenoemde Turbo's en Speeders) en derivaten zoals opties en futures. De execution-onlydienstverlening met betrekking tot de zogenoemde 'niet-complexe instrumenten' wordt onder meer ingevuld door artikel 4:24 Wft. In lid 4 van artikel 4:24 Wft zijn die 'eenvoudige' financiële instrumenten genoemd waarop het 'Ken-Uw-Cliënt'-beginsel niet van toepassing is.⁴ Er is op deze dienstverlening in beginsel geen 'Ken-Uw-Cliënt'-beginsel van toepassing mits er aan een aantal voorwaarden voldaan wordt. Deze voorwaarden zijn: 1) de dienstverlening vindt plaats op initiatief van de cliënt en 2) voorafgaand aan de dienstverlening is aan de cliënt kenbaar gemaakt dat de geschiktheid van de te verlenen dienst niet is beoordeeld.

Beleggingsondernemingen die dus enkel orders van cliënten uitvoeren en/of orders ontvangen en doorgeven, mogen zonder dat zij aan de geschiktheidstoets of gepastheidstoets hoeven te voldoen, beleggingsdiensten verrichten.

3 Deze dienst bestaat alleen uit het uitvoeren van beursorders en het verrichten van de daarmee samengaande administratieve handelingen. Dit in tegenstelling tot advies en vermogensbeheer, waar een beleggingsdeskundige adviseert of het vermogen discretionair beheerd.

4 Het betreft hier: a) aandelen die tot de handel op een markt in financiële instrumenten zijn toegelaten, b) instrumenten die gewoonlijk op de geldmarkt verhandeld worden, c) verhandelbare obligaties of andere schuldinstrumenten, voor zover het geen converteerbare obligaties of converteerbare schuldinstrumenten betreft en d) rechten van deelneming in een beleggingsonderneming. Deze laatste categorie zal nog worden gewijzigd (zie Kamerstukken II 2006/07, 30 658, nr. 5, p. 4).

De Wft heeft daarmee nagenoeg de Markets in Financial Instruments Directive (MiFID)⁵ geïncorporeerd. Er dient dan wel aan een aantal voorwaarden te worden voldaan. Het betreft hier:

- handel in een op een gereguleerde markt of op een gelijkwaardige markt van een derde land toegelaten aandelen, geldmarktinstrumenten, obligaties of andere schuldinstrumenten (met uitzondering van obligaties of andere schuldinstrumenten die een afgeleid instrument behelzen), icbe's en andere niet complexe financiële instrumenten. De markt van een derde land wordt geacht gelijkwaardig aan een gereguleerde markt te zijn als hij voldoet aan voorschriften die gelijkwaardig zijn aan de voorschriften in Titel III. De Commissie publiceert een lijst van de markten die als gelijkwaardig moeten worden aangemerkt. Deze lijst wordt periodiek bijgewerkt;
- een dienst die wordt verricht op initiatief van de cliënt of potentiële cliënt;
- een dienst waarbij de (potentiële) cliënt duidelijk in kennis is gesteld dat de beleggingsonderneming bij het verrichten van deze dienst niet verplicht is de geschiktheid van de te verrichten of aangeboden dienst of het aangeboden instrument te beoordelen en dat hij derhalve niet de bescherming van de toepasselijke gedragsregels geniet; Deze waarschuwing mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt;
- verplichtingen die de beleggingsonderneming uit hoofde van artikel 18⁶ dient na te komen.

Artikel 4:90 Wft gaat nader in op het 'Ken-Uw-Clïënt'-beginsel bij discretionair vermogensbeheer.⁷ In dit artikel is in lid 1 a en b te lezen:

'In het kader van het beheren van een individueel vermogen: a. wint een vermogensbeheerder in het belang van de cliënt informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor het beheren van het individuele vermogen; en b. draagt de vermogensbeheerder er zorg voor dat hij bij het beheren van het individuele vermogen, voor zover redelijkerwijs mogelijk, rekening houdt met de in onderdeel a bedoelde informatie.'

5 Een Europese richtlijn die het regelgevende kader vormt op grond waarvan beleggingsdiensten binnen de Europese Unie kunnen plaatsvinden. De MiFID zal per 1 november 2007 in de Wet op het financieel toezicht (Wft) in Nederland worden geïmplementeerd. Dit heeft gevolgen voor financiële dienstverleners die adviseren over beleggen in financiële instrumenten.

6 Artikel 18 van de Richtlijn MiFID heeft betrekking op belangenconflicten.

7 In een vermogensbeheerrelatie is het de beheerder die, binnen de door de cliënt aangegeven richtlijnen voor het beheer, de beslissingen neemt over het al dan niet uitvoeren van transacties (Van Luyn & Du Perron 2004, p. 231).

Per 1 november 2007 zijn de verplichtingen die op de beleggingsondernemingen rusten vanuit de Europese regelgeving nader uitgewerkt in de Wft. Het 'Ken-Uw-Cliënt'-beginsel valt uiteen in twee vormen: 1) de geschiktheidstest ('suitability') en 2) de passendheidstest ('appropriateness').⁸ Daarbij is de geschiktheidstest van toepassing op het beleggingsadvies en het vermogensbeheer. De beleggingsonderneming zal informatie moeten inwinnen om te toetsen of de besproken beleggingsdienst(en) en financiële instrumenten kunnen worden aanbevolen. De passendheidstoets houdt hierin dat beoordeeld moet worden of de cliënt over de nodige kennis en ervaring beschikt om te begrijpen welke risico's aan het betrokken financieel instrument of de betrokken beleggingsdienst verbonden zijn.

3 HET KEN-UW-CLIËNT-BEGINSEL IN DE PRAKTIJK: HET CLIËNTENPROFIEL

In de praktijk worden de begrippen 'risicoprofiel' en 'cliëntenprofiel' regelmatig verwisseld. In artikel 3:4.58 memorie van toelichting Gedragtoezicht Wft is te lezen:

*'Het cliëntenprofiel dient bij het aangaan van de relatie te worden opgesteld en vervolgens te worden aangepast indien de cliënt de vermogensbeheerder informeert over wijzigingen, bijvoorbeeld in de doelstelling van het beheer van het individuele vermogen, of indien er bij het beheer andere financiële instrumenten of markten in beeld komen dan bij aanvang van de relatie in beeld waren.'*⁹

Dit wordt schriftelijk of elektronisch vastgelegd en wordt het 'cliëntenprofiel' genoemd. Het risicoprofiel is daarentegen de inventarisatie of de particuliere belegger bepaalde beleggingsrisico's kan en wil lopen. Dit profiel vormt een onderdeel van het cliëntenprofiel. Vervolgens wordt hier een risicogradatie aan gehangen en een portefeuilleadvies op gegeven. Als het ware kiest een cliënt een beleggingsmodel uit op basis van het resultaat van de vragenlijst.

De invulling van het Ken-Uw-Cliënt-beginsel geschiedt in de meeste gevallen met behulp van een cliëntenprofiel. Dit profiel is in beginsel vormvrij.¹⁰ In de meeste gevallen wordt

⁸ Zie voor nadere uitwerking van de verplichtingen ook Weller & Loonen 2007.

⁹ Vergelijk in dit verband de antwoorden die de AFM heeft gegeven op een aantal vragen over het 'Ken-Uw-Cliënt'-regime in de Wft. Op de vraag: 'Het is niet geheel duidelijk wat onder risicoprofiel verstaan moet worden of welke informatie exact ingewonnen moet worden' stelt de AFM: 'Zoals hiervoor al is aangegeven, kunnen beleggingsondernemingen bij de naleving van artikel 4:23 van de Wft vooruitlopen op de gedetailleerde voorschriften die onder de MiFID zullen gelden, meer in het bijzonder artikel 35, eerste, derde en vierde lid, van de Uitvoeringsrichtlijn MiFID.'

¹⁰ Wel dient voldaan te worden aan het eerdergenoemde artikel 4:23 lid 1 sub a.

dit cliëntenprofiel evenwel opgemaakt op basis van een aantal antwoorden op vragen van persoonlijke financiële aard. Als onderdeel van het cliëntenprofiel wordt het risicoprofiel veelal opgesteld met behulp van een gestandaardiseerde vragenlijst.¹¹ De particuliere belegger wordt verzocht deze schriftelijk of digitaal te beantwoorden. De vragen hebben betrekking op de risicobereidheid van de belegger en op diens persoonlijke financiële omstandigheden. De antwoorden die hieruit voortkomen, worden via een puntenstelsysteem¹² gekoppeld aan een beleggingsmodel. Deze portefeuille, of de standaarddeviatie van de portefeuille, is een maatstaf voor de maximale risicotolerantie en daarmee de maximaal toelaatbare modelportefeuille.¹³ Binnen de relatie tussen een beleggingsadviseur en een particuliere belegger wordt er dan op grond van dit profiel geadviseerd. Zo kan het zijn dat een effectenportefeuille bedoeld als pensioenvoorziening voor het overgrote gedeelte in vastrentende waarden moet worden belegd. Het risicoprofiel zal in dat geval het label 'vastrentende waarden' of 'zeer defensief' krijgen. De beleggingsadviseur zal met zijn adviezen zo veel mogelijk rekening dienen te houden met dit profiel, en bij voorkeur wordt er niet buiten het profiel geadviseerd. Mocht de cliënt op eigen initiatief toch buiten het profiel beleggen, dan zal de beleggingsadviseur de particuliere belegger schriftelijk waarschuwen voor diens 'riskante beleggingsgedrag'. De financiële onderneming heeft dus de verplichting om de particuliere belegger te wijzen op het gekozen risicoprofiel en hierbinnen te adviseren. Tevens rust op haar een verplichting tot waarschuwen indien de belegger – in de ogen van de financiële onderneming – onbesuisde transacties zou willen verrichten. Daarbij is de onderneming afhankelijk van de bereidwilligheid van de particuliere belegger om die informatie, die voor het opmaken van het profiel benodigde informatie essentieel is, te verstrekken.

Welke plicht(en) kent de particuliere belegger binnen het 'Ken-Uw-Client'-beginsel? Het antwoord hierop is kort en krachtig: weinig. De particuliere belegger is niet verplicht om de (persoonlijke) informatie te verstrekken. Er is geen wettelijke spreekplicht.¹⁴ Hem kan hooguit een dienst geweigerd worden door de financiële onderneming. Weigert hij het gekozen of opgelegde risicoprofiel te volgen, dan kan hij zijn gang gaan. Uitzondering hierop vormt artikel 36 lid 5 concept-uitvoeringsrichtlijn van de MiFID, waarin is

11 Veelal zijn de onderwerpen hierin: doelstelling, horizon, ervaring, kennisniveau, risicotolerantie en financiële positie.

12 Opgemerkt zij hier dat door het verkeerd toewijzen van punten, de betrouwbaarheid van een risicoprofiel betwist kan worden.

13 Zie ook Janssen & Nijssen 2004, p. 8.

14 Er zijn uitzonderingen. Zie artikel 7:928 lid 1 BW: 'De verzekeringnemer is verplicht vóór het sluiten van de overeenkomst aan de verzekeraar alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen.' Anderzijds is artikel 7:452 op de relatie patiënt-hulpverlener van toepassing: 'De patiënt geeft de hulpverlener naar beste weten de inlichtingen en de medewerking die deze redelijkerwijs voor het uitvoeren van de overeenkomst behoeft.'

vastgelegd dat in de situatie waar de cliënt geen informatie verstrekt aan de beleggingsonderneming, deze laatste ook geen aanbevelingen zal doen.

Eerder is gesteld dat invulling geven aan het 'Ken-Uw-Cliënt'-beginsel vormvrij is. Wel is vastgesteld welke informatie minimaal verkregen moet worden.¹⁵ Binnen de vormvrijheid valt ook de vrijheid om al dan niet met risicoprofielen te werken. Ook de invulling van de risicoprofielen is vormvrij. Empirisch bewijs voor deze vrijheid blijkt uit het onderzoek van de Vereniging voor Beleggingsanalisten (VBA), in 2007 uitgevoerd onder zeventwintig financiële ondernemingen in Nederland. Uit dit onderzoek blijkt dat de wijze waarop invulling wordt gegeven aan risicoprofielen voor effectenportefeuilles per financiële onderneming (zeer) sterk verschilt. Ter illustratie is het profiel 'neutraal' tussen de financiële ondernemingen vergeleken. De spreiding in de uitkomsten is groot. Zo blijkt het aandelenbestanddeel van het profiel 'neutraal' tussen de onderzochte ondernemingen te kunnen variëren van minimaal 25% tot maximaal 55%. Bij vastrentende waarden is de spreiding nog aanzienlijker; minimaal 25% tot maximaal 70%. Onder 'overigen' worden veelal 'alternatieve beleggingen' verstaan zoals hedgefondsen en onroerend goed.

	Min.	Gem.	Max.
Aand.	25%	43%	55%
Obl.	25%	42%	70%
Liq.	0%	5%	30%
Overig	0%	9%	45%

Tabel 1: Spreiding in portefeuillevreiding bij een 'neutraal' profiel in % (n=100%)

Uit bovenstaand schema blijkt dat gelijknamige profielen bij verschillende financiële ondernemingen qua inhoud sterk kunnen verschillen. Dat dit de transparantie binnen de financiële sector niet ten goede komt, behoeft geen betoog. Een argument om dergelijke verschillen te handhaven zou het verschil in beleggingsstijl of beleggingsvisie kunnen zijn. Desalniettemin kunnen grote onderlinge verschillen, zoals blijkt uit bovenstaand schema, voor onduidelijkheid zorgen en vergelijking voor de particuliere belegger zelfs onmogelijk maken.

¹⁵ Zie de eerdergenoemde artikelen 4:23 en 4:90 Wft.

Opmerkelijk is voorts dat binnen het onderzoek van de VBA is geconstateerd dat het bij 56% van de onderzochte financiële ondernemingen mogelijk is dat een cliënt zijn profiel wijzigt door alleen een handtekening te plaatsen. Er wordt dan geen nieuw risicoprofiel opgemaakt, waarbij (nieuwe) financiële informatie wordt gewogen om zo tot een nieuw risicoprofiel te komen.

4 HET CLIËNTENPROFIEL VOLGENS DE PARTICULIERE BELEGGER

Telefonische enquête onder particuliere beleggers

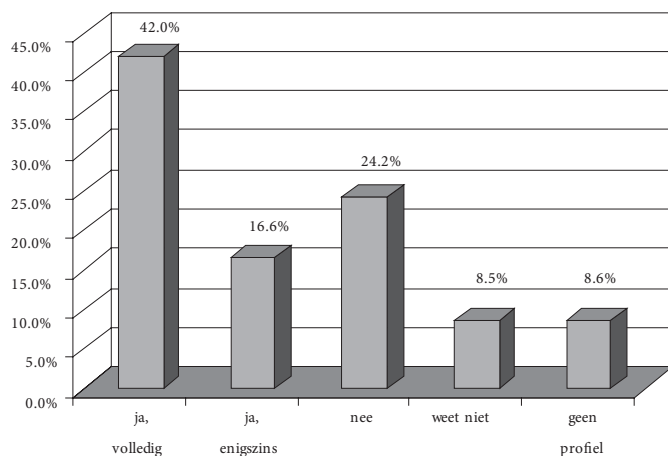
In een promotieonderzoek¹⁶ is onder 1001 particuliere beleggers een telefonische enquête uitgevoerd. Deze enquête is in drie onderdelen uitgevoerd. Het eerste gestandaardiseerde deel van de enquête betreft vijf vragen en stellingen over het functioneren van de beleggingsadviseur. In het tweede gedeelte staan de zorgplicht en de regelgeving centraal. Met behulp van vier gesloten vragen en twee casussen is bezien welke invloed de regelgeving volgens de particuliere belegger heeft op diens relatie met de beleggingsadviseur. In het derde gedeelte van de enquête zijn de respondenten veertien stellingen over de zorgplicht voorgelegd om zo additionele informatie te verkrijgen. Binnen de respondentengroep zijn diverse variabelen aangebracht, zoals leeftijd, geslacht, hoogte van de genoten opleiding, grootte van de effectenportefeuille, aard van de beleggingen, beleggingshorizon en beleggingsgedrag. De crossingsvariabelen zijn voorts getoetst op significantie, waarbij een betrouwbaarheidspercentage is gebruikt van 95%.

De toezichthouder AFM heeft de financiële ondernemingen een aantal verplichtingen opgelegd, waaronder de verplichting invulling te geven aan het 'Ken Uw Cliënt'-beginsel. In de eerste plaats is onderzocht of de beleggingen van de particuliere belegger wel aangegaan zijn conform dit profiel.¹⁷ Van de particuliere beleggers stelt 42% dat dit volledig het geval is, terwijl 16,6% stelt dat dit gedeeltelijk het geval is en 24,4% stelt dat hun beleggingen niet zijn aangegaan volgens dit profiel. In totaal meent 17,1% van de beleggers geen profiel te hebben of niet te weten of hun beleggingen zijn aangegaan conform het risicoprofiel. Lager opgeleide beleggers (34,1%) stellen vaker dan hoger opgeleide particuliere beleggers (24,3%) dat hun beleggingen niet conform hun risicoprofiel zijn aangegaan. Er is eveneens een verschil tussen de beleggers met een kleine effectenportefeuille en de beleggers met een grote effectenportefeuille. Particuliere beleggers met een

¹⁶ Zie Loonen 2006.

¹⁷ Zie ook het rapport Voortdurende zorgplicht 2005, p. 18. Hier is te lezen: 'Bij één of meer instellingen blijkt dat bij ongeveer 20 % van de klanten op dit moment de huidige portefeuille risicovoller is dan het vastgestelde cliëntenprofiel toelaat. Afgezien van het versturen van een brief aan beleggers waarin is aangegeven dat zij handelen buiten hun profiel, ondernemen de instellingen in dit verband veelal geen actie.'

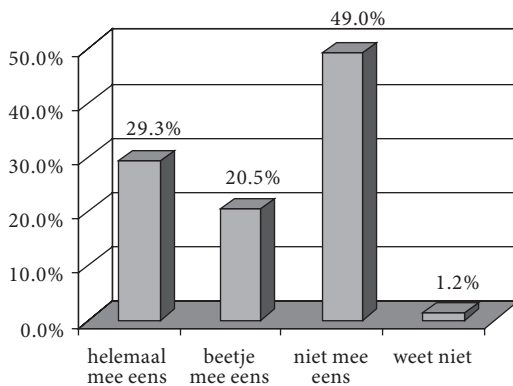
effectenportefeuille < €10.000 stellen vaker (28,3%) dan die met een effectenportefeuille \geq €100.000 (17,8%) dat hun beleggingen niet conform het risicoprofiel zijn aangegaan. Ook is er een significant verschil tussen de particuliere beleggers met een kleine effectenportefeuille (< €10.000) en de beleggers met een middelgrote effectenportefeuille (€10.000 tot €50.000). Particuliere beleggers met een kleine effectenportefeuille weten vaker (12,1%) niet of hun beleggingen conform een risicoprofiel zijn aangegaan dan de particuliere beleggers met een middelgrote effectenportefeuille (6,2%). Particulieren die alleen in obligaties (46,6%), beleggingsfondsen (45,3%) of opties (50%) beleggen stellen significant vaker dan aandelenbeleggers (38,6%) dat hun beleggingen volledig conform het risicoprofiel zijn aangegaan.



Figuur 1: 'Zijn uw beleggingen aangegaan conform het risicoprofiel?' (volgens de particuliere beleggers, n=1001)

Voorts blijkt dat particuliere beleggers het risicoprofiel niet eenduidig accepteren als leidraad voor hun beleggingsgedrag. Zo ervaart 29,3% van de particuliere beleggers hun risicoprofiel als een verplicht te volgen leidraad voor hun effectenportefeuille, terwijl 20,5% het hier een beetje mee eens is en 49% het er volledig mee oneens is. Ook hierbij is er een verschil waarneembaar tussen de hoger en de lager opgeleide beleggers. Van de lager opgeleide beleggers is 53,7% van mening dat het risicoprofiel leidend is voor hun beleggingen, terwijl 32,7% van de middelbaar opgeleiden en 25% van de hoger opgeleide beleggers deze mening zijn toegegaan. 52,9% van de hoger opgeleiden is van mening dat het risicoprofiel in het geheel niet leidend is voor de wijze waarop zij hun effectenportefeuille inrichten. Van de lager opgeleide beleggers deelt 29,6% deze mening. Oudere

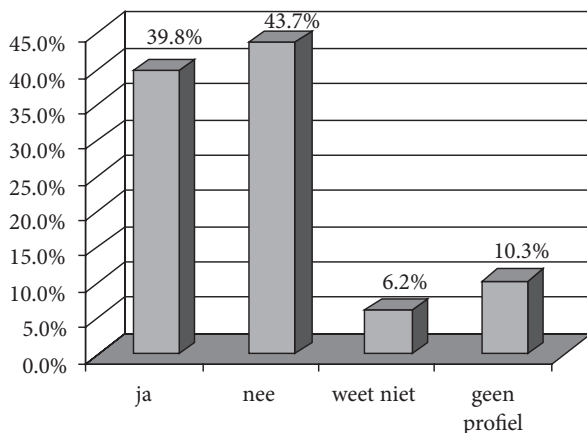
particuliere beleggers (> 50 jaar) zijn significant vaker van mening dat het risicoprofiel gevolgd moet worden (35%) versus 17,8% van de jongere beleggers (< 35 jaar) en 27% van de beleggers tussen de 35 en 49 jaar. Beleggers die gebruikmaken van één specifieke financiële onderneming zijn duidelijk van mening dat hun risicoprofiel gevolgd moet worden (34,6%) ten opzichte van de beleggers die via een tweetal concurrerende financiële ondernemingen beleggen (19,2% en 22,4%).



Figuur 2: 'Een risicoprofiel is leidend voor mijn effectenportefeuille. Hieraan moet ik mij houden' (volgens de particuliere beleggers, n=687)

Het doel van het opstellen van het cliënten- en/of risicoprofiel is het inventariseren van de persoonlijke (financiële) omstandigheden van de cliënt en het vervolgens in overeenstemming hiermee invullen van de effectenportefeuille. Een tweede doel van het profiel is het inzichtelijk maken van de beleggingsrisico's voor een particuliere belegger. Dit doel lijkt nog niet te zijn bereikt. Van de particuliere beleggers (n=916) is 39,8% van mening dat het risicoprofiel hen bewuster heeft gemaakt van de risico's die zij lopen bij het beleggen. Daarentegen is 43,7% van mening dat dit geenszins het geval is. Daarbij is het opmerkelijk dat 46,5% van de particuliere beleggers met een grote effectenportefeuille (\geq € 100.000) stellen dat het risicoprofiel hen wél bewuster heeft gemaakt, tegen 31,2% van de particuliere beleggers met een kleine effectenportefeuille (< € 10.000). Ook is er een onderscheid waarneembaar in het opleidingsniveau van de particuliere beleggers. De lager opgeleide particuliere beleggers (57,1%) en middelbaar opgeleide particuliere beleggers (44,4%) zijn positiever over de toegevoegde waarde van het risicoprofiel dan de hoger opgeleide particuliere beleggers (35,7%). Sterker: er bestaat een significant verschil tussen hoger opgeleide en middelbaar en lager opgeleide beleggers. Van de hoog opgeleide beleggers stelt 48,6% dat het risicoprofiel hen niet bewuster heeft gemaakt van

de risico's ten aanzien van beleggen. Terwijl 38,4% van de middelbaar en 22,1% van de laag opgeleide beleggers deze mening deelt. Dit verschil zou kunnen worden verklaard doordat hoger opgeleide beleggers beter op de hoogte zijn van de risico's van beleggen.



Figuur 3: 'Heeft het vaststellen van uw risicoprofiel u bewuster gemaakt van de risico's die u loopt bij het beleggen?' (volgens de particuliere beleggers, n=916)

Voorts is aan de particuliere beleggers die aangeven een risicoprofiel te hebben en via een beleggingsadviseur te beleggen, een casus voorgelegd. Bij deze casus is gevraagd hoe de particuliere beleggers de handelingen van de beleggingsadviseur ervaren. De casus is als volgt verwoord: 'Het behoort tot de zorgplicht van een beleggingsadviseur u te waarschuwen voor bepaalde risico's. Stel dat uw adviseur u aan de telefoon waarschuwt voor een aankooptransactie waardoor u buiten uw risicoprofiel komt en deze waarschuwing een dag later schriftelijk bevestigt. Hoe zou u dit ervaren?' De particuliere beleggers blijken (in hoge mate) begrip te hebben voor de verplichte handelingen van de beleggingsadviseur. Zo zou 76% van de particuliere beleggers een schriftelijke waarschuwing als positief ervaren. Geen mening heeft 16,2% van de beleggers en 7,8% is negatief over deze regel.

5 HET CLIËNTENPROFIEL IN JURIDISCHE PROCEDURES VOOR DE KLACHTENCOMMISSIE DSI

Ofschoon de introductie van het verplicht onderzoek doen in het kader van het Ken-Uw-Clïënt-beginsel onder andere tot doel heeft nodeloze schade te voorkomen, blijkt dat in de onderzochte jaren 1998-2004 het cliënten- en/of risicoprofiel ook geregeld de bron van een klacht is.

Op basis van een documentenonderzoek naar 1346 uitspraken van de Klachtencommissie DSI¹⁸ over de jaren 1998 tot en met 2004¹⁹ is een aantal interessante conclusies te trekken. Uit dit onderzoek blijkt onder andere dat klagers hun klacht in toenemende mate op meerdere aspecten baseren. De complexiteit waarmee een klacht wordt opgebouwd, neemt toe. Zo werd er gedurende de eerste drie onderzoeksjaren in zeer beperkte mate een beroep gedaan op meerdere gronden om een klacht op te baseren. Bij de invoering van het verplicht schriftelijk of digitaal vastleggen van de informatie verkregen uit het 'Ken Uw Cliënt'-beginsel, is particuliere beleggers verzocht om een vragenlijst in te vullen teneinde het cliëntenprofiel vast te kunnen stellen. Deze verplichting is met behulp van de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 ingevoerd. Het is dit cliëntenprofiel, al dan niet in combinatie met het risicoprofiel, dat in de jaren 2002 en 2003 voor nogal wat klachten heeft gezorgd, waarbij door de klagende partij werd gesteld dat hij de kennis en/of ervaring ten aanzien van het beleggen ontbeert om zelfstandig in te kunnen grijpen of de aangeboden beleggingspropositie te begrijpen. Voorts valt in de jaren 2003 en 2004 direct op dat er in toenemende mate een beroep wordt gedaan op het aspect 'pensioen' in combinatie met een gebrek aan kennis en/of ervaring en/of het gebruik van het cliënten- en/of risicoprofiel. Eveneens is waarneembaar dat er meerdere klachten zijn (met name in de jaren 2002 en 2003) die op drie aspecten zijn gebaseerd (pensioen, cliënten- en/of risicoprofiel en kennis en/of ervaring). De verschuiving gedurende de onderzoeksjaren is hierna in een tabel weergegeven.

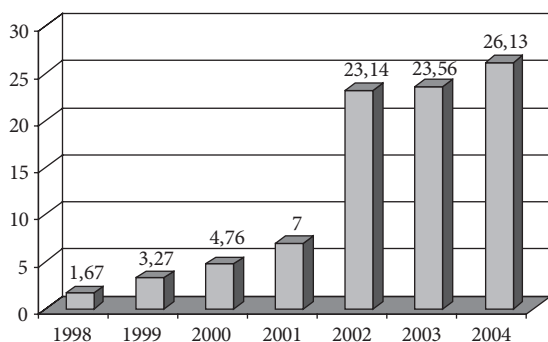
Ofschoon tabel 2 inzicht geeft in het absolute aantal klachten dat is gebaseerd op verschillende aspecten, dient dit gegeven bezien te worden in relatieve zin. Met een toename van het aantal klaagschriften, zouden de cijfers van tabel 2 niet veelzeggend zijn. Worden de behandelde klachten die gebaseerd zijn op verschillende aspecten vergeleken met het totale aantal behandelde klachten, dan blijkt het percentage klachten met twee of meer aspecten aanzienlijk toegenomen te zijn gedurende de onderzoeksjaren. In de laatste drie onderzoeksjaren beslaat het percentage klachten dat uit twee of meer aspecten bestaat rond de 25% van alle klachten.

18 Klachteninstituut die bindend uitspraken doet in geschillen tussen aangesloten financiële instelling en de klagende particuliere belegger. De Klachtencommissie DSI is per 1 april 2007 als beleggingskamer voortgezet in het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFiD).

19 Momenteel worden de jaren 2005, 2006 en 2007 geanalyseerd.

	Klacht gebaseerd op de drie aspecten: pensioen/ cliënten- en/of risicoprofiel/ kennis en/of ervaring	Klacht gebaseerd op de twee aspecten: performance/ kennis en/of ervaring	Klacht gebaseerd op de twee aspecten: pensioen/ kennis en/of ervaring	Klacht gebaseerd op de twee aspecten: cliënten- en/of risicoprofiel/ pensioen	Klacht gebaseerd op de twee aspecten: cliënten- en/of risicoprofiel/ kennis en/of ervaring
1998	1	0	0	1	0
1999	0	2	1	2	0
2000	0	1	2	4	1
2001	2	6	3	6	1
2002	18	6	11	12	6
2003	13	7	4	14	7
2004	8	17	3	20	4

Tabel 2: *Overzicht van het aantal behandelde klachten met twee of meer aspecten (in absolute aantallen)*

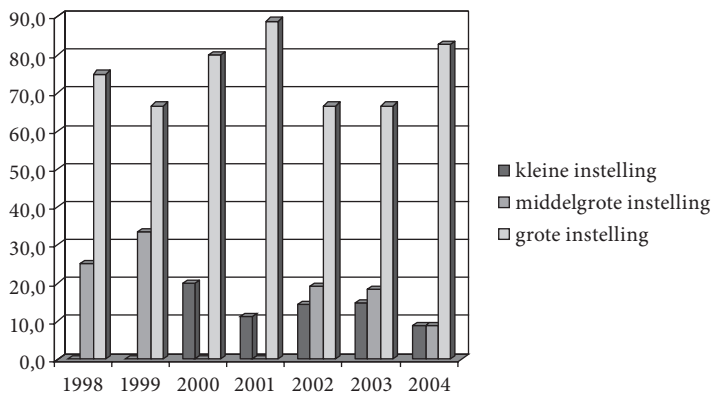


Figuur 4: *Klachten gebaseerd op twee of meer aspecten ten opzichte van het totale aantal klachten (in % van het totaal klachten)*

Klachten over onjuist gebruik van het cliënten- en/of risicoprofiel

Sinds de verplichtingen tot het inwinnen van informatie en het schriftelijk of elektronisch vastleggen daarvan, is het aantal behandelde klachten over de inzet en werking van het cliënten- en/of risicoprofiel explosief toegenomen. In de eerste onderzoeksjaren

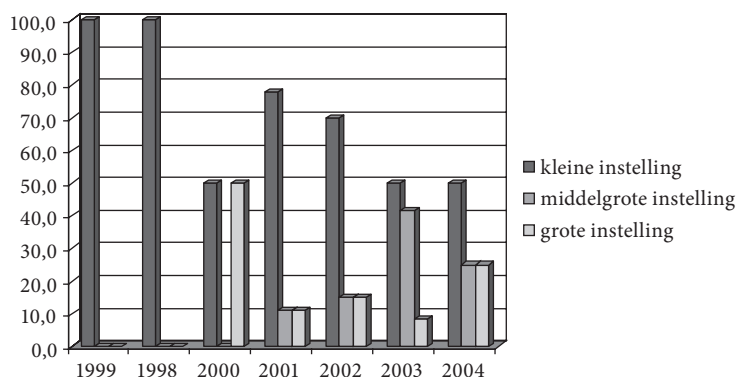
is het aantal klachten hierover beperkt. Achtereenvolgens waren dit er 5 (1998), 6 (1999) en 7 (2000). Vanaf het jaar 2001 steeg het aantal behandelde klachten over dit aspect bovenmatig. Het jaar 2001 kende 19 behandelde klachten, 2002: 44, 2003: 41 en het jaar 2004 37 klachten. De twee soorten dienstverlening waarbij een cliënten- en/of risicoprofiel het meest wordt aangehaald in een klacht, zijn beleggingsadvisering en vermogensbeheer. Ook is er een onderscheid te maken in de categorie onderneming. Als de dienst beleggingsadvisering nader wordt geanalyseerd, dan blijkt dat met name de grote financiële ondernemingen te kampen hebben met klachten over het verkeerd gebruik van het profiel. Een eenduidige reden hiertoe is niet te geven. Grafisch zijn de onderlinge verschillen als volgt weer te geven:



Figuur 5: Verdeling van de klachten over beleggingsadvies waarbij het cliënten- en/of risicoprofiel een rol speelt, verdeeld over de categorieën ondernemingen (in %)

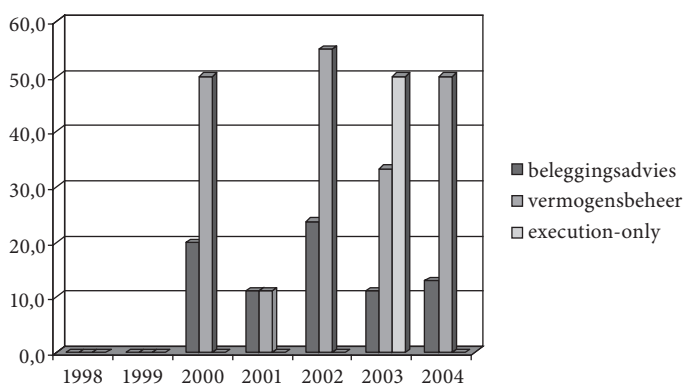
Kijken we naar vermogensbeheer, dan ontstaat er een volstrekt ander beeld. Grote financiële ondernemingen hebben aanmerkelijk minder last van klachten over het gebruik van het risicoprofiel ten opzichte van met name de kleine financiële ondernemingen.

Ook hier kan men alleen raden naar de reden, maar ook uit andere analyses blijkt dat de grote financiële ondernemingen aanmerkelijk minder klachten over hun vermogensbeheeractiviteiten voor de Klachtencommissie DSI te verwerken krijgen ten opzichte van de middelgrote, maar vooral ten opzichte van de kleine financiële ondernemingen.



Figuur 6: Verdeling van de klachten over vermogensbeheer waarbij het cliënten- en/of risicoprofiel een rol speelt, verdeeld over de categorieën ondernemingen (in %)

Een behandelde klacht waarbij (mede) geklaagd wordt over het onjuist gebruik van het cliënten- en/of risicoprofiel, hoeft lang niet altijd gehonoreerd te worden. Het valt op dat gedurende de eerste onderzoeksjaren er geen toewijzing was van de klachten die betrekking hadden op het gebruik van het profiel. Pas in het jaar dat er via nadere regelgeving sprake was van een verplichting, werd de betrokken financiële onderneming hier verantwoordelijk voor gesteld door de Klachtencommissie DSI. Uit de onderzoeksgegevens blijkt dat vanaf het jaar 2000 ondernemingen vaker aansprakelijk werden gesteld. Met name bij vermogensbeheer wordt het onjuist gebruik van het profiel zwaar aangerekend. Het zijn in het bijzonder de laatste onderzoeksjaren waaruit dit blijkt.



Figuur 7: Toewijzing van klachten over het gebruik van het cliënten- en/of risicoprofiel per categorie dienstverlening (in %)

6 EEN ECONOMISCHE BENADERING VAN HET CLIËNTENPROFIEL

Om de controle over de financiële toekomst niet te verliezen, wordt door de consument in toenemende mate financieel advies ingewonnen. Effectendienstverlening kan hier een onderdeel van vormen. Wenst een consument een advies, dan worden er eisen gesteld aan de financiële onderneming. Zo vereist het 'Ken-Uw-Client'-beginsel dat er een brede inventarisatie wordt gedaan naar de financiële omstandigheden van de cliënt en dat die geïnterpreteerd worden. Met andere woorden: een beleggingsadviseur zal een handeling aan- of afraden op basis van zijn inschattingen.²⁰ Alleen bij de dienst execution-only kan de particuliere belegger vrijblijven van advies. Toch vinden veel particuliere beleggers het plezierig dat een profiel wordt opgemaakt en dat zij gewaarschuwd worden voor een – in de ogen van de beleggingsdeskundige – onbesuisde handeling.²¹ Waarom is dit zo? Een mogelijk argument is dat er tussen de financiële onderneming, althans haar medewerkers, en de particuliere belegger sprake is van een kennis- en/of ervarings-asymmetrie. De financiële onderneming heeft het haar opdracht gemaakt om beleggers te begeleiden op de financiële markten.²² Bij beleggingsadvisering is de particuliere belegger in beginsel zelf verantwoordelijk voor zijn beleggingsbeslissingen. De financiële onderneming is dus verplicht om hem als het ware te 'coachen' bij het beleggen. Deze 'coaching' hoeft niet geaccepteerd te worden door de particuliere belegger.

Deze coaching vond ook al plaats voordat het cliëntenprofiel diende te worden ingevoerd (bij de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002). Waarom heeft de toezichthouder de financiële ondernemingen dan toch verplicht gesteld een cliëntenprofiel op te stellen? De reden hiertoe is dat er een onvoldoende modelmatige aanpak van het beleggingsadvies plaatsvond. Dit blijkt uit het eerder aangehaalde promotieonderzoek. In ditzelfde onderzoek²³ is de werkwijze van beleggingsadviseurs onderzocht. Binnen 24 financiële ondernemingen zijn 272 beleggingsadviseurs benaderd met behulp van schrif-

20 Dat de resultante van deze inschattingen enigszins lijken in te druisen tegen de verkregen informatie blijkt uit de situatie dat een cliënt, die geen enkele beleggingskennis en/of ervaring heeft, geadviseerd kan worden zijn vermogen in beheer te geven. Op die wijze zal de kennis of ervaring niet of nauwelijks toenemen en is het lastig voor de cliënt om de handelingen van de beheerder te begrijpen laat staan te controleren.

21 Zie Loonen 2006.

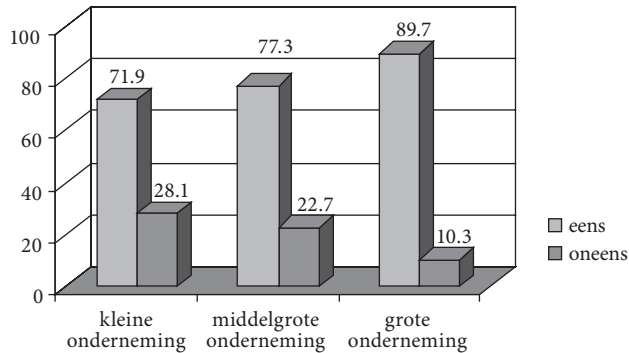
22 Vergelijk HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 inzake de maatschappelijke positie van banken.

23 Voor dit onderzoek zijn 24 financiële ondernemingen (banken of zelfstandige vermogensbeheerders) in Nederland benaderd. Al deze ondernemingen bieden beleggingsadvies aan particuliere beleggers en zijn onderverdeeld in drie categorieën: kleine, middelgrote en grote ondernemingen. Deze categorieën zijn opgesteld op basis van het aantal DSI-geregistreerde beleggingsadviseurs in dienst bij de desbetreffende onderneming per 1 januari 2003. De categorie kleine ondernemingen hadden op genoemde datum ≤ 10 DSI-geregistreerde (senior) beleggingsadviseurs in dienst, de middelgrote ondernemingen tussen de 11-50 en de grote ondernemingen ≥ 51 . Het streven was om iedere categorie instelling tussen de 30% en 40% in het totaalonderzoek mee te laten wegen. De grootte van de financiële onderneming is het hoofdcriterium waarop analyses zijn gemaakt. Voor alle kwantitatieve analyses is eveneens een betrouwbaarheidspercentage gebruikt van 95%. Zie Loonen 2006.

telijke enquêtes. Uiteindelijk hebben 209 beleggingsadviseurs deze enquête ingevuld en teruggezonden. In de praktijk blijkt de wijze waarop het profiel wordt vastgesteld per financiële onderneming sterk te verschillen. Het is voor de beleggingsadviseurs (en waarschijnlijk evenzogoed voor de vermogensbeheerders) onduidelijk welke informatie van een cliënt relevant is voor het risicoprofiel. Ook de frequentie waarmee het profiel zou moeten worden geactualiseerd is hen niet duidelijk. Om deze verschillende interpretaties van de verkregen informatie nader te duiden is ervoor gekozen om de beleggingsadviseurs vier stellingen voor te leggen omtrent het profiel. Er is nagegaan of het cliënten- en/of risicoprofiel door de beleggingsadviseurs voornamelijk wordt gebaseerd op basis van het beleggingsgedrag van de cliënt uit het verleden, zonder verder enig onderzoek te verrichten naar (nieuwe) persoonlijke omstandigheden van de cliënt. Hiermee zou het profiel als een zuiver juridische verplichting worden beschouwd.²⁴ Uit de reacties op de stelling: 'Bij het opstellen van een risicoprofiel kijk ik vooral naar de beleggingen die in het verleden zijn gedaan voor die desbetreffende cliënt' blijkt dat het risicoprofiel hier nauwelijks op wordt gebaseerd. Slechts 5,3% van de beleggingsadviseurs geeft aan dat het profiel op deze basis wordt opgesteld.

Hoever dienen de beleggingsadviseurs te gaan in het betrekken van de verschillende vermogenstitels van hun cliënten in hun advisering? De reacties op de volgende twee stellingen zijn in dit verband interessant. Allereerst de stelling: 'Beleggingen die een cliënt bij een andere onderneming [lees: financiële instelling, TL] aanhoudt moet ik betrekken in mijn advisering'. De beleggingsadviseurs werkzaam bij een kleine onderneming zijn het significant vaker dan de collega's van andere ondernemingen oneens met deze stelling (28,1%). Daarentegen zijn de beleggingsadviseurs die werken bij een grote onderneming het beduidend vaker eens met deze stelling (89,7%) ten opzichte van de beleggingsadviseurs die bij de twee andere categorieën ondernemingen werken.

24 In dat geval zou het cliënten- en/of risicoprofiel door de financiële onderneming opgesteld worden op basis van historische (transactie)informatie. Hoewel de autoriteiten niet voorschrijven hoe het cliëntenprofiel moet worden opgemaakt is het gebruikelijker dat de cliënt op basis van een vragenlijst tot zijn (risico)profiel komt.

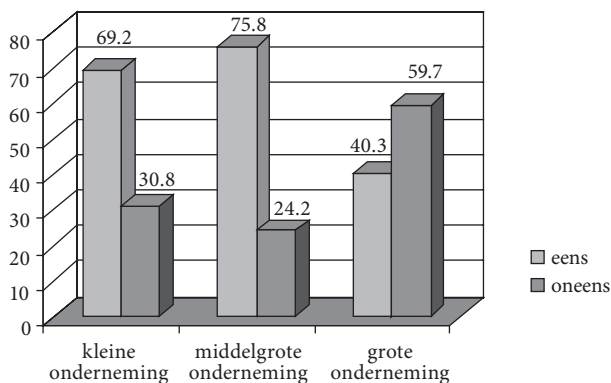


Figuur 8: 'Beleggingen die een cliënt bij een andere onderneming aanhoudt moet ik betrekken in mijn advisering' (volgens de beleggingsadviseurs in %)

De reikwijdte van de inventarisering blijkt uit de reacties van de beleggingsadviseurs op de volgende stelling: 'Het bezit van een eigen woning dient te worden meegenomen in het vaststellen van het risicoprofiel'. Bleek uit de resultaten van de vorige stelling nog dat de beleggingsadviseurs die bij een grote financiële onderneming werken de beleggingen die worden aangehouden bij een andere onderneming meenemen in hun advisering, dezelfde categorie beleggingsadviseurs houdt er een andere mening op na over de laatste stelling.²⁵ Zo blijkt 59,7% van de beleggingsadviseurs die werkzaam zijn bij een grote financiële onderneming het oneens te zijn met de stelling, hetgeen een aanmerkelijk verschil is ten opzichte van de overige twee categorieën ondernemingen. Op hun beurt zijn de beleggingsadviseurs werkzaam bij een kleine (69,2%) of middelgrote onderneming (75,8%) het significant vaker eens met deze stelling dan de beleggingsadviseurs van een grote onderneming (40,3%).

Het is opmerkelijk dat het in eerste aanleg de beleggingsadviseurs van de grote financiële ondernemingen zijn die er een groot voorstander van zijn de beleggingen aangehouden bij derden mee te laten wegen in hun advisering, en dat zij vervolgens afwijzend tegenover de stelling staan dat de eigen woning meegenomen dient te worden in het risicoprofiel.

25 Waarbij dient opgemerkt te worden dat er financiële ondernemingen zijn die onroerend goed niet beschouwen als een aparte asset class en het onder 'aandelen' scharen.



Figuur 9: 'Het bezit van een eigen woning dient te worden meegenomen in het vaststellen van het risicoprofiel' (volgens de beleggingsadviseurs in %)

Beleggingsadviseurs baseerden hun advies vaak op marktontwikkelingen zonder zich daarbij voldoende rekenschap te geven van de persoonlijke financiële omstandigheden van de cliënt. Vragen als: 'Kan de cliënt eventuele verliezen dragen?' en 'Wil de cliënt deze beleggingsrisico's aangaan?' werden daarbij niet altijd afdoende gesteld. Ook statische informatie wordt echter niet eenduidig geïnterpreteerd. Uit onderzoek naar de wijze waarop financiële adviseurs de informatie die zij verkregen van hun cliënten interpreteren blijkt dat adviseurs de neiging hebben om statische informatie totaal verschillend te interpreteren.²⁶ Deze verkregen informatie had betrekking op mededelingen van cliënten over hun risicoacceptatie.

Er lijkt dus een weinig systematische aanpak in het interpreteren van informatie. Dit blijkt eveneens uit een onderzoek²⁷ naar het inschatten van risicotolerantie van respectievelijk mannen en vrouwen. Zo blijkt: 1) er een significant verschil is in de risicotolerantie tussen mannen en vrouwen; mannen zijn daarbij risicotoleranter²⁸ en 2) beide seksen een te lage risicotolerantie voorspelden bij zowel mannen als vrouwen. In een eerdere studie werd bovendien geconcludeerd dat zowel mannen als vrouwen de risicotolerantie van mannen beter inschatten dan vrouwen, maar bovenal dat mannen de

26 Zie Snelbecker & Roszkowski 1990, p. 377.

27 Zie Eckel & Grossman 2003. Zie ook Olsen 2001, p. 29.

28 Zie ook Hallahan, Faff & McKenzie 2004, p. 57. Zij concluderen dat de relatie tussen demografische factoren zoals seksen, inkomen en welstand significant gecorreleerd zijn met financiële risicotolerantie. Terecht stellen zij dat het feit dat vrouwen risicoaverser zijn op gespannen voet staat met het feit dat zij een langere levensverwachting hebben en daardoor een groter beroep op vermogen zullen doen. Zie voor vergelijkbare conclusies Riley & Chow 1992, p. 34.

risicotolerantie van vrouwen aanzienlijk vaker onderschatten.²⁹ Anders geformuleerd: een bijna systematische onderclassificering van de risicotolerantie van de vrouw vindt in dit onderzoek plaats. Hen worden daardoor mogelijke winsten onthouden.³⁰ Waar vindt deze onderclassificatie zijn oorsprong? Mogelijk is hier sprake van selectieve perceptie. De adviseurs nemen onbewust slechts ten dele waar wat de daadwerkelijke wens is van hun cliënten. Dit is mogelijk door slechte ervaringen met andere – vrouwelijke – cliënten ingegeven. Waarschijnlijker is het ontstaan te herleiden uit menselijke vooroordelen. Een zorgelijke bevinding aangezien juist een deskundig veronderstelde adviseur zich van deze voorveronderstellingen dient te onthouden.³¹ Ofschoon vrijwel alle financiële ondernemingen het uiteindelijke risicoprofiel van een (potentiële) cliënt bepalen aan de hand van resultaten van een vragenlijst, is de interpretatie van verkregen informatie veelal verschillend. Hoe het bezit van bijvoorbeeld een eigen woning en van lijfrentepolissen wordt geïnterpreteerd, zal mede afhankelijk zijn van procedures, budgetten (hoeveel tijd mag er gebruikt worden per cliënt) en persoonlijke kennis van de bankmedewerker.

Nu er in de vorige paragrafen uitvoerig is stilgestaan bij de inhoud van de wet- en regelgeving en de praktische (juridische) uitwerking ervan, is het interessant de economische waarde van het cliëntenprofiel nader toe te lichten. Dit wordt gedaan door te bezien wat – op wetenschappelijke grondslagen – de toegevoegde waarde is van een beleggingsdeskundige.

Behavioural Finance

Portefeuilletheorieën nemen aan dat beleggers rationele, optimale nutgebruikers zijn, waarbij objectieve factoren als leeftijd, aanwezig kapitaal, inkomen en opleiding een rol spelen ten aanzien van de relatieve risicobereidheid.³² Deze theoretische benadering strookt beperkt met de praktijk. Particuliere beleggers vertonen sterk emotioneel gedrag bij het nemen van een beleggingsbeslissing; zowel bij het aangaan, gedurende, als bij het beëindigen van een belegging. Met andere woorden: particuliere beleggers denken niet rationeel maar suboptimaal.

29 Zie Eckel & Grossman 2002, p. 281.

30 Zie in dit verband de conclusie van Schulman e.a. 1999. Zij concluderen dat artsen, in vergelijking tot mannelijke patiënten, minder bereid zijn om agressieve behandelmethoden toe te passen op vrouwelijke patiënten. Dit in situaties waarbij het ziektebeeld van de mannelijke en vrouwelijke patiënten vergelijkbare symptomen kent. Zie ook Wang 1994, die stelt dat beleggingsadviseurs hun vrouwelijke cliënten aanmerkelijk voorzichtiger adviseren dan hun mannelijke cliënten. Dit uit zich vooral in het adviseren van beleggingen die een lagere risico-rendementsverhouding kennen.

31 Zie Roszkowski & Grable 2005. Zij concluderen in hun studie: 'Financial advisors appear to have a somewhat distorted sense of the risk tolerance of males and the risk aversion of females, with the latter being greater'. Op pagina 189 wordt dit verduidelijkt met de opmerking: 'Our results suggest that commonly used judgments of risk tolerance based on advisor experience and intuition tend to be inadequate both in terms of precision and because of the likelihood of bias'.

32 Zie Von Neumann & Morgenstern 1953.

Particuliere beleggers kennen emotionele overwegingen in het bepalen van hun handelsgedrag. Daarbij wordt het gedrag met name bepaald door het interpreteren van informatie en het gedrag van anderen. Nieuwe informatie is dus bepalend óf en hóe men hierop handelt.

Handelen veel mensen op bepaalde informatie en zien anderen dit vervolgens weer, dan kan een hype eenvoudig omslaan in paniek en zelfs in een beurskrach³³ resulteren.³⁴ Het is deze emotionaliteit die het vaststellen van een risicoprofiel uitermate complex kan maken. Hoe beleggers uiteindelijk hun geld alloceren verschilt vaak van de wijze waarop zij stellen dit te doen.³⁵ Het is daarbij de vraag of de methodiek van vaststellen van het cliënten- en/of risicoprofiel toereikend is voor het doel. De emotionaliteit van de particuliere belegger maakt dat gecompliceerd. Waarom? Om deze vraag te beantwoorden staan we eerst stil bij de basis van *Behavioural Finance*. Met welke emoties kan een particuliere belegger zoal te maken krijgen? *Behavioural Finance* maakt gebruik van wetenschappelijk onderzoek op het gebied van sociaal-cognitieve en economische voorkeuren. Zo wordt meer inzicht verkregen in beleggingsbeslissingen en hoe deze van invloed zijn op koersontwikkelingen en te behalen rendementen.

Loss Aversion

Hier is aangetoond dat mensen winst en verlies asymmetrisch benaderen. In situaties dat beleggers winst maakten werden zij risico-avers, terwijl zij in situaties dat zij verlies maakten juist risico opzochten.³⁶ Hiermee is aangetoond dat mensen gevoeliger zijn voor verliezen dan voor winsten. Zo lijkt een verklaring gevonden voor het feit dat particuliere beleggers nogal eens de neiging hebben aandelen met een (bescheiden) winst direct te verkopen, terwijl zij verliesgevende beleggingen vaak langdurig aanhouden. Dit laatste in de hoop op betere tijden. Vergelijk in deze een onderzoek waarbij 163.000 individuele rekeningen van personen die klant waren bij een effectenhuis werden onderzocht.³⁷ Gedurende de periode van één jaar werd het aantal dagelijkse transacties in winstgevende en verlieslatende aandelen gevolgd. Een van de conclusies is dat gedurende de periode januari tot november particuliere beleggers hun winstgevende aandelen 1.7 keer vaker verkochten dan hun verlieslatende aandelen. Anders gesteld: winstgevende aandelen hadden 70% meer kans om verkocht te worden dan verlieslatende aandelen. In december verkochten particuliere beleggers hun verlieslatende aandelen wat sneller. Beleggers hebben de neiging hun verlieslatende beleggingen te lang te houden, terwijl

33 Daarbij wordt een beurskrach in het algemeen beschouwd als een daling van de beursindex van meer dan 10% in twee opeenvolgende beursdagen.

34 Zie Prast 2004, p. 19.

35 Zie Riley & Chow 1992.

36 Zie Kahneman & Tversky 1979, p. 263-291.

37 Zie Odean 1998, p. 1775-1798.

zij hun winstgevende aandelen en beleggingsfondsen te snel van de hand doen.³⁸ Bij dit onderzoek is eveneens rekening gehouden met andere elementen zoals fiscale motieven. Hiervan bleek weliswaar sprake te zijn, maar dit is niet de enige reden dat winnaars snel worden verkocht en verliezers aangehouden worden.

Mental Accounting

Mensen vertonen 'Mental Accounting'. Dit is de neiging van mensen dat zij verschillende financiële problemen onder verschillende 'mental accounts' plaatsen, terwijl zij niet onderkennen dat het rationeler zou zijn de beslissingen over deze problemen te integreren.³⁹ Zo waarderen mensen geld afhankelijk van de wijze waarop zij aan het geld komen. Hebben zij er hard voor moeten werken, dan zal een verlies harder aankomen dan bij geld dat verloren is dat afkomstig was van een winnende loterij, terwijl het financiële (beleggings)vraagstuk in wezen niet verschillend is.

Cognitive bias

Cognitieve psychologie onderzoekt hoe mensen in de praktijk informatie beoordelen. Uit deze onderzoeken blijkt dat mensen continu informatie verkeerd interpreteren en zo (te) eenvoudig veronderstellingen aannemen. Zo ontkennen of minimaliseren zij bepaalde informatie waaruit zou blijken dat men een onjuiste beslissing heeft genomen of dat een onjuiste veronderstelling wordt aangehangen. Friedman en Savage⁴⁰ beschrijven in dit kader het fenomeen dat mensen meedoen met de loterij en tegelijkertijd een verzekering kopen. Uitgaande dat zij voor beide een gelijksoortige premie betalen, is het opmerkelijk dat de kans op enerzijds een ongeluk, anderzijds geluk, wellicht even groot is. Bij een verzekering wordt een premie betaald om financieel ongeluk te beperken, terwijl dit gelijk staat aan deelname in een loterij: het vergroten van de kans op financieel geluk. Een ander voorbeeld is dat van Linda.

38 Zie Shefrin & Statman 1985, p. 777-792.

39 Zie Thaler 1980, p. 39-60 en Kahneman & Tversky 1984, p. 293-315.

40 Zie Friedman & Savage 1948, p. 279-304.

LINDA

Linda is 31 years old, single, outspoken, and very bright. She majored in philosophy. As a student, she was deeply concerned with issues of discrimination and social justice, and she also participated in the antinuclear movement.

What is most likely?

1. Linda works in a bookstore and takes Yoga classes.
2. Linda is a bank teller.
3. Linda is a bank teller and is active in the feminist movement.

Figuur 10: De casus van Linda (D. Kahneman, A. Tversky, 1984)

Op het eerste oog zou men denken dat antwoord 1 correct is. De kans dat Linda zowel in een boekhandel werkt én yogales volgt is minder groot dan dat zij bankemployee is. Gezien het profiel van Linda lijkt antwoord 3 dan waarschijnlijk. Dit is evenmin het geval; de kans dat Linda bankemployee is én actief is in de feministische beweging is kleiner dan dat zij alleen werkzaam is als bankemployee. Zo is antwoord 2 het meest waarschijnlijk. Dit voorbeeld maakt duidelijk dat het antwoord dat op het eerste oog juist lijkt te zijn, naar alle waarschijnlijkheid het onjuiste antwoord is.

Cognitieve dissonantie

Mensen willen cognitieve dissonantie beperken om zo de 'psychologische pijn' van een negatief zelfbeeld te beperken. Om deze redenen hebben zij de neiging informatie waaruit blijkt dat zij een verkeerde beslissing hebben genomen te negeren of te minimaliseren. Met als resultaat dat mensen informatie dus filteren. Vergelijk in dit verband het onderzoek waarin in de periode 1 oktober 1999 tot 1 maart 2000 de reactie van de koersen van ICT-aandelen op nieuws uit de ICT-sector werden onderzocht.⁴¹ Beleggers bleken alerter te zijn bij goed nieuws dan bij slecht nieuws.

Conservatisme

Dit is een fenomeen waarbij mensen geleidelijk hun geloof aanpassen op basis van nieuwe informatie. Experimenten tonen aan dat er twee tot vijf observaties van nieuwe informatie nodig zijn om inzichten of meningen te veranderen. Hoe bruikbaar de informatie is, hoe sterker het conservatisme is. Dit komt doordat nieuwe waardevolle informatie conflicteert met bestaande inzichten of meningen.

⁴¹ Zie Keijer & Prast 2001, p. 288-292.

Overconfidence

Te veel zelfvertrouwen betekent dat iemand zijn vaardigheden overschat. Mannen zijn gemiddeld te zelfverzekerd in vergelijking tot vrouwen.⁴² Ook particuliere beleggers zouden in hoge mate te veel zelfvertrouwen hebben. Een onderzoek, verricht van juni 1998 tot januari 2000, leert dat de gemiddelde respondent meende de resultaten van de financiële markten te kunnen verslaan.⁴³ Daarbij is een model ontworpen waarbij rekening wordt gehouden met te veel zelfvertrouwen en *biased self-attribution*. Dit model gaat uit van het psychologische mechanisme dat de belegger zijn hoeveelheid niet-openbare informatie overschat, alsmede zijn vaardigheid deze informatie juist te interpreteren. Vanwege de zelfoverschatting gelooft de belegger dat hij een van de weinigen is, zo niet de enige, die in staat is relevante signalen te interpreteren. Dit – koppige – gedrag van de belegger kan ertoe leiden dat hij niet inziet dat hij een verkeerde beslissing heeft genomen, maar juist de mening toegedaan is dat de markt het verkeerd ziet. Dit kan leiden tot excessief handelsgedrag (en dus onnodige kosten). De mate van zelfverzekerdheid blijkt ook uit de vraag hoe particuliere beleggers hun beleggingservaring waarderen. Hier blijkt dat ongeveer de helft van de vrouwelijke beleggers stellen dat zij (zeer) ervaren beleggers zijn, terwijl 60% van de mannelijke beleggers dit stellen.⁴⁴

Moral Hazard

Moral Hazard⁴⁵ is het verschijnsel dat mensen zich onverantwoordelijk(er) gaan gedragen als ze weten dat de schade die zij aanrichten, wordt vergoed door derden. Het verschijnsel komt veel voor in de verzekeringssector. Het is gebleken dat iemand zich risicovoller gaat gedragen, zodra hij weet dat hij toch verzekerd is. Denk aan iemand die een reisverzekering heeft en daardoor op vakantie minder goed op zijn digitale camera let dan hij zonder verzekering zou hebben gedaan. Verzekeraars gaan Moral Hazard tegen door een eigen risico in te voeren.⁴⁶ Ook in de bancaire sector is dit fenomeen bekend. Een recent voorbeeld is de kredietcrisis in 2007. De Europese Centrale Bank (ECB) stelde op dat moment aan de banken grote kredieten beschikbaar tegen zeer lage rente om hun kredietverlening op gang te houden. De vraag was of dit gerechtvaardigd was en of banken hierdoor niet onvoorzichtiger zouden worden met hun kredietverlening. De zorg was dat er een gedachte zou ontstaan dat de ECB 'toch wel bij zou springen'.

42 Zie Barber & Odean 2001, p. 261-292.

43 Zie Daniel, Hirshleifer & Subrahmanyam 1998, p. 1839-1885.

44 Zie Barber & Odean 2001.

45 Er zijn verschillende vormen van Moral Hazard. Zie Zweifel & Manning 2000 voor een overzicht.

46 Zie Westerhout & Folmer 2007.

Excessive trading

Ook het excessief handelsgedrag onder particuliere beleggers is onderzocht. In de periode 1991-1996 zijn 66.000 rekeningen van particuliere beleggers gevolgd.⁴⁷ Deze particuliere beleggers beleggen via zogenoemde 'stockbrokers'. Hier worden alleen hun beursorders uitgevoerd en krijgen zij geen beleggingsadvies. Wat bleek: de gemiddelde belegger zou meer rendement behalen indien hij minder frequent zou handelen. Voorts werd geconcludeerd dat de gemiddelde particuliere belegger excessief handelt. Hierbij hebben de onderzoekers ontdekt dat mannelijke beleggers gemiddeld 1.5 keer zoveel handelen als vrouwelijke beleggers. Het behaalde rendement op de portefeuilles is bij mannelijke beleggers significant lager ten opzichte van vrouwelijke beleggers (het verschil bedraagt 1%).

Availability heuristic

Het gaat hierbij om de neiging van mensen om de frequentie of de waarschijnlijkheid van een gebeurtenis in te schatten naargelang deze gebeurtenis op te roepen is in het geheugen. Een voorbeeld hiervan kan de vraag zijn: 'Welke gebeurtenis heeft de grootste kans dat gebeurt? Dat u getroffen wordt door een vliegtuigonderdeel of dat u door een haai gebeten wordt?' Veel respondenten blijken van mening te zijn dat de kans dat zij gebeten worden door een haai groter is dan dat zij door een vliegtuigonderdeel worden getroffen. Dit omdat mensen eerder een beeld hebben bij een aanval van een haai dan een vallend onderdeel van een vliegtuig. De kans dat men door een vliegtuigonderdeel getroffen wordt is 1 op 15 miljoen, terwijl de kans gebeten te worden door een haai slechts 1 op 500 miljoen is.

De toegevoegde waarde van de beleggingsdeskundigen

Uit voornoemde beschrijvingen is af te leiden dat de particuliere belegger verschillende emoties kan vertonen die zijn rationeel handelen belemmeren. Dat beleggingsdeskundigen een rol kunnen spelen in het beheersen van de emoties en het rationeel handelen bevorderen, wordt in een onderzoek aangetoond.⁴⁸ In dit onderzoek werden de beleggingsresultaten van 2411 particuliere beleggers die geheel zelfstandig belegden vergeleken met de resultaten van 2887 beleggers die onder begeleiding van een beleggingsdeskundige⁴⁹ belegden. Centraal staat de vraag of de fondsmanagers minder ontvankelijk

47 Zie Barber & Odean 2000, p. 773-806.

48 Zie Shapira & Venezia 2001, p. 1573-1587.

49 Het is hierbij niet geheel duidelijk of dit een fondsmanager of een vermogensbeheerder is die op basis van een van de particuliere belegger verkregen mandaat handelt, of dat hier sprake is van een beleggingsadviseur die zowel zelfstandig lijkt te mogen handelen als beleggingsadviezen verstrekt. Zo spreken Shapira & Venezia 2001 op p. 1576 over 'portfolio and money managers'. Klaarblijkelijk betreft het hier een functionaris die zowel beheert als adviseert aangezien Shapira en Venezia spreken van: 'Some clients call their PMMs (portfolio and money managers, TL) frequently, while others give them complete freedom in managing their portfolio'.

zijn voor sommige psychologische effecten dan particuliere beleggers. Het onderzoek was in het bijzonder gericht op het *dispositie effect*.⁵⁰ Eveneens werden de handelsfrequentie en het handelsvolume van de twee onderzoeksgroepen met elkaar vergeleken. De onderzoekers concludeerden dat particuliere beleggers die handelden met behulp van een beleggingsdeskundige, hun verlieslatende beleggingen 56,15 dagen aanhielden, terwijl dit bij de zelfstandige beleggers gemiddeld 63,26 dagen was. Bij profijtelijke transacties was het echter omgekeerd. De beleggers die onder begeleiding handelden, hielden deze winstgevende posities 25 dagen aan, terwijl de zelfstandige beleggers deze 20,17 dagen aanhielden. De conclusie van de onderzoekers was dat het dispositie-effect bij beleggers die begeleid werden kleiner was dan bij zelfstandige beleggers. De onderzoekers namen meer aspecten mee in hun onderzoek. Beroepsmatige beleggers worden vaak beschuldigd van zogenoemd *churning*.⁵¹ Uit dit onderzoek kwam naar voren dat in die portefeuilles die onder intensieve begeleiding staan, gemiddeld drie maal zoveel *round trips*⁵² uitgevoerd werden ten opzichte van de onafhankelijke portefeuilles (19,42 versus 6,51). Ook het aantal transacties was ongeveer drie maal zo hoog in de portefeuilles onder begeleiding (46,23 transacties) ten opzichte van de zelfstandige portefeuilles (19,42 transacties).⁵³ Of dit verschillend handelsgedrag te wijten is aan *status quo bias*⁵⁴ of juist de neiging van de beleggingsdeskundige om onnodig te muteren (*churning*) is niet duidelijk. De prestaties van de portefeuille onder begeleiding bleven, ook na verrekening van de hogere provisie, beter dan die van de zelfstandig beheerde portefeuille. Daarenboven bleken de onafhankelijke portefeuilles meer gecorreleerd met de markt dan de portefeuilles die door fondsmanagers begeleid werden. Uit het onderzoek blijkt voorts

50 De neiging van beleggers om stijgende aandelen sneller te verkopen dan verlies te nemen op aandelen die dalen. Dit 'dispositie effect' is eerder aangetoond door Shefrin & Statman 1985.

51 Over 'churning' is in artikel 6:12 Nrgfo de volgende bepaling inzake onevenredig hoge transactiefrequenties, commissies of andere vergoedingen opgenomen: 1. Een beleggingsonderneming onthoudt zich van het uitvoeren van transacties voor rekening van cliënten met een zodanige frequentie of van een zodanige omvang dat dit gezien de omstandigheden kennelijk strekt tot bevoordeling van de beleggingsonderneming, tenzij sprake is van transacties waarvoor de cliënt op eigen initiatief uitdrukkelijk opdracht heeft gegeven. 2. De beleggingsonderneming onthoudt zich van het in rekening brengen van onevenredig hoge commissies of andere vergoedingen.

52 De definitie van 'round trips': 'Round trips are transactions where there was a buy and a subsequent sale so that at the end of the round trip the client had a zero position in the security' (zie Shapira & Venezia 2001, p. 1576).

53 Dit in tegenstelling tot de onderzoeksresultaten van Barber & Odean 2001 waaruit blijkt dat online beleggers actiever en speculatiever beleggen dan de gemiddelde belegger.

54 De neiging om, door onzekere factoren, niet te handelen. Zie Samuelson & Zeckhauser 1988, p. 7-59.

dat de beleggingsdeskundigen zich positief⁵⁵ onderscheiden ten opzichte van particuliere beleggers; zij selecteren aandelen op hun merites en niet op basis van kuddegedrag, zoals populaire aandelen. Daarnaast bleken veel particuliere beleggers slecht gespreide portefeuilles te hebben. Voorts bleek dat de spreiding van de beleggingen van de portefeuilles onder begeleiding verder doorgevoerd was (gemiddeld 17,8 verschillende aandelen) ten opzichte van de zelfstandige portefeuilles (gemiddeld 6 verschillende aandelen).

7 CONCLUSIES

Het cliënten- en risicoprofiel zou niet meer dan een hulpmiddel moeten zijn dat ten dienste staat aan de particuliere belegger en de beleggingsdeskundige. Het geeft de parameters aan van de asset mix waarbinnen geadviseerd moet worden. De praktijk is anders. Binnen de effectendienstverlening is de beleggingsdeskundige (té) sterk gericht op het naleven van de asset mix zoals dient te worden gevolgd conform het risicoprofiel. De gedachte leeft dat zolang er binnen de kaders van het risicoprofiel geadviseerd wordt, er ook economisch *juist* geadviseerd wordt. Het is echter twijfelachtig of hiermee de particuliere belegger gediend is. Naast het sturen op 'asset mix'-niveau is ook het regionaal of sectoraal spreiden relevant. De wijze waarop de beleggingen vervolgens gekocht of verkocht worden behoeft eveneens aandacht. Zo zou er door de beleggingsdeskundige gewezen moeten worden op bepaalde emotionele beleggingshandelingen (of het ontbreken van handelen). Uit onderzoek blijkt dat in het bijzonder emotionele handelingen (zoals beschreven in par. 5) ertoe kunnen leiden dat er (aanzienlijke) verliezen geleden worden. De beleggingsdeskundige kan in het beleggingsproces hier aantoonbaar waarde in toevoegen. Met het risicoprofiel zal uiteindelijk niet voorkomen worden dat er emotioneel wordt gehandeld. Wel kan het een waarschuwingssignalering hebben. Een door de cliënt ondertekend cliënten- en risicoprofiel wordt nog te vaak als doel beschouwd. Wijzigingen in de beleggingsmix worden – juridisch – gerechtvaardigd door simpelweg het risicoprofiel aan te passen en te laten tekenen. Uit onderzoek van de VBA onder 27 financiële ondernemingen blijkt dat dit in 56% van de gevallen mogelijk is. Door de invoering van de Wft (en richtlijnen MiFID) zal hier naar verwachting verandering in komen. De beleggingsdeskundige zal niet langer alleen informatie moeten noteren, maar bovenal interpreteren (een handeling

55 Ofschoon er ook opmerkingen te maken zijn over het gedrag van beleggingsdeskundigen. Volgens Shleifer & Vishny 1997, p. 35-55, is de separatie van hersenen en kapitaal een gevolg van het principal-agent probleem. Concreet: professionele beleggers beheren niet hun eigen geld, maar dat van klanten die over het algemeen leiden aan cognitieve-psychologische mechanismen. Als een professionele belegger kortetermijnverliezen realiseert doordat hij tegen de marktbeveging in handelt, dan kan dit zijn reputatie schaden en zijn cliënten doen besluiten hun gelden terug te trekken. Een professionele belegger wil zijn cliënten niet teleurstellen. Vanuit deze optiek zal de professional slechts beperkt grote risico's willen nemen en met name kortetermijnbeleggingen willen aanhouden waarop hij beoordeeld wordt. Dit kan tegen zijn beleggingsopdracht zijn.

die overigens niet eenduidig gebeurd, zie par. 5). Hierdoor zal een situatie ontstaan waarin een risicoprofiel niet een doel, maar slechts een middel is om nader inzicht te krijgen in de financiële en emotionele beweegredenen van een cliënt.

Wil het profiel een adequaat hulpmiddel zijn, dan zal de wijze waarop de informatie wordt geïnterpreteerd én gewogen kwalitatief hoogwaardig zijn. Daarnaast is het met name voor de particuliere belegger belangrijk dat de consequenties die gehangen worden aan bepaalde risicoprofielen (in grote lijnen) homogeen zijn. Dat het op dit punt aan homogeniteit ontbreekt blijkt uit het onderzoek van de VBA. Gelijksortige risicoprofielen kennen een volstrekt andere invulling. Voorts blijkt dat ook beleggingsdeskundigen (in casu beleggingsadviseurs) volstrekt verschillende informatie meewegen in het uiteindelijke profiel.

In een tijdgeest waar het financieel plannen niet langer een luxe is, maar door de versoering van de zorg van overheidswege bijna een opgelegde verplichting, zal de effectendienstverlening in toenemende mate een andere rol krijgen. Was effectendienstverlening veelal een monodienst (men kreeg advies welke beleggingen gekocht of verkocht dienden te worden of het vermogen werd zo zorgvuldig mogelijk beheerd), binnen het financiële plan⁵⁶ van de consument vormt effectendienstverlening in toenemende mate een aanzienlijk stuk van een totale puzzel, waarbij de financiële resultaten van de beleggingen vaak een cruciale rol spelen bij de poging de financiële doelstellingen op (lange) termijn te behalen. Deze nieuwe rol van effectendienstverlening is terug te vinden in de eisen die worden gesteld aan de financiële onderneming in de Wft (en MiFID). Er dient een integrale inventarisatie plaats te vinden van de financiële huishouding van de cliënt alvorens er geadviseerd of beheerd kan worden. Dit lijkt onveranderd ten opzichte van de Wte 1995 (en Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002), maar dit is wel degelijk een belangrijke wijziging. Niet alleen het noteren van deze informatie is van belang, maar veeleer het interpreteren van de verkregen informatie. Hier kan een zogenoemde Asset Liability Management-analyse (ALM) een belangrijke rol in vervullen, waar met behulp van koersgegevens uit het verleden de haalbaarheid van financiële doelstellingen met bepaalde beleggingen inzichtelijk wordt gemaakt. Dat goede informatie hierbij cruciaal is, zal duidelijk zijn. Dit voor het juridische 'welzijn' van de financiële onderneming, maar bovenal voor het economische 'welzijn' van de particuliere belegger. Op basis van de resultaten van het documentenonderzoek naar de uitspraken van de Klachtencommissie DSI kan worden verondersteld dat de introductie van de Wft (en richtlijnen MiFID) voor

56 Zie 't Hart & Loonen 2007 die zich kritisch uitlaten over de te hoge verwachtingen die mogelijk bij de financiële consument hierover worden gewekt.

een nieuwe golf van klachten kan zorgen.⁵⁷ Problematisch voor de financiële ondernemingen hierbij is dat deze klachten hoogstwaarschijnlijk geen betrekking hebben op het niet naleven van regels ('rule based'), maar betrekking hebben op het niet handelen in de geest van een regel ('principle based'). Denkbare klachten zijn: een vermeend onjuiste analyse van de financiële huishouding, onvolledige informatie verkregen van de particuliere belegger en toch geadviseerd, het kapitaal bleek toch pensioengeld, de particuliere belegger had onvoldoende kennis en/of ervaring om het advies goed te begrijpen.

LITERATUUR

Barber & Odean 2000

B. Barber en T. Odean, 'Trading is hazardous to your wealth: the common stock investment performance of individual investors', *Journal of Finance* (55) 2000, p. 773.

Barber & Odean 2001

B. Barber en T. Odean, 'Boys will be boys: gender, over confidence and common stock investment', *Quarterly Journal of Economics* (116) 2001, p. 261.

Daniel, Hirshleifer & Subrahmanyam 1998

K. Daniel, D. Hirshleifer en A. Subrahmanyam, 'Investor psychology and security market under- and overreactions', *The Journal of Finance* 1998, p. 1839.

Eckel & Grossman 2002

C.C. Eckel en P.J. Grossman, 'Sex differences and statistical stereotyping in attitudes toward financial risk', *Evolution and Human Behavior* (23) 2002, p. 281.

Eckel & Grossman 2003

C.C. Eckel en P.J. Grossman, *Forecasting risk attitudes: an experimental study of actual and forecast risk attitudes of women and men*, (niet gepubliceerd) 2003.

Friedman & Savage 1948

M. Friedman en L.J. Savage, 'The utility analysis of choice involving risk', *Journal of Political Economy* (56) 1948, p. 279.

Hallahan, Faff & McKenzie 2004

T.A. Hallahan, R.W. Faff en M.D. McKenzie, 'An empirical investigation of personal financial risk tolerance', *Financial Services Review* (13) 2004, p. 57.

57 Natuurlijk is het 'Ken-Uw-Cliënt'-beginsel niet nieuw, maar de invulling ervan is wel aangepast. Dit was feitelijk ook zo bij de invoering van de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002. Ook toen was eerder in het Besluit toezicht effectenverkeer 1995 (Bte 1995) in artikel 24b vastgelegd dat: 'Een effecteninstelling houdt zich bij het verrichten van haar werkzaamheden aan door de toezichthouder te stellen regels die ertoe strekken dat de effecteninstelling: in het belang van haar cliënten kennis neemt van hun financiële positie, ervaring en beleggingsdoelstellingen, voor zover dit redelijkerwijs van belang is met het oog op het verrichten van haar diensten'. Alleen de verplichting tot vastleggen is later ingevoerd.

't Hart & Loonen 2007

F. 't Hart en T. Loonen, 'MiFID is schijnbescherming', *Het Financieele Dagblad* 4 oktober 2007.

Janssen & Nijssen 2004

Janssen, R.A.M. Nijssen en S.J.O. Nijssen, 'Het risicoprofiel van de belegger: de emotionele risico-beleving', *Vakblad Financiële Planning* 2004, p. 8.

Kahneman & Tversky 1979

D. Kahneman en A. Tversky, 'Prospect theory: an analysis of decision making under risk', *Econometrica* (47) 1979, p. 263.

Kahneman & Tversky 1984

D. Kahneman en A. Tversky, 'Extensional versus intuitive reasoning', *Psychological Review* (91) 1984, p. 293.

Keijer & Prast 2001

M. Keijer en H.M. Prast, 'De telecomhype: hij was er echt', *Economische Statistische Berichten* 2001, p. 288.

Loonen 2006

A.J.C.C.M. Loonen, *Een kwestie van vertrouwen. Het effect van de zorgplicht op de Nederlandse effectenadvisering. Een empirisch-analytisch onderzoek naar de stand van zaken*, Zeist: Kerkebosch 2006.

Van Luyn & Du Perron 2004

M. van Luyn en C.E. Du Perron, *Effecten van de zorgplicht*, Deventer: Kluwer 2004.

Von Neumann & Morgenstern 1953

J. von Neumann en O. Morgenstern, *Theory of games and economic behavior*, Princeton: Princeton University Press 1953.

Odean 1998

T. Odean, 'Are investors reluctant to realize their losses?', *Journal of Finance* (53) 1998, p. 1775.

Olsen 2001

R.A. Olsen, 'The influence of gender on the perception and response to investment risk: the case of professional investors', *Journal of Psychology and Financial Markets* (2) 2001, p. 29.

Prast 2004

H.M. Prast, *Psychology in financial markets: an introduction to behavioral finance*. Financiële & Monetaire studies, Amsterdam: NIBE-SVV 2005.

Riley & Chow 1992

W.B. Riley en K.V. Chow, 'Asset allocation and individual risk aversion', *Financial Analysts Journal* 1992, p. 34.

Roszkowski & Grable 2005

M.J. Roszkowski en J. Grable, 'Gender stereotypes in advisors' clinical judgements of financial risk tolerance: objects in mirror are closer than they appear', *Journal of Behavioral Finance* (6) 2005, p. 181.

Samuelson & Zeckhauser 1988

W. Samuelson en R. Zeckhauser, 'Status quo bias in decision making', *Journal of Risk and Uncertainty* 1988, p. 7.

Schulman (e.a.) 1999

K.A. Schulman e.a., 'The effects of race and sex on physicians' recommendations for cardiac catheterization', *The New England Journal of Medicine* (340) 1999, p. 618.

Shapira & Venezia 2001

Z. Shapira en I. Venezia, 'Patterns of behavior of professionally managed and independent investors', *Journal of Banking & Finance* (25) 2001, p. 1573.

Shefrin & Statman 1985

H. Shefrin en M. Statman, 'The disposition to sell winners too early and ride losers too long: theory and evidence', *Journal of Finance* (3) 1985, p. 777.

Shleifer & Vishny 1997

A. Shleifer en R. Vishny, 'The limits of arbitrage', *Journal of Finance* (52) 1997, p. 35.

Snelbecker & Roszkowski 1990

G.E. Snelbecker en M.J. Roszkowski, 'Investors' risk tolerance and return aspirations and financial advisors' interpretations: a conceptual model and exploratory data', *Journal of Behavioral Economics* (19) 1990, p. 377.

Thaler 1980

R. Thaler, 'Toward a positive theory of consumer choice', *Journal of Economic Behavior and Organization* 1980, p. 39.

Voortdurende zorgplicht 2005

Voortdurende zorgplicht. *Generieke rapportage naar zorgplicht bij ontwikkeling en verkoop van producten*, Amsterdam: AFM 2005.

Wang 1994

P. Wang, 'Brokers still treat men better than women', *Money* (23) 1994, p. 108.

Weller & Loonen 2007

E.J. Weller en A.J.C.C.M. Loonen, 'Van noteren naar interpreteren. Het ken-uw-cliënt-beginsel in de Wft en MiFID', *Tijdschrift voor Compliance* 2007 (3), mei/juni p. 62-69.

Westerhout & Folmer 2007

E. Westerhout en K. Folmer, 'Co-payment systems in health care: between moral hazard and risk reduction'. *CPB discussion paper*, Den Haag: CPB 2007.

Zweifel & Manning 2000

P. Zweifel en W.G. Manning, 'Moral hazard and consumer incentives in health care', in: A.J. Culyer en J.P. Newhouse (red.), *Handbook of health economics*, Amsterdam: Elsevier 2000, p. 409.

HOOFDSTUK 16

BELONINGSPRIKKELS VOOR BESTUURDERS EN COMMISSARISSEN

G.T.M.J. Raaijmakers¹

SAMENVATTING

Zowel bestuurdersbeloning als commissarissenbeloning staat in de belangstelling. Hoewel dit op het eerste gezicht verschillende onderwerpen lijken, hebben ze gemeen dat ze raken aan de fundamentele ‘checks & balances’ van een onderneming. Samen vormen bestuurders en commissarissen de leiding van zo’n onderneming. Hebben ze daarbij de juiste prikkels om de belangen van de aandeelhouders en de overige betrokken stakeholders goed te behartigen? In de praktijk is deze discussie vaak snel politiek van aard. Dit is echter maar één kant van de zaak, en eerlijk gezegd een betrekkelijk beperkte. In deze bijdrage zal worden ingegaan op de vraag hoe de discussie vanuit een gedragsrechtelijk oogpunt kan worden bekeken.

1 INLEIDING

De beloning van topbestuurders staat momenteel hoog op de politieke agenda. In het verlengde daarvan is er ook discussie over de beloning van commissarissen. Het debat heeft een sterk cyclisch karakter. Nadat de beloning van topbestuurders ondanks verschillende ‘maatregelen’ opnieuw sterk gestegen is, wordt wederom gedebatteerd over aanvullende wettelijke regelingen om die ontwikkeling af te remmen. Hierbij worden in de Tweede Kamer diverse ‘ballonnetjes’ opgelaten, uiteenlopend van het maximaliseren van bonussen, en fiscale ontmoediging tot het meer serieuze idee om de ondernemings-

¹ Advocaat en partner bij NautaDutilh te Amsterdam en hoogleraar ondernemings- en effectenrecht aan de Vrije Universiteit.

raad een adviesrecht te geven ten aanzien van de topinkomens binnen de onderneming.² Voor een deel vindt deze discussie haar grondslag in de vaak gehoorde klacht dat er door de sterke stijging van topinkomens een scheefgroei ontstaat in het ‘loongebouw’ en er daarmee een te grote druk ontstaat op de sociale cohesie die daarvan uit zou moeten gaan.

De discussie speelt echter ook een rol in het licht van *corporate governance*. Daar gaat het vooral om de koppeling tussen beloning en prestatie vanuit een oogpunt van ‘incentives’, prikkels. Sluit de beloningsstructuur wel aan bij de behoefte aan goede *checks & balances* binnen (beursgenoteerde) ondernemingen? Worden bestuurders voldoende geprikkeld om de belangen van de onderneming en haar aandeelhouders te dienen? Wanneer zijn die prikkels zo sterk dat de verleiding ontstaat om ‘over de schreef te gaan’, bijvoorbeeld door de financiële cijfers zodanig te manipuleren dat ondanks tegenvallende resultaten toch een bonus kan worden uitgekeerd? Wat is een juiste balans hierin? Hoe verhoudt de beloning van commissarissen zich tot hun toezichthoudende taak en is in dat licht denkbaar dat zij ook een variabele beloning krijgen? In dit *corporate governance*-debat ligt de nadruk op de beloningsstructuur als zodanig, en niet zozeer de enkele hoogte van beloningen, zij het dat die daarbij wel een rol kan spelen.³

Hierna ga ik eerst in op de effecten van regelgeving op de positie van bestuurders in het licht van hun beloning, om daarna stil te staan bij de commissaris.

2 BESTUURDERSBELONING

2.1 *Transparantie als toermiddel?*⁴

Na de boekhoudschandalen van onder meer Enron en Ahold zijn regelgevers in actie gekomen om het systeem van het ondernemingsrecht en het financiële recht weerbaarder te maken. Vaak beogen de nieuwe regels bepaald wenselijk (integer) gedrag te bevorderen of juist onwenselijk gedrag te ontmoedigen, en vaak zijn deze regels gericht op het vergroten van transparantie door openbaarmakingsverplichtingen in het leven te roepen. Dat zien we ook bij het onderwerp topinkomens. De wetgever houdt ook na de boekhoudschandalen expliciet vast aan het uitgangspunt dat variabele beloning een nuttige functie vervult, dat het met andere woorden een goed middel is om bestuurders te prikkelen zich te gedragen naar het belang van de onderneming en haar aandeel-

2 Zie bijvoorbeeld het Tweede Kamer-debat over topinkomens in de private sector van 11 april 2007.

3 Vgl. S. van Wijnbergen, Bos én bedrijfsleven negeren het probleem, NRC 20 november 2007, waarin hij stelt dat top-salarissen een teken zijn van falende corporate governance.

4 Zie hierover uitgebreider Raaijmakers (2006a).

houders.⁵ Maatregelen kunnen gericht zijn op het bestrijden van de uitwassen, zo lijkt de benadering te zijn. Transparantie lijkt hierbij een soort toverwoord. Het ‘*sunlight-effect*’ wordt het door Amerikanen genoemd; wat het daglicht niet kan verdragen, zal door transparantie vanzelf verdwijnen.⁶ Het publieke debat zal voor matiging en structuurverbetering zorgen.⁷ De vraag is of dit soort doelen inderdaad kunnen worden bereikt met meer transparantie. Tot dusver lijkt de grotere transparantie door de onderlinge vergelijkbaarheid van inkomens eerder een opdrijvend dan een afremmend effect te hebben.⁸ Intussen kunnen bij de beoogde gedragsverandering zelf ook vraagtekens worden geplaatst. De Amerikaanse econoom Michael Jensen heeft begin jaren negentig met zijn rechtseconomische pleidooi voor variabele beloning als prikkelinstrument aan de wieg gestaan van de stormachtige ontwikkeling ervan in de jaren daarna.⁹ Inmiddels is ook hij aan de juistheid van dit uitgangspunt gaan twijfelen.¹⁰ De vraag is of dergelijke gedragssturing niet te complex is en of in de praktijk de mogelijkheden van misbruik wel adequaat kunnen worden uitgesloten. Het zijn vragen waar de wetgever en de juridische wetenschap zich in Nederland en Europa nauwelijks mee bezig lijken te houden.

Dit alles is illustratief voor een breder probleem. De laatste jaren laten in Nederland en Europa een explosie zien van nieuwe regelgeving op het terrein van het ondernemingsrecht, het effectenrecht en het accountantsrecht. Hoewel vaak gezegd wordt dat aan deze kant van de oceaan een model wordt nagestreefd van dialoog en harmonie, is er ook hier een onmiskenbare tendens naar strenge, meer gedetailleerde (*compliance*)regels. Gedragssturing is ook hierbij belangrijk. Men zou verwachten dat dan ook wordt nagedacht over de vraag of de ontworpen regels inderdaad het gewenste effect opleveren. Er worden wel steeds vaker inschattingen gemaakt welke directe kosten regelgeving tot gevolg heeft. Maar daar wordt vreemd genoeg de vraag naar gedragseffecten en onwen-

5 Kabinetsreactie Code Tabaksblat, p. 15. Zie ook Kamerstukken II 27 900, nr. 5, p. 3; Kamerstukken II 29 449, nr. 2, p. 10. Zo ook par. 4.2 Rapport Winter. Zie verder De Groot (2005), p. 464. Ook in de VS wordt dit uitgangspunt nog altijd gehanteerd. Zie bijv. Bebchuk, Fried (2004), o.a. op p. 10 e.v.

6 Vgl. bijv. de Kabinetsreactie Code Tabaksblat, p. 22-24. Zie ook Kamerstukken II 27 900, nr. 3, p. 5; transparantie moet volgens de regering voorkomen dat bestuurders en commissarissen zich laten leiden door hun eigen financiële belangen. Zie ook Ebke (2003), p. 173 e.v. Vgl. ook, zij het aanmerkelijk voorzichtiger, Ferrarini, Moloney (2004), o.a. op p. 299 e.v.; Hansmann, Kraakman (2005), p. 22 e.v.

7 Kamerstukken II 29 752, nr. 2, p. 20. De aandeelhoudersvergadering kreeg in dit verband de bevoegdheid het beloningsbeleid als zodanig vast te stellen en daarmee een vuist te maken jegens de ondernemingsleiding. Artikel 2:135 BW en daarover Kamerstukken II 29 752, nr. 2, p. 14; Kamerstukken II 28 179, B, p. 6; nr. 31, p. 4; Kamerstukken II 30 189, nr. 5, p. 5; Kamerstukken II 29 449, nr. 1, p. 16; nr. 2, p. 10-11. Ook op Europees niveau wordt een vergelijkbare – zij het wat verder afgezwakte – benadering gekozen. Zie de Aanbeveling van de Commissie van 14 december 2004 ter bevordering van de toepassing van een passende regeling voor de beloning van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen, van 29.12.2004, Pb.L. 385/55.

8 Zie vergelijkbare kritische kanttekeningen van de Raad van State bij de soortgelijke discussie over de topinkomens in de publieke sector en de plannen over de aanpak daarvan: Kamerstukken II 30 189, nr. 5, p. 3.

9 Zie Jensen, Murphy (1990), p. 225-264.

10 Jensen, Murphy (2004), o.a. op p. 22. Zie ook Bebchuk, Fried (2004), p. 4.

selijke neveneffecten niet bij betrokken. Er wordt uitgegaan van de rationeel handelende mens die een logische afweging maakt en zich door regelgeving en sancties laat sturen. De werkelijkheid is – uiteraard – veel weerbarstiger.

In de economie, met name in de VS, is men verder in het bestuderen van de consequenties van juist de irrationaliteit van het menselijk handelen. Voorheen ging men uit van de rationele mens en geloofde men in efficiënte financiële markten: beleggers kunnen steeds alle relevante informatie op waarde schatten en de juiste beslissingen nemen. Door de opkomst van de *Behavioral Economics* is die vooronderstelling de afgelopen decennia gedemonteerd. Deze stroming nam de cognitieve psychologie tot uitgangspunt waarin juist irrationele gedragspatronen centraal staan. Een voorbeeld is de overmoed van mensen. Het blijkt dat gebeurtenissen waarvan mensen denken dat die zich zeker zullen voordoen, slechts in 80% van de gevallen voorkomen. Terwijl omgekeerd zaken die ze voor onmogelijk houden toch nog in 20% van de gevallen gebeuren.¹¹

Nauw hieraan verwant is het ‘over-optimisme’. Als mensen bijvoorbeeld gevraagd wordt een inschatting te maken van hun eigen vakkundigheid, sociale vaardigheden en humor, denkt 90% dat zij uitstekend boven het gemiddelde. Wiskundig is dat toch wat lastig. Daar komt bij dat mensen vooral gericht blijken te zijn op informatie die hun opvatting bevestigt. Daarvan afwijkende informatie wordt vaak genegeerd.¹² Een bekende menselijke neiging is ook die van het conservatisme: mensen vinden het erg moeilijk af te stappen van een eenmaal ingenomen zienswijze, hoezeer daar ook puur logisch alle redenen toe zou zijn. Zo zijn er nog vele andere gedragspatronen waar veel onderzoek naar is gedaan.

Menselijk gedrag is kortom vaak juist niet rationeel verklaarbaar. Het wordt beïnvloed door menselijke neigingen die juist niet logisch zijn en de oordeelsvorming en keuzes van mensen vertroebelen. In de *Behavioral Economics* worden deze inzichten verdisconteerd om zo een beter model te kunnen ontwerpen dat een grotere voorspellende waarde heeft. Zo kan worden aangetoond dat financiële analisten bij nieuwe positieve informatie over een onderneming sneller terugkomen op een eerder verkoopadvies, dan dat ze bij negatieve informatie terugkomen op een koopadvies. Ook laat onderzoek zien dat beleggers er wel degelijk van uitgaan dat resultaten uit het verleden garanties bieden voor de toekomst. Bij gebrek aan andere referentiepunten laten zij zich daardoor leiden, terwijl de beleggingsresultaten daar op zichzelf geen aanleiding toe geven. Ook suggereert onderzoek dat het feit dat veel bedrijfsovernames geen waarde toevoegen, te herleiden is tot overmoed en ‘over-optimisme’ van bestuurders. Zij blijken te snel uit te gaan van de juistheid van hun eigen analyse over te behalen synergieën en brengen daarom te snel een te hoog bod uit op de over te nemen onderneming.

11 Thaler (2005), p. 667 e.v.

12 Thaler (2005), p. 667 e.v.

Wat betekent dit alles nu voor regelgevingsprocessen? Er is op dat vlak een groeiende behoefte aan meer heldere structuren. Ondernemingen klagen steen en been over de toenemende regeldruk, ook al is dat mogelijk deels ingegeven door koudwatervrees en weerstand tegen bijvoorbeeld veranderende machtsverhoudingen. Maar voor een ander deel is die kritiek zeker ook terecht. Het klimaat voor nieuwe regelgeving is 'gunstig': de overheid staat na de boekhoudschandalen en de economische malaise onder druk en neemt de makkelijke weg, te weten het snel ontwerpen van nieuwe strenge regels. Nu wil ik zeker niet beweren dat die nieuwe regels per definitie slecht zijn. Integendeel. Veel van die nieuwe regels behelzen een noodzakelijke modernisering van ons systeem die waarschijnlijk al veel eerder had moeten worden doorgevoerd. Alleen dreigen in de stormachtige ontwikkeling op dit moment wel het overzicht en de richting zoek te raken. Er is behoefte aan een strakker kader en duidelijkere visie over hoe ondernemerschap maximaal kan worden gestimuleerd binnen wenselijke integriteitswaarborgen. Meer aandacht voor en inzicht in de gewenste en ongewenste gedragseffecten kunnen daaraan bijdragen.

Dat vereist dat twee keer moet nagedacht voordat toegegeven wordt aan de sterke neiging om 'alles dicht te timmeren' met *'hard and fast rules'*. Transparantie dwingt tot meer verantwoording. Maar onderzoek laat zien dat het ook keerzijden heeft. Zo kan het leiden tot een grotere spanning tussen korte en lange termijn, denk aan kwartaalberichten. Door het toegenomen gebruik daarvan is de neiging om heel gericht te zijn op de korte termijn verder toegenomen. Ook kan transparantie tot *moral hazards* leiden. Meer verantwoordingsplicht leidt tot een machtsverschuiving. Aandeelhouders krijgen meer te vertellen, waardoor commissarissen de neiging kunnen voelen het dan maar aan hen over te laten. Dergelijke verschuivingen doen inherent afbreuk aan onderling vertrouwen als basis. Bovendien gaat de transparantiegedachte impliciet uit van een corrigerende werking door de markt die er in de praktijk lang niet altijd is. Zo was in het geval van Enron veel van de belastende informatie door de onderneming wel degelijk op voorhand openbaar, zonder dat dit tot marktcorrecties of zelfs kritische vragen had geleid. Ook bij de financiële bijsluiters zien we dat: er is meer informatie over complexe financiële producten beschikbaar, maar onderzoek toont aan dat het overgrote deel van de consumenten daar geen acht op slaat. Transparantie is kortom niet het tovermiddel waar het nogal eens voor wordt gehouden.

Moet dan maar niet naar meer transparantie worden gestreefd? Dat is niet gezegd. Transparantie is een krachtig middel dat niet altijd goed te controleren is en even krachtige onwenselijke neveneffecten kan hebben op het gedrag van mensen. Het moet dus onderdeel zijn van een doordacht normenkader, waarbij een goede balans bestaat tussen verantwoording en onderling vertrouwen om zodoende optimale gedragseffecten te bereiken. De juridische en economische wetenschap hebben een belangrijke rol om

die balans te vinden. Regelgevers zullen gedragseffecten daarbij nadrukkelijker moeten adresseren.

Voor zover een regel een gedragseffect beoogt, dient een helder omschreven doel te worden geformuleerd en een duidelijk toetsbare hypothese te worden gesteld over te verwachten gedragseffecten en ongewenste neveneffecten. Vervolgens zal na enige tijd geëvalueerd moeten worden of de hypothese juist blijkt te zijn dan wel of bijsturing noodzakelijk is. Ook hierbij is nader onderzoek onontbeerlijk. Kijkend bijvoorbeeld naar analyses over de boekhoudschandalen, kan worden geconstateerd dat er een veelheid is aan meningen, maar een tekort aan grondig empirisch onderzoek. Hoe minder feiten, hoe meer theorieën, zegt een oud Chinees gezegde. Kort gezegd: snelle, ogenschijnlijk krachtige oplossingen geven op de korte termijn misschien een bevredigend gevoel. We kunnen hierin gemakkelijk bedrogen uitkomen en er achter komen dat het beloofde heilzame effect slechts een illusie bleek.

2.2 Opnieuw nieuwe regelgeving

Zoals gezegd wordt er opnieuw gedebatteerd over nieuwe regelgeving ten aanzien van de bestuurdersbeloning. Wederom onder druk van de publieke opinie en de media wordt de roep hierom sterker en zullen maatregelen ongetwijfeld niet uitblijven. De loonontwikkeling van topinkomens moet worden afgeremd en bestuurders moeten betere *incentives* krijgen, meer gericht op langetermijnduurzaamheid dan korte termijn-snelle winst.¹³ Positief is dat hierbij ook vaker gebruik wordt gemaakt van onderzoek naar de daadwerkelijke relatie tussen prestatie en beloning. Te wijzen valt bijvoorbeeld op het advies van de zogeheten Raad van Economische Adviseurs (REA) van 25 september 2007 over 'Van de verdeling komt de winst'.¹⁴

De REA trekt een aantal harde conclusies over de ontwikkeling van de topinkomens. Zo is de REA kritisch over het veelgehoorde tegenargument dat in een steeds verder globaliserende wereld Nederlandse ondernemingen geen keuze hebben dan mee te gaan in de wereldwijde trend van steeds hogere topinkomens. De REA stelt dat de internationale mobiliteit van topmanagers beperkt is, aangezien de meerderheid nog altijd afkomstig is

13 Zie in die zin het TK-debat van 11 april 2007 over topinkomens in de private sector. Vgl. ook de Kabinetsreactie Code Tabaksblat (*Kamerstukken II* 29 449, nr. 1), p. 11 e.v. Vgl. verder punt 3 van de verantwoording bij de Code Corporate Governance. Zie ook Bertrand, Mullainathan (2001), p. 901-932; Jensen, Murphy (2004), p. 22. Laatstgenoemden beschouwen corporate governance en beloning als 'highly inter-related'. Het onderwerp behoort, aldus de regering in de Nota Modernisering Ondernemingsrecht, tot het vraagstuk van integriteit, zij het dat ervoor wordt gewaarschuwd dat regels fraude niet zullen kunnen voorkomen. Zie *Kamerstukken II* 29 752, nr. 2, p. 13-14; *Kamerstukken II* 28 179, nr. 31, p. 6 en nr. 52, o.m. op p. 8.

14 De REA is een onafhankelijke raad die de Tweede Kamer gevraagd en ongevraagd advies geeft over financieel-economische aangelegenheden die het maatschappelijk belang raken.

uit het land van herkomst. Bovendien zijn de landenverschillen groot, zij het dat daarbij dan vooral gekeken lijkt te worden naar niet-Anglo-Amerikaanse markten versus Engeland en Amerika. Maar interessant voor het onderwerp van dit artikel is vooral dat de REA van oordeel is dat de koppeling tussen prestaties en beloning zoek is, en dat de oorzaak daarvan primair een falende *corporate governance* is. Een mogelijke alternatieve verklaring voor de sterke stijging van topinkomens, zo stelt de REA in een echo van het bekende onderzoek van Bebchuck en Fried over Pay without Performance (2004), is dat topmanagers de macht bezitten om hun eigen beloningspakket samen te stellen. 'Een effectieve tegenmacht ontbreekt. De toezichtstructuur kraakt. Hiermee zijn de belangen van de aandeelhouder noch werknemer op de lange termijn gediend', aldus de REA. De raad stelt dat zelfregulering niet werkt, en geeft aan dat de overheid zelf perk en paal moet stellen aan de onevenwichtigheid.

In een reactie op dit advies heeft de minister van Financiën aangegeven de zorgen van de REA te delen.¹⁵ De minister stelt dat de hoogte van de beloningen in de private sector primair een zaak is van de aandeelhouders en commissarissen, zij het dat het kabinet die commissarissen wel heeft opgeroepen een beloningsplafond toe te passen. De hoogte en de structuur van beloningen dienen immers zodanig te zijn dat het belang van de onderneming wordt gediend, en een bestuurder niet in zijn eigen belang handelt. De minister wijst op het plan om met een wetsvoorstel te komen de ondernemingsraad adviesrecht te geven ten aanzien van het beloningsbeleid bij beursvennootschappen, en tot slot wijst hij op een wijziging in de op 28 oktober 2007 ingevoerde nieuwe regels voor openbare biedingen. Daarin is nu kort gezegd een verplichting opgenomen om bij overnamebiedingen de vergoedingen openbaar te maken (in het zogeheten biedingsbericht) die bestuurders en commissarissen van zowel de bieder als de doelwitvennootschap krijgen voor zover die verband houden met het bod.¹⁶ Dit is een aanmerkelijke verruiming ten opzichte van de oude regeling.¹⁷ Hoewel aan transparantie op zichzelf de nodige nadelen kleven zoals in de vorige paragraaf bleek, vult deze nieuwe bepaling een belangrijk hiaat in de regelgeving. Een systeem van transparantie over beloningen, onder meer bij openbare biedingen, heeft immers niet veel zin wanneer heel belangrijke vergoedingen zoals incentives die door een bieder aan de bestuurders van de doelwitvennootschap worden verstrekt, er volledig buiten vallen.

15 Brief van minister Bos aan de Tweede Kamer van 1 oktober 2007; Schriftelijke reactie REA-advies 'Van de verdeling komt de winst'.

16 Artikel 2.9 Bijlage A bij het Besluit openbare biedingen.

17 Het viel verder hooguit slechts in algemene zin onder 2:383c BW. Verder verplichtte noch artikel 9i Bte, noch het voorontwerp voor het Besluit Openbare Biedingen hiertoe. Wel verplichtte artikel 9i sub p Bte om in het biedingsbericht weer te geven 'het totale bedrag der eventuele vergoedingen aan de bestuurders en commissarissen van de doelwitvennootschap die bij gestanddoening van het bod zullen aftreden.'

Het is dus positief dat meer dan voorheen gebruikgemaakt lijkt te worden van onderzoeken over topinkomens alvorens wettelijke maatregelen worden afgekondigd. Toch heb ik de indruk dat deze toch al zo beladen discussie nog altijd danig wordt vertroebeld door oneigenlijke elementen zoals opportunistische en incidentalistische. Ook wordt het debat over de juiste prikkels voor bestuurders constant verstoord door het meer aandacht trekkende debat over de enkele hoogte van beloningen. Abstraherend van dat alles en van de ontwikkeling van de markt zelf, is nog geen duidelijk antwoord gevonden op de vraag of variabele beloning heeft gebracht wat zij beloofde: een echte *'alignment of interests'* tussen bestuurders en aandeelhouders en de vennootschap. Dat veronderstelt dat een bestuurder met een agressief variabel beloningspakket beter zijn best doet om de onderneming goed te laten presteren dan een bestuurder die alleen maar een vast salaris ontvangt. Is dat nu echt zo? Onderzoek suggereert dat managers vanuit hun overoptimisme vaak al denken dat ze bezig zijn de waarde van de onderneming te vergroten – zelfs als dat niet het geval is – en dat variabele beloning hun gedrag daarom niet zal veranderen.¹⁸ Kan bestuurdersgedrag überhaupt adequaat worden gestuurd, zonder het meteen teniet te doen vanwege ongewenst kortetermijn- en manipulatiegedrag dat tegelijkertijd wordt bevorderd?¹⁹ Misschien is *'alignment of interests'* als ratio voor variabele beloning een illusie. Het lijkt gerechtvaardigd een debat te voeren over herbezinning van variabele beloning *'as such'*, mede in het licht wat managers nu werkelijk motiveert en welke omgevingsfactoren bepalend zijn voor hun gedrag.²⁰

Bovendien is de vraag of het probleem van boekhoudschandalen niet nog veel breder is en dieper zit. De vraag is of wij corporate governance in het algemeen niet te formalistisch benaderen. Of we niet – bij gebreke van iets beters – te zeer proberen menselijk gedrag te reguleren door formele regels. Kijk bijvoorbeeld naar de voorbeeldfunctie van Chief Executive Officers ('CEO's'). In managementonderzoek wordt al veel langer gewerkt met psychologische analyses. Verschillende onderzoeken laten zien dat de invloed van CEO's op de cultuur – en daarmee het gedrag – binnen de organisatie in het algemeen groot is.²¹ Meer in het algemeen blijkt uit psychologisch onderzoek dat gedrag van medewerkers

18 Thaler (2005), p. 62. Zie ook p. 667 e.v. Vgl. ook Conyon, Murphy (2002), p. 625 e.v. waar zij laten zien dat de onderzoeksgegevens over de laatste decennia twijfels doen rijzen naar het verband tussen variabele beloning en prestaties van de onderneming. Zie ook Bebchuk, Fried (2004), p. 6 e.v.

19 Jensen, Murphy (2004), p. 18: CEO's proberen kortetermijnkoersen te verhogen ten koste van langetermijnwaardegroei.

20 Dat een eerder debat n.a.v. de regel in de concept Code Tabaksblad dat het variabele gedeelte van de beloning slechts 50% mag zijn op niets is uitgelopen doet daaraan m.i. geen afbreuk. Bij die gelegenheid heeft geen debat plaatsgevonden over de effectiviteit van de huidige beloningssystematiek zoals hier besproken. Zie hierover punt 33 van de Verantwoording bij de Code Corporate Governance. Vgl. verder Skeel (2005), p. 204 e.v.; Bebchuk, Fried (2004), die betogen dat het kernprobleem bij bestuurdersbeloning is dat deze bij gebreke van werkelijk *'arm's-length'*-onderhandelingen niet op de juiste wijze tot stand komt.

21 Zie daarover bijv. Jansen (2003), p. 336. Vgl. ook het populaire managementboek van Covey (2003), p. 172 e.v. over het belang van integer gedrag van managers in een organisatie.

binnen een organisatie vaak veel meer dan men denkt bepaald wordt door omgevingsfactoren, dan hoe de persoon in kwestie zelf is.²² In dit licht is ook de vraag relevant welke omgevingsfactoren verantwoordelijk zijn voor het soort van super-CEO's – of 'celebrity CEOs' zoals Skeel ze noemt²³ – die eind jaren negentig vermoedelijk een groot aandeel hadden in het ontstaan van de boekhoudschandalen.²⁴ Het betreft hier zeer charismatische CEO's, vaak met een financiële achtergrond, die ondernemingen in de toenmalige hausse bestuurden als financiële producten en daarbij op handen gedragen werden door de financiële markt en media.²⁵

Wordt het niet tijd dat we erkennen dat dit soort 'softe factoren' als cultuur binnen het bedrijf en binnen het bestuur zo wezenlijk zijn voor integriteitsbevordering in het ondernemingsrecht dat we daar ook juridisch iets mee moeten? Is het koesteren en bevorderen van voorbeeldgedrag door het bestuur niet iets waar de raad van commissarissen nadrukkelijk op moet sturen? Zouden RvC, aandeelhouders, analisten en misschien zelfs accountants niet nadrukkelijker bedacht moeten zijn op omgevingsfactoren die narcisme bevorderen en daarop moeten monitoren? Zou het effectief zijn als zij hiertoe in de Code Tabaksblat expliciet aangezet worden? Dit wordt wellicht makkelijk weggewuifd als 'luchtfietserij' en 'daar kunnen we niets mee', maar wie naar psychologisch onderzoek kijkt, zal aanknopingspunten vinden dat dit soort factoren mogelijk zelfs een grotere invloed heeft op integriteit dan het naleven van talloze formele 'compliance-regels'. Het is dan opmerkelijk dat zoveel tijd besteed wordt aan het laatste en zo weinig aan het eerste. Misschien zou 'cultuurmanagement' gezien de grote invloed op de organisatie, zowel wat integriteit als prestatievermogen betreft, wat minder vrijblijvend moeten worden.²⁶

Ik wil overigens benadrukken dat formele regels niet zinloos zijn. Ik zeg alleen dat zij mogelijk slechts een betrekkelijk beperkt effect hebben op het gedrag van de mensen dat ze beogen te reguleren. Meer aandacht voor de 'softe', materiële factoren kan een nuttige aanvulling zijn op die regels en kan helpen om daadwerkelijk een veel robuustere *governance* van Nederlandse ondernemingen te ontwikkelen.²⁷

22 Zie Jansen (2003), p. 19 e.v.

23 Skeel (2005), p. 151.

24 Vgl. Skeel (2005), o.a. op p. 6 e.v.

25 Vgl. ook Smit (2004), p. 296 e.v.

26 Vgl. Musschenga (2004), p. 170 e.v.; Skeel (2005), p. 170 e.v.

27 Vgl. ook de zgn. Hermes Principles van 2002 (hermes.co.uk), waarin de Engelse institutionele belegger Hermes een meer materiële benadering van de hele governance-discussie voorstaat.

3 COMMISSARISSENBELONING

3.1 *Inleiding*

In het debat over topinkomens wordt de beloning van commissarissen vaak in één adem genoemd met die van bestuurders. Het is de vraag of dat terecht is. Commissarissen hebben een andere rol binnen de *governance* van beursondernemingen en bovendien zien we hier een heel andere ontwikkeling. Weliswaar is er ook een stijging zichtbaar in de beloning van de commissarissen, maar die gaat ook gepaard met een veranderende taak van de raad van commissarissen. Interessant hierbij is de discussie of bij die veranderende taak niet ook gedacht moet worden over het verruimen van de mogelijkheden om commissarissen – net als bestuurders – te belonen met vormen van variabele beloning. Op het eerste gezicht lijkt dit in strijd met de onafhankelijkheid van hun positie, maar de vraag is of dit niet een te ongenueanceerde benadering is. Ik zal bij deze vraag hierna stilstaan, aangezien de discussie de kern raakt van de taak van de commissaris in het systeem van *checks & balances* binnen de onderneming en de vraag welke rol beloning daarbij moet spelen en daarbij ook welke prikkels er zijn voor commissarissen en of die prikkels hen helpen of juist belemmeren in het uitoefenen van hun taak.²⁸ Voordat ik aan die vragen toekom, ga ik eerst in op het onderwerp van resultaatafhankelijke beloning als zodanig.

3.2 *Resultaatafhankelijke beloning voor de commissaris?*

De vraag of het wenselijk is commissarissen variabel, resultaatgerelateerd te belonen, is onlosmakelijk verbonden met de bredere vraag naar de rol, taken en verantwoordelijkheden van de commissaris. Die rol is minder duidelijk dan wel wordt verondersteld en het debat over de beloning legt dat bloot. Het bevreemdt dan ook allerm minst dat al heel lang wordt gediscussieerd over de taak en rol van commissarissen. Heeft hij (ook) een maatschappelijke functie? Of is hij, zoals vaak wordt gesteld, slechts de ‘vriend van het bestuur’? Is hij, anders gezegd, vertrouwensfiguur van het bestuur of juist van de aandeelhoudersvergadering (‘AVA’), de beleggers of zelfs van ‘het publiek’? Het zijn vragen waar al in de eerste helft van de vorige eeuw over werd gedebatteerd.²⁹ In het rapport van de Commissie Verdam werd zelfs de introductie van een ‘commissaris algemeen belang’ voorgesteld. De discussies die hebben geleid tot invoering van het structuurregime hebben – in deze ontwikkeling – ook geleid tot de invoering (in

28 Zie uitgebreider Raaijmakers (2007), p. 35 e.v.

29 Zie daarover bijv. Van der Grinten (2004), p. 547 e.v.; Den Boogert (2005), p. 252 e.v.

1971) van de huidige wettelijke gedragsnorm voor commissarissen van artikel 2:140/250. Van stond af aan had die opdracht een tweeslachtig karakter. Niet alleen moet de raad immers ‘toezicht (...) houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’. Ook staat hij ‘het bestuur met raad terzijde’. Bij de vervulling van hun taak moeten de commissarissen zich bovendien niet laten leiden door deelbelangen, maar zich richten ‘naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’.

Het was een soort toverformule die nadien onderwerp bleef van veel discussies. Wat is ‘het vennootschappelijk belang’? Hoe is de overheidscommissaris met het concept van onafhankelijkheid te verenigen?³⁰ Hoe kan een commissaris twee heren tegelijkertijd dienen, het bestuur én de aandeelhouders?³¹ Hierbij moet worden opgemerkt dat een RvC in besloten verhoudingen uiteraard een andere positie inneemt dan in open beursondernemingen met sterk gespreid aandelenbezit. Anders echter dan men mogelijk zou verwachten, fungeert de RvC in besloten verhoudingen in het algemeen sterker als ‘vertegenwoordiger’ van aandeelhouders dan in beursondernemingen. De praktijk laat zien dat de RvC in besloten verhoudingen vaak geheel of ten dele bestaat uit aandeelhoudersvertegenwoordigers, terwijl in open verhoudingen de RvC juist dicht bij het bestuur staat en min of meer tegenover de aandeelhouders, althans dat is de perceptie van velen. Hierbij past de kanttekening dat het werk van commissarissen in de regel niet zichtbaar is en zij pas ‘face to face’ verantwoording afleggen aan aandeelhouders over hun eerdere taakvervulling. De perceptie blijft echter, terecht of onterecht, sterk.³²

Dat commissarissen na de boekhoudschandalen als spil van het ‘old boys network’ veel kritiek kregen, was dan ook niet verbazingwekkend. Verschillende ideeën voor een principieel nieuwe invulling van hun rol werden gelanceerd, zoals het voorstel om de impasse te doorbreken door de adviserende rol van de RvC onder te brengen bij nieuw in te stellen non-executieve leden van de raad van bestuur en de toezichthoudende rol te laten bij een afzonderlijke raad van commissarissen (‘RvC’).³³ ‘Tabaksblat’ koos een andere weg. In de Code Corporate Governance wordt de rol van de RvC in het Nederlandse *governance*-systeem aanzienlijk verzwaaard. Velen zien hierin een verschuiving naar een one-tier model, zodat wij inmiddels bij een 1,5-tier zijn beland.³⁴ Toch legt de Code ook sterk de nadruk op de onafhankelijkheid van de commissaris, een lijn die ook de Europese

30 Zie daarover bijv. Honée (1984), p. 105 e.v.

31 Vgl. o.m. Honnée (1996), p. 276 e.v.

32 Vgl. hierover ook Den Boogert (2005), p. 252 e.v.

33 J.G. Wissema, Fd 28 augustus 2003.

34 Vgl. Beckman (2005), p. 251; Van den Hoek (2005), p. 344. Zie uitgebreid over de juridische verschillen tussen het *one-tier* en het *two-tier* model Dumoulin (2005), p. 266 e.v.

Commissie stimuleert.³⁵ De rol van de commissarissen wordt ook door andere ontwikkelingen verzwaaard, vooral door een steeds grotere verantwoordingsplicht en nadruk op medeverantwoordelijkheid.³⁶ Commissarissen gaan strenger en meer zichtbaar optreden, mede onder invloed van overheidstoezichthouders en de rechterlijke macht.

Dit wordt geïllustreerd door ontwikkelingen als het besluit van DNB om in de zomer van 2006 het vertrouwen in de CEO van een bank op te zeggen en daarmee impliciet de RvC te ‘overrulen’ die van mening was dat de *compliance*-fouten met een interne boete konden worden afgedaan,³⁷ de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in de Ahold-straftzaak dat het onbegrijpelijk is en onbehoorlijke taakvervulling oplevert als een lid van het *audit committee* en van de RvC de managementletters niet bestudeert,³⁸ en het scherpere toezicht dat de Ondernemingskamer verwachtte van de commissarissen in een cruciale en kwetsbare periode voor de bewuste vennootschap in de Laurus-uitspraak.³⁹ Dat die signalen het handelen van commissarissen beïnvloeden, zien wij in het snellere gebruik van hun bevoegdheid om bestuursleden te ontslaan, een afnemende tolerantie en de facto een sterkere invloed. Nog in 2000 schreef Maeijer: ‘De raad van commissarissen [dient] niet, zoals soms ten onrechte wordt aangenomen, (...) op te treden als een soort super-bestuur dat hiërarchisch staat boven het bestuur. (...) Een voortdurend toezicht op het dagelijks beleid van het bestuur behoort niet tot de taak van de raad van commissarissen; het is in de praktijk ook niet te realiseren.’⁴⁰ Die stelling lijkt snel achterhaald te worden door de feiten.

De ambivalente positie van commissarissen tussen bestuur en AVA is echter nog steeds onopgelost. Tabaksblat maakte niet een echte keuze. Door enerzijds de afstand van de RvC tot het bestuur te verkleinen en anderzijds in het belang van de aandeelhouders en de vennootschap de afstand te vergroten door een sterke nadruk op hun onafhankelijke positie, leidt die ambivalentie tot een nauwelijks uitvoerbare opdracht. Den Boogert sprak over ‘een verknipte figuur’⁴¹ en bepleit alsnog een duidelijke keuze voor meer afstand tussen bestuur en RvC. Commissarissen moeten volgens hem ontvankelijker zijn voor de behoeften van aandeelhouders aan toezicht en verantwoording.⁴² Kiezen zij anders, dan zal zijns inziens het zwaartepunt van de zeggenschapsuitoefening door aandeelhouders

35 Aanbeveling van de Commissie van 15 februari 2005 betreffende de taak van niet bij het dagelijks bestuur betrokken bestuurders of commissarissen van beursgenoteerde ondernemingen en betreffende de comités van de raad van bestuur of van de raad van commissarissen (2005/162/EG), Pb.L. 52/51 van 25 februari 2005.

36 Die ook direct of indirect wordt beïnvloed door SoX. Zie daarover Van Ginneken (2004), p. 152 e.v.

37 DNB stuurt topman van zakenbank Kempen weg, Fd 28 augustus 2006.

38 Rb. Amsterdam 22 mei 2006, 13/993038-04, r.o. 4.4.

39 Zij het dat de Hoge Raad de uitspraak uiteindelijk vernietigde, overigens zonder inhoudelijk op dit punt in te gaan: HR 8 april 2005, NJ 2006, 443, m.nt. G. van Solinge.

40 Asser-Maeijer 2-III (2000), nr. 341. Zie in vergelijkbare zin Raaijmakers (1991), p. 175 e.v.

41 Den Boogert (2005), p. 252-254.

42 Den Boogert (2005), p. 256.

zich verplaatsen naar gremia buiten de AVA en wordt de besluitvorming ongrijpbaar. We zouden de facto opschuiven naar een one-tiermodel, waarbij het er niet meer toe doet wat de functionele benamingen zijn voor de hoedanigheden van de betrokken personen van wie men zich dan nog wenst te bedienen. Ik betwijfel echter of die ontwikkeling nog af te wenden is en of het zinvol is daarop de aandacht te richten.

Checks & balances kunnen vele vormen en maten hebben. Het ene model is niet noodzakelijk beter dan het andere.⁴³ Krachten en tegenkrachten moeten elkaar in een werkbare en vruchtbare verhouding in evenwicht houden. Lange tijd zochten wij die in Nederland tussen bestuur en RvC, met name in open verhoudingen en beursvennootschappen. De vraag is of dat inmiddels nog afdoende werkt. De internationalisering van ondernemingen en financiële markten veroorzaakt een sterke druk om ons te conformeren aan breed in de westerse wereld geaccepteerde *best practice*-standaarden. Eén daarvan is de *one-tierboard*. *Two-tierboards* komen nog slechts in enkele westerse landen voor.⁴⁴ Ik wil de debatten over de voor- en nadelen van de twee modellen⁴⁵ niet bagatelliseren, maar toch is die ontwikkeling op zichzelf reeds een belangrijke drijfveer voor ondernemingen om op te schuiven naar een *one-tiers*stelsel. Nog belangrijker is dat aandeelhouders steeds meer zelf de leiding van ondernemingen gaan monitoren en hun invloed gebruiken als zij daar aanleiding toe zien. Aandeelhouders worden mondiger, hebben minder geduld, manifesteren zich nadrukkelijk wanneer zij vinden dat de onderneming – in hun ogen – onjuiste keuzes maakt en maken steeds meer daadwerkelijk gebruik van hun rechten. Hetzelfde geldt voor de AFM als overheidstoezichthouder, hetgeen in mijn ogen overigens een minder wenselijke ontwikkeling is. De AFM zou in mijn ogen meer op de achtergrond dienen te blijven voor het geval de dialoog tussen aandeelhouders en onderneming ontoereikende resultaten oplevert.⁴⁶

Het is een internationale en vooralsnog onomkeerbare ontwikkeling.⁴⁷ Natuurlijk moet misbruik van rechten door aandeelhouders worden voorkomen en ik sluit niet uit dat daarom de spelregels op sommige punten aangescherpt worden. Intussen lijkt de ontwikkeling wel degelijk de disciplinerende effecten te hebben die er van werden verwacht.⁴⁸ Als ‘*residual claimants*’ lijken die aandeelhouders ook beter geschikt om die rol te vervullen dan de RvC, vooral gelet op de grote afstand tussen ondernemingsleiding en aandeelhouders in beursvennootschappen. Dat het spel zich dan vaak buiten de AVA afspeelt, zie ik niet als een groot bezwaar. Het sluit aan bij de internationale

43 Vgl. Shleifer, Vishny (1997); Hopt, Leyens (2005).

44 Vgl. Pitlo-Raaijmakers, p. 404.

45 Zie bijv. Graziano, Luporini (2005); Van Lede (2005), p. 258 e.v., die overigens opmerkt dat de verschillen tussen de beide modellen in de praktijk niet overdreven moeten worden.

46 Zie uitgebreider Raaijmakers (2006b), p. 4 e.v. Zie over de rol van de AFM verder Timmerman (2005), p. 204 e.v.

47 Zie ook Raaijmakers (2006c), p. 522 e.v.

48 Vgl. Maatman, Raaijmakers (2006), p. 256 e.v.; zie anders Slagter (2006), p. 999 e.v.

ontwikkelingen: in de meeste westerse landen is dat gebruikelijk en wordt dat vaak actief bevorderd. Marktmissbruikregels behoren te worden nageleefd, maar ook dat is elders geen belemmering.⁴⁹ Ik zou dan ook willen bepleiten aandeelhouders de mogelijkheid te geven hun actieve rol nader in te vullen en er vooral op te letten of de 'randvoorwaarden' (de spelregels) adequaat zijn. Tegelijk kan de RvC zich dan ontwikkelen naar een *one-tier-board* met de daarmee gepaard gaande veranderingen, zoals een zwaardere rol voor de 'chairman' en groter wordende risico's voor aansprakelijkheid.

3.3 Aantasting van onafhankelijkheid?

Welke invloed heeft dit op de onafhankelijkheid van commissarissen?⁵⁰ Die vraag leidt tot enkele kanttekeningen. Ten eerste neemt het belang van een sterk afstandelijke positie en een onafhankelijke opstelling af. Dat gebeurt al in de praktijk, maar het moet nadrukkelijker onder- en erkend worden. Ten tweede zijn er zekere aanwijzingen dat het hebben van onafhankelijke non-executieve bestuurders of commissarissen bepaald geen garantie is voor betere resultaten van de onderneming.⁵¹ Maar veel belangrijker is in dit verband dat 'echte' onafhankelijkheid goeddeels illusoir en moeilijk grijpbaar zal blijven. Zeker is het nuttig vast te stellen dat er geen familierelaties bestaan tussen bestuurders en commissarissen of dat sprake is van andere objectief vaststelbare afhankelijkheidsrelaties die het oordeel van commissarissen zouden kunnen beïnvloeden. Maar dat is slechts een 'papieren onafhankelijkheid' (ex ante) die nadien allerm minst waarborgt dat de betrokken commissaris zich daadwerkelijk onafhankelijk opstelt jegens het bestuur. Kroeze beschreef dit eerder treffend: 'Het voordeel van een formele definitie is dat zij op eenvoudige wijze objectief toetsbaar is. Het nadeel is dat zij lang niet altijd recht doet aan de werkelijkheid.'⁵² Vaak ondergraven psychologische processen een dergelijke onafhankelijke opstelling. Men denke aan het verschijnsel dat betrokkenen gedurende een proces geleidelijk zodanig gecommiteerd raken dat 'waardevrij' eindoordeel belemmerd wordt, of aan de uit 'group think' voortkomende drang zich te conformeren aan de wens en het oordeel van de meerderheid.⁵³

49 Zie daarover uitgebreider Raaijmakers (2004), p. 3 e.v. Zie echter Eisma (1998); Vletter-van Dort (2001).

50 Ferrarini en Moloney spreken over een inherente trade-off tussen onafhankelijkheid en incentives: Ferrarini, Moloney (2004), p. 302-303.

51 Zie daarover Ferrarini, Moloney (2004), p. 302; Kroeze (2005), p. 275-276.

52 Kroeze (2005), p. 274.

53 Zie daarover Bebchuk, Fried (2004), p. 27 e.v.; Kroeze (2005), p. 272 e.v.; Raaijmakers (2006a), p. 31 e.v. Zie ook Section A.3.1 van de Combined Code. Vgl. verder J. Smit, Het drama Ahold, 2004, p. 227 e.v. waar beschreven wordt hoe er op zeker moment binnen de raad van bestuur van Ahold feitelijk geen critici meer waren t.o.v. de CEO. Zie over dit principe van 'group think' o.m. Jansen (2003), p. 151 e.v.; Marmet, Meyer (2004), p. 14 e.v.; Schermerhorn, Hunt, Osborn (2005), p. 192 e.v.; Aronson, Wilson, Akert (2005), p. 284 e.v. Vgl. ook Musschenga (2004), p. 152 e.v.; Welch (2005), p. 25 e.v.

Deze problemen zijn niet op te lossen met enkele 'eenvoudige' formele (en ex ante) onafhankelijkheidscriteria. Kroeze benadrukt in dit verband dat commissarissen die formeel nietonafhankelijk zijn heel onafhankelijk kunnen opereren en commissarissen die formeel onafhankelijk zijn in sommige gevallen juist niet goed in staat zullen zijn om onafhankelijk te opereren. Er is behoefte aan een nader debat over de vraag wat we nu precies verwachten van commissarissen in verschillende situaties. Daarbij is vooral hun verhouding tot de uitvoerend bestuurders van groot belang. In dit licht is de wijze waarop de beloning van commissarissen wordt vastgesteld veel bepalender voor de vraag of zij zich onafhankelijk van bestuurders kunnen opstellen, dan de vorm ervan. Zoals ook Bebchuck en Fried al voor de Amerikaanse situatie lieten zien, dient met name de invloed van bestuurders op de totstandkoming van de bezoldiging van hun eigen toezichthouders onderwerp van onderzoek en zorg te zijn, of deze nu uit vaste of variabele elementen bestaat.⁵⁴

3.4 Wat betekent dit voor beloning?

Het voorgaande leidt niet vanzelfsprekend tot de conclusie dat commissarissen variabel moeten worden beloond. Daaraan blijven bezwaren kleven. Er zijn wetenschappelijke, vooral gedragsrechtelijke twijfels of hedendaagse beloningsstelsels wel een positieve prikkel bieden tot betere prestaties.⁵⁵ Het blijkt lastig een beloningsstelsel te ontwerpen dat wel aan die voorwaarde voldoet zonder dat tegelijk ongewenst kortetermijn- en manipulatief gedrag in de hand wordt gewerkt.⁵⁶ Het is belangrijk vast te stellen dat dit alles niet alleen voor de bestuurders- maar ook voor de commissarissenbeloning geldt. Voor beide moet worden vastgesteld hoe adequate koppeling van resultaat aan beloning een daadwerkelijke 'alignment' kan bewerkstelligen. Variabele beloning blijft, zoals hiervoor al is opgemerkt, intussen voor velen gelden als een belangrijk beloningsinstrument. In de markt voor toptalent is het een gegeven dat naar verwachting niet op korte termijn zal verdwijnen. Van belang is verder dat vormen van variabele beloning van non-executieve bestuurders en commissarissen elders in de westerse wereld steeds meer gezien wordt als een belangrijke beloningscomponent, ook al is er ook daar discussie. Ook in Nederland

54 Bebchuck, Fried (2004), p. 205 e.v.

55 Zie Thaler (2005), p. 62. Zie ook p. 667 e.v. Vgl. ook Conyon, Murphy (2002a), p. 625 e.v. waar zij laten zien dat de onderzoeksgegevens over de laatste decennia twijfels doen rijzen naar het verband tussen variabele beloning en prestaties van de onderneming. Zie ook R. Crespí e.a. in dezelfde bundel, p. 647 e.v. Zie verder Bebchuck, Fried (2004), p. 6 e.v.; Cools (2005), p. 81 e.v.; Raaijmakers (2006a), p. 30 e.v.

56 Zie daarover bijv. Jensen, Murphy (2004), p. 18: CEO's proberen kortetermijnkoersen te verhogen ten koste van langetermijnwaardegroei. Vgl. ook Cools (2005), p. 81 e.v., zij het dat hij de situatie 'niet hopeloos' acht.

stijgt de beloning van RvC-leden, zij het dat die ontwikkeling zich vooralsnog voornamelijk tot vaste beloningen beperkt.⁵⁷

Voor een goed beloningsstelsel voor bestuurders zijn drie doelstellingen van belang: *recruit, retain, and motivate*.⁵⁸ Voor commissarissen en *non-executives* is dit in beginsel niet anders, als speelt voor hen in de regel de niet-geldelijke reputatiebeloning een belangrijke rol.⁵⁹ Net als bij bestuurders is er bovendien een duidelijke toename van het aantal buitenlanders als commissarissen van Nederlandse ondernemingen.⁶⁰ Een goed beloningsstelsel behoeft mede in dit verband duidelijke randvoorwaarden. Duidelijkheid, eenvoud, herkenbaarheid in internationaal verband, en een zo rechtstreeks mogelijke, niet vertroebelde koppeling aan resultaat, zijn hierbij cruciaal.⁶¹ Wenst men variabele beloning voor commissarissen, dan moet gekozen worden tussen geschikte en minder geschikte vormen. Denkbaar is bijvoorbeeld de beschreven Engelse variant waarin opties als onwenselijk worden beschouwd, maar beloning in aandelen in beginsel niet, omdat opties te veel gepaard gaan met een gerichtheid op de korte termijn.⁶² De ontwikkelingen in het buitenland en de ontwikkeling van het Nederlandse systeem naar een *one-tier-board*, nopen er mijns inziens hoe dan ook toe de terughoudendheid tegenover aandelenbezit door commissarissen te heroverwegen. Niet wenselijk lijken mij beloningen die specifiek gerelateerd worden aan het slagen van een fusie- of overnameproces. Dat spreekt zelfs al bij bestuurders niet zonder meer voor zich nu men zich kan afvragen of dat te verenigen valt met hun fiduciaire verantwoordelijkheid om te handelen in het belang van de onderneming en haar aandeelhouders.⁶³

Internationale ontwikkelingen plaatsen ondernemingen voor keuzes. De druk vanuit financiële markten zich te conformeren aan herkenbare *best practice*-standaarden is groot. Dit geldt zowel voor de ontwikkeling naar een *one-tierboard* als voor de daarmee samenhangende wijze van beloning. De zoektocht naar ondernemingsrechtelijke vernieuwingen die een flexibel investeringsklimaat bevorderen, zou gebaat zijn met meer onderzoek naar de vraag of, in de beschreven internationale ontwikkelingen, resultaatgerelateerde beloningen de vereiste mate van onafhankelijkheid van toezichthouders ondergraven. Het bredere kader van sterker wordende aandeelhouders en de AFM die een belangrijke monitorende functie vervullen, zou daar nadrukkelijk bij betrokken

57 Vgl. Grapperhaus, Visser, Aantek. C.3; Santen/Beek (2006).

58 Zie Executive Remuneration – A Caucus Race?, A Report to the International Corporate Governance Network, icgn.org, juli 2002, pt. 13 en 16 e.v.

59 Vgl. Bebchuck, Fried (2004), p. 25.

60 Abma (2006), p. 169-170.

61 Vgl. Rapport van de Monitoring Commissie van december 2005; Eumedion Aanbeveling betreffende bestuurdersbezoldiging van 25 oktober 2006. Vgl. verder Van Slooten (2005), p. 261 e.v., waar hij o.m. ingaat op de implicaties van de OK-uitspraken over beloning inzake RNA, Getronics en Ahold.

62 Zie in die zin ook voor het Engelse systeem Mallin (2004), p. 114. Vgl. verder Ferrarini, Moloney (2004), p. 296-297.

63 Vgl. punt 11 en 34 van het ICGN-rapport over Executive Remuneration (2002).

dienen te worden. Naar mijn mening dienen wij ons in de verdere bezinning op de rol van commissarissen vooral te concentreren op hun functioneren en verhouding tot het bestuur en minder op een met hun veranderende rol moeilijk te verenigen en ook moeilijk te bereiken ideaalbeeld van een onafhankelijk instituut. Dat is ook steeds minder nodig, omdat aandeelhouders en ook de AFM al bezig zijn die 'toezichtsleemte' op te vullen.

4 SLOT

Zowel bestuurdersbeloning als commissarissenbeloning staat in de belangstelling. Op het eerste gezicht lijken de onderwerpen verschillend. Bij de bestuurder gaat de discussie over de grote stijging die dergelijke beloningen hebben laten zien over de afgelopen jaren en de vraag of daarbij de relatie tussen prestatie en beloning niet is zoekgeraakt. Bij commissarissen gaat de discussie meer over hun veranderende rol en de vraag of de wijze van beloning in Nederland daar nog wel bij aansluit. Daar is de perceptie eerder dat die beloning te laag zou zijn om voldoende te kunnen concurreren met het buitenland en wordt steeds vaker openlijk de vraag gesteld of we niet in navolging van met name de Verenigde Staten ruimte zouden moeten bieden voor variabele beloning van commissarissen.

De discussies hebben echter gemeen dat deze zich te veel lijken toe te spitsen op het toepassen van formele regels over bijvoorbeeld de vraag wanneer een commissaris 'op papier' geacht kan worden wel of niet onafhankelijk te zijn. Er is, zo heb ik geprobeerd aan te geven, behoefte aan diepgaander onderzoek over de meer 'softe factoren' die van invloed zijn op het gedrag van bestuurders en commissarissen. Daarbij kan worden gedacht aan bedrijfscultuur, maar ook aan gedragspsychologische processen als *'group think'* welke de opstelling van potentieel andersdenkenden binnen de raad van bestuur en de raad van commissarissen kunnen beïnvloeden. De effecten van beloning op dat gedrag zijn daarbij nog altijd onvoldoende uitgekristalliseerd en dat maakt het ontwerpen van effectieve regelgeving een hachelijke zaak. Zelfs de basale vraag naar het geclaimde positieve effect van variabele beloning op het gedrag van bestuurders speelt daarbij in de praktijk nauwelijks een rol, zo lijkt het. Het kan best zijn dat zou blijken dat een dergelijk effect maar moeilijk kan worden aangetoond, terwijl het wel het risico op bepaalde negatieve gedragseffecten verhoogt. In dat geval is het waarschijnlijk niet wenselijk om ruimte te bieden voor variabele beloning van commissarissen. Maar dan zou dit tevens bij bestuurdersbeloning ter discussie gesteld moeten worden. Het is echter pas na onderzoek naar de materiële gedragseffecten van (variabele) beloning dat deze discussie zowel bij de beloning van bestuurders als bij die van commissarissen fundamenteel kan worden gevoerd en dat op basis daarvan geïnformeerde keuzes kunnen worden gemaakt over effectieve regelgeving.

LITERATUUR

Abma 2006

R. Abma, 'Het aandeelhoudersvergaderingenseizoen 2006: feiten en trends', *TvOB* 2006, p. 169-170.

Aronson, Wilson & Akert 2005

E. Aronson, T.D. Wilson & R.M. Akert, 'Social Psychology', 5th edition, New Jersey 2005, p. 284 e.v.

Bebchuk & Fried 2004

L. Bebchuk & J. Fried, *Pay without Performance, The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Cambridge (VS) 2004.

Beckman 2005

H. Beckman, 'Enkele losse gedachten bij en over commissaris, toezicht en controle', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 251.

Bertrand & Mullainathan 2001

M. Bertrand & S. Mullainathan, 'Are CEO's Rewarded for Luck? The Ones Without Principals Are', *Quarterly Journal of Economics* 2001, V. 116, No. 3, p. 901-932.

Den Boogert 2005

M.W. den Boogert, 'De vergeten band tussen raad van commissarissen en algemene vergadering; de Januskop van de commissaris', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 252 e.v.

Conyon & Murphy 2002

M.J. Conyon & K.J. Murphy, in: *Corporate Governance Regimes; Convergence and Diversity*, Oxford 2002, p. 625 e.v.

Cools 2005

K. Cools, *Controle is goed, vertrouwen nog beter*, Assen 2005, p. 81 e.v.

Covey 2003

S.R. Covey, *De zeven eigenschappen van effectief leiderschap* (2003).

Dumoulin 2005

S. Dumoulin, 'De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 266 e.v.

Ebke 2003

W.F. Ebke, in: *Capital Markets and Company Law*, Oxford 2003, p. 173 e.v.

Eisma 1998

S.E. Eisma, *Investor relations* (oratie Leiden), Den Haag 1998.

Ferrarini & Moloney 2004

G. Ferrarini & N. Moloney, in: *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford 2004, p. 302-303.

Ginneken 2004

M.J. van Ginneken, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 152 e.v.

Grapperhaus & Visser

F.B.J. Grapperhaus & G.W.Ch. Visser, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Art. 2:145, Aantek. C.3.

Graziano & Luporini 2005

C. Graziano & A. Luporini, *Ownership Concentration, Monitoring and Optimal Board Structure*, ssrn.com september 2005.

Van der Grinten 2004

W.C.L. van der Grinten, 'De miskende commissaris', in: *Verspreide geschriften*, Deventer 2004, p. 547 e.v.

De Groot 2005

C. de Groot, 'Bezoldiging van bestuurders van naamloze vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 464 e.v.

Hansmann & Kraakman 2005

H. Hansmann & R. Kraakman, in: *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford 2005, p. 22 e.v.

Van den Hoek 2005

P.C. van den Hoek, 'Verantwoording en de Raad van Commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 344 e.v.

Honée 1984

H.J.M.N. Honée, 'De overheidscommissaris en de norminstructie van het vennootschappelijk belang', in: *Goed en trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle 1984, p. 105 e.v.

Honée 1996

H.J.M.N. Honée, 'Commissarissen, gezanten uit Niemandsland?', *De NV* 1996, p. 276 e.v.

Hopt & Leyens 2005

K.J. Hopt & P.C. Leyens, 'Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy', *Company & Securities Law Review*, Vol. 1, p. 217-245, 2005.

Jansen 2003

P.G.W. Jansen, *Organisatie en mensen*, 4e druk, Haarlem 2003.

Jensen & Murphy 1990

M.C. Jensen & K.J. Murphy, 'Performance Pay and Top-Management Incentives', *Journal of Political Economy* 98 1990, p. 225-264.

Jensen & Murphy 2004

M.C. Jensen & K.J. Murphy, 'Remuneration: Where we've been, how we got here, what are the problems, and how to fix them', *ECGI Finance Working Paper*, No. 44/2004, 12 juli 2004.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, 'Onafhankelijkheid van commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 275-276.

G.T.M.J. Raaijmakers

Van Lede 2005

C.J.A. van Lede, 'De rol van de voorzitter', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 258 e.v.

Maatman & Raaijmakers 2006

R.H. Maatman & G.T.M.J. Raaijmakers, 'Hegde funds in het ondernemingsrecht: virus of vaccin?', *Ondernemingsrecht* 2006, p. 256 e.v.

Marmet & Meyer 2004

O. Marmet & A. Meyer (red.), *Kleine sociale psychologie*, zesde druk, Zwolle 2004, p. 14 e.v.

Musschenga 2004

B. Musschenga, *Integriteit; Over de eenheid en heelheid van de persoon*, Utrecht 2004.

Raaijmakers 1991

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over taak en verantwoordelijkheid van commissarissen', in: *De Bankier als Jurist* (Langman-bundel), Deventer 1991, p. 175 e.v.

Raaijmakers 2004

G.T.M.J. Raaijmakers, 'Communicatie tussen beursondernemingen en aandeelhouders in en buiten de AVA', *TvOB* 2004, p. 3 e.v.

Raaijmakers 2006a

G.T.M.J. Raaijmakers, *De effectiviteit van regels in het ondernemings- en effectenrecht*, Den Haag 2006.

Raaijmakers 2006b

G.T.M.J. Raaijmakers, 'Actuele ontwikkelingen over aandeelhoudersinvloed', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2006, p. 4 e.v.

Raaijmakers 2006c

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Forumbank (1955) Revisited; Verschuivende machtsverhoudingen binnen een beurs-NV', *Ars Aequi* 2006, p. 522 e.v.

Raaijmakers 2007

G.T.M.J. Raaijmakers, *De commissaris beloond*, Deventer 2007, p. 35 e.v.

Santen & Beek 2006

B.P.A. Santen & J.E. Beek, 'Vast beloningspercentage voor commissarissen', *Fd* 1 november 2006.

Schermerhorn Jr, Hunt & Osborn 2005

J.R. Schermerhorn Jr., J.G. Hunt & R.N. Osborn, *Organizational Behavior*, negende editie, Danvers 2005.

Shleifer & Vishny 1997

A. Shleifer & R.W. Vishny, 'A Survey of Corporate Governance', *Journal of Finance Volume* 52, No. 2, 1997.

Van Slooten 2005

J.M. van Slooten, 'Loonmatiging aan de top: mogelijkheden en beperkingen', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation*, Deventer 2005, p. 261 e.v.

BELONINGSPRIKKELS VOOR BESTUURDERS EN COMMISSARISSEN

Skeel 2005

D. Skeel, *Icarus in the Boardroom*, New York 2005.

Slagter 2006

W.J. Slagter, 'Een bedreiging voor de continuïteit van de vennootschap', *NJB* 2006, p. 999 e.v.

Smit 2004

J. Smit, *Het drama Ahold*, 2004.

Timmerman 2005

L. Timmerman, 'De AFM in de Nederlandse rechtsstaat', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 204 e.v.

Thaler 2005

R.H. Thaler (red.), *Advances in Behavioral Finance*, Vol. II, New York 2005.

Vletter-Van Dort 2001

H.M. Vletter-van Dort, *Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking* (diss. Utrecht), Deventer 2001.

Welch 2005

J. Welch, *Winning*, New York 2005.

Van Wijnbergen 2007

S. van Wijnbergen, 'Bos én bedrijfsleven negeren het probleem', *NRC* 20 november 2007.

HOOFDSTUK 17

SOCIALE PSYCHOLOGIE

EN BESLUITVORMING IN

VENNOOTSCHAPPEN

*M.J. Kroeze*¹

SAMENVATTING

In deze bijdrage wordt beschreven welke sociaal-psychologische factoren van invloed zijn op de besluitvorming binnen het bestuur en de raad van commissarissen van nv's en bv's. Het gaat dan bijvoorbeeld om conformisme binnen groepen, om de neiging van groepen om eigen groepsleden te bevoordelen en om factoren die besluitvorming onbewust sturen, zoals de neveneffecten van besluiten. Het is van belang dat bestuurders en commissarissen zich bewust zijn van deze factoren. In deze bijdrage worden besluiten over onderwerpen beschreven waarbij de invloed van sociaal-psychologische factoren onwenselijk kan zijn. Achtereenvolgens zijn dit (a) de aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen, (b) aansprakelijkheid en risicomijding, (c) resultaatsafhankelijke beloning en (d) de samenstelling van besturen en raden van commissarissen. Voor deze vier categorieën wordt gewezen op manieren om tegenwicht te bieden aan de invloed van sociaal-psychologische factoren. Daardoor kan bewerkstelligd worden dat aansprakelijkheidsvorderingen die zouden moeten worden ingesteld, ook worden ingesteld, dat risicovolle, maar optimale ondernemersbeslissingen worden genomen, dat de beloningstructuur geen prikkel geeft voor het flatteren van oliereserves of winstcijfers en dat geschikte kandidaat-bestuurders of -commissarissen die niet lijken op zittende bestuurders en commissarissen een kans maken op benoeming.

¹ M.J. Kroeze is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 INLEIDING

Artikel 2:5 BW bepaalt dat een rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft gelijkstaat met een natuurlijke persoon, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Net als een natuurlijke persoon heeft een rechtspersoon dus rechtssubjectiviteit en is hij drager van eigen rechten en plichten. Een rechtspersoon kan partij zijn bij een overeenkomst, kan eigenaar zijn van zaken, kan onrechtmatig handelen en kan zelfs strafrechtelijk laakbaar handelen. Deze antropomorfe trek van de rechtspersoon kan niet verhullen dat hij zonder echte personen van vlees en bloed geen betekenis heeft. De rechtspersoon is een juridische constructie die bestaat bij de gratie van de mens en die dienstbaar is aan het maatschappelijk en economisch leven van de mens.² Bovendien kan een rechtspersoon zich juridisch niet uiten zonder menselijke bemoeienis en tussenkomst. Uiteindelijk zijn het altijd mensen – eventueel aan het zicht onttrokken doordat er weer andere rechtspersonen tussen zijn geschoven – die bepalen wat de rechtspersoon wil en die verantwoordelijk zijn voor zijn handelen. Ook het werk van rechtspersonen is dus mensenwerk. Dat is de reden dat bevindingen uit de sociale psychologie leerzaam kunnen zijn voor besluitvorming binnen rechtspersonen. Sterker nog, dergelijke bevindingen kunnen zelfs reden zijn om regels te veranderen die van invloed zijn op besluitvorming en het proces van besluitvorming binnen rechtspersonen. In deze bijdrage vraag ik mij af (a) welke sociaal-psychologische factoren van invloed zijn op de besluitvorming binnen het bestuur en de raad van commissarissen van een rechtspersoon, (b) bij welke categorieën van besluiten dit onwenselijk kan zijn en (c) welke aanpassingen wenselijk zijn in relevante regelgeving of in bepaalde gebruiken. Ik ga er daarbij van uit dat sprake is van een bestuur dat geheel bestaat uit natuurlijke personen.³ De raad van commissarissen bestaat op grond van artikel 2:140/250 lid 1 BW altijd geheel uit natuurlijke personen. Ik neem de bestuurders en commissarissen van een naamloze vennootschap (nv) of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (bv) tot uitgangspunt. Veel van wat ik in deze bijdrage schrijf, geldt ook voor besluitvorming door bestuurders en toezichthouders van andere rechtspersonen zoals stichtingen en verenigingen. Ik geef voor een goed begrip allereerst een korte beschrijving van de wettelijke taken die aan het bestuur en aan de raad van commissarissen zijn opgedragen, van de wijze waarop zij deze moeten vervullen en van de sancties als zij daarin tekortschieten.

2 Zie hierover de nog altijd actuele oratie *Collectivering in het privaatrecht* van W.C.L. van der Grinten uit 1957 (Van der Grinten 2004).

3 Juridisch is het mogelijk dat bestuurders ook rechtspersonen zijn, maar uiteindelijk komt de volhardende zoeker altijd bij een natuurlijke persoon uit. Dat is ook de gedachte achter art. 2:11 BW: 'De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is'.

2 DE TAAKVERVULLING DOOR HET BESTUUR EN DE RAAD VAN COMMISSARISSEN

Het bestuur is een orgaan van de vennootschap. De functie van het bestuur als orgaan volgt uit artikel 2:129/239 lid 1 BW. Daarin staat dat het bestuur belast is met het bestuur van de vennootschap. Deze wat tautologisch geformuleerde taakomschrijving betekent dat het bestuur de leiding heeft over de dagelijkse gang van zaken in de vennootschap en over de strategie van de vennootschap. Artikel 2:130/240 lid 1 BW bepaalt in aanvulling hierop dat het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt. Dit betekent dat het bestuur bevoegd is om de vennootschap tegenover derden rechtens te binden. Het bestuur kan de vennootschap dus partij maken bij overeenkomsten, kan voor de vennootschap juridische procedures starten en kan de vennootschap anderen aansprakelijk laten stellen. Het bestuur is daarmee een centraal orgaan binnen de vennootschap.

De wet geeft een richtsnoer voor de wijze waarop bestuurders hun taak moeten vervullen. Artikel 2:9 BW bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Bij de vervulling van die taak moet het bestuur handelen in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bijzondere van de bestuurstaak is dat zij een collectieve verantwoordelijkheid is van de bestuurders. Dat wil zeggen dat de bestuurders gezamenlijk als groep verantwoordelijk zijn voor het bestuursbeleid. Hieruit vloeit voort dat beslissingen van het bestuur tot stand komen via een proces van collectieve besluitvorming. Het uitgangspunt is dat een bestuursbesluit de uitkomst is van overleg en een stemming in het bestuur.⁴ Dat neemt niet weg dat besturen in de praktijk tijdens bestuursvergaderingen soms zelfs niet eens het idee zullen hebben dat zij besluiten nemen: er wordt niet gestemd en de besluiten kunnen – soms na enige discussie – rekenen op algemene instemming. Ook komt het veelvuldig voor dat bestuurders individueel beslissingen nemen. Dit is onvermijdelijk als het om kleine aangelegenheden gaat of als een organisatie groot is. Ook dergelijke besluiten, zeker als zij betrekking hebben op de algemene gang van zaken of van materieel belang zijn voor de vennootschap, vallen onder de verantwoordelijkheid van het bestuur. Naar Nederlands recht is aanvaard dat het bestuur van een vennootschap – binnen de formeel-juridische grenzen van zijn bevoegdheid – zelfstandigheid en beleidsvrijheid heeft bij de vervulling van zijn taken.⁵

4 Zie HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 (Wijsmuller) waaruit volgt dat een besluit van een orgaan tot stand moet komen 'als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen'.

5 Zelfstandigheid: Asser-Maeijer 2-III, nr. 299 en HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 (Forum-Bank). Beleidsvrijheid: o.a. Asser-Maeijer 2-III, nr. 321; Löwensteyn 1959, p. 156-157 en recenter Timmerman 1995, p. 24 en Timmerman 2003. Uit HR 29 november 2002, NJ 2003, 455, JOR 2003/2 volgt dat een bestuurder zich onder omstandigheden zelfs mag begeven buiten deze formeel-juridische grenzen. Zie recent over zelfstandigheid en beleidsvrijheid: HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (ABN AMRO).

De wet bevat verschillende grondslagen voor de aansprakelijkheid van bestuurders. Hiervoor kwam artikel 2:9 BW al aan de orde: iedere bestuurder is tegenover de vennootschap gehouden de hem opgedragen taak behoorlijk te vervullen. Deze norm, die een verplichting van de bestuurder tegenover de vennootschap in het leven roept, leidt tot aansprakelijkheid tegenover de vennootschap als een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en als hem hiervan een ernstig verwijt valt te maken.⁶ Daarnaast kunnen bestuurders aansprakelijk zijn tegenover schuldeisers. Dat is bijvoorbeeld het geval als zij een overeenkomst zijn aangegaan met een leverancier, terwijl zij bij het aangaan van die overeenkomst al wisten of behoorden te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en bovendien geen verhaal zou bieden. De grondslag voor deze aansprakelijkheid is artikel 6:162 BW. Ook kunnen bestuurders aansprakelijk zijn tegenover personen die zijn afgegaan op misleidende informatie, bijvoorbeeld in jaarrekeningen (art. 2:139/249 BW) of in een prospectus (art. 6:194 BW e.v.). Een andere bekende aansprakelijkheidsgrondslag is de aansprakelijkheid van bestuurders tegenover de boedel wanneer de vennootschap failliet is gegaan. De curator kan de bestuurders aansprakelijk stellen als sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en als dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap (art. 6:138/248 BW). Verspreid in Boek 2 BW staan nog enkele bepalingen die tot aansprakelijkheid van bestuurders kunnen leiden, maar die het bestek van deze bijdrage te buiten gaan.

Sommige aansprakelijkheidsgrondslagen leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders. Dat wil zeggen dat bij aansprakelijkheidsvestigend handelen door een van de bestuurders, alle bestuurders aansprakelijk zijn voor de gehele schade die daaruit voortvloeit.⁷ Deze hoofdelijke aansprakelijkheid is de logische consequentie van de collectieve verantwoordelijkheid die de bestuurders hebben voor het bestuursbeleid. Artikel 2:9 BW vestigt daarom een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de vennootschap voor onbehoorlijke taakvervulling. Artikel 2:139/249 BW vestigt een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders jegens degenen die op misleidende informatie van de vennootschap zijn afgegaan. Artikel 2:138/248 BW vestigt een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de boedel voor schade die het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap is geweest.

Ik heb tot nu toe geschreven over het bestuur en de bestuurder. Maar voor de raad van commissarissen en de commissarissen geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de

6 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

7 Beginnende juristen noemen dit vaak onrechtvaardig. Niet vergeten moet worden dat in sommige situaties disculpatie mogelijk is, en, belangrijker, dat de bestuurders onderling intern regres zullen hebben als daartoe aanleiding bestaat.

algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad ter zijde (art. 2:140/250 lid 2). Net als de bestuurders zijn de commissarissen collectief verantwoordelijk voor hun taakvervulling, vinden beslissingen plaats via een proces van besluitvorming, moeten commissarissen zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en zijn zij aansprakelijk als zij bij hun toezichtstaak tekortschieten. Artikel 2:149/259 BW verklaart artikel 2:9 en artikel 2:138/248 BW van overeenkomstige toepassing op de taakvervulling door de raad van commissarissen. Artikel 2:150/260 BW bepaalt dat de commissarissen naast de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn als de openbaar gemaakte jaarrekening een misleidende voorstelling van zaken geeft.

3 HET BESTUUR EN DE RAAD VAN COMMISSARISSEN ALS GROEP

De wet bepaalt niet uit hoeveel bestuurders het bestuur van een vennootschap bestaat. Dit betekent dat in de praktijk besturen voorkomen die bestaan uit één, twee of meer bestuurders. Besturen die bestaan uit één of twee personen treft men vooral aan bij persoonsgebonden bv's en nv's. De ondernemer die zijn onderneming drijft in de bv-vorm zal doorgaans, naast enig aandeelhouder, ook enig bestuurder zijn. Als twee mensen hun samenwerking vorm hebben gegeven in de bv-vorm, zullen zij vaak beiden bestuurder zijn. Vooral bij grotere vennootschappen is het gebruikelijk dat het bestuur uit meer dan twee bestuurders bestaat. Zo hebben de vennootschappen die zijn opgenomen in de AEX-index gemiddeld vijf bestuurders. Raden van commissarissen bestaan in de regel uit drie of meer personen. Bij vennootschappen in de AEX-index is dit aantal zelfs gemiddeld acht tot negen personen.⁸ Ik maak dit onderscheid tussen organen van één persoon, twee personen en meer dan twee personen omdat het vanuit sociaalpsychologisch perspectief relevant is. Het maakt veel uit of de besluitvorming plaatsvindt door één persoon, door twee personen of door een groep van meer dan twee personen. Ik besteed in paragraaf 7 summier aandacht aan besturen van één of twee personen. In deze bijdrage neem ik echter als uitgangspunt dat het bestuur of de raad van commissarissen bestaat uit meer dan twee personen.

Een belangrijk onderwerp uit de sociale psychologie is hoe mensen zich gedragen in groepen en hoe de aanwezigheid van anderen – binnen of buiten de groep – hun gedrag

⁸ Op 21 januari 2008 hadden de 23 AEX-fondsen 115 bestuurders. Dit komt neer op een gemiddelde van vijf bestuurders per vennootschap. De mediaan is vier bestuurders per vennootschap. Het gemiddelde aantal commissarissen (of toezichthoudende bestuurders) bij deze vennootschappen ligt tussen de acht en negen. De mediaan is acht commissarissen (of toezichthoudende bestuurders) per vennootschap. Barros 2007, p. 17-18 betoogt dat grote *boards* (bijv. een bestuur van 15 personen (Unilever) of een raad van commissarissen van 18 personen (Arcelor Mittal)) ertoe kunnen leiden dat de individuele leden minder snel zullen ingrijpen bij misstanden (verantwoordelijkheid per individu is minder en als de anderen niets doen zal er wel niets fout zijn).

in een groep beïnvloedt. Bestuurders vormen samen een groep. Ook commissarissen vormen een groep. Door de betrokkenheid en interactie tussen de bestuurders en de commissarissen en de overeenkomst tussen de doelen waarnaar zij streven, zijn zij dikwijls ook gezamenlijk als groep te beschouwen.⁹ Uit een groot aantal empirische onderzoeken blijkt dat *'group membership and influence represents one of the most powerful forces shaping our feelings, judgments and behaviours'*.¹⁰ Anders dan men doorgaans aanneemt, worden het denken, doen en voelen van mensen sterk beïnvloed door (hun interpretatie van) de situatie waarin zij zich bevinden. Mensen blijken de invloed van die situatie op hun gedrag sterk te onderschatten en de invloed van hun eigen persoonlijkheid op hun gedrag sterk te overschatten.¹¹ Drie factoren zijn van bepalend belang bij besluitvorming en de uitkomst van die besluitvorming in een groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen, te weten:

- de verhouding tussen groepsleden onderling (conformisme) (par. 4-5);
- de verhouding tussen de groep en buitenstaanders (bevoordeling) (par. 6);
- de wijze waarop een groep (complexe) besluiten neemt (par. 7).

In de paragrafen die hierna volgen ga ik op elk van deze factoren in. Mijn beschrijving is beknopt en niet gericht op het verklaren van sociaalpsychologische fenomenen, maar op het constateren ervan. Ik verwijs in de regel naar sociaalpsychologische handboeken van algemene aard en niet naar de publicaties van grondleggers van bepaalde theorieën. In de regel verwijzen de handboeken naar deze literatuur. Het doel van deze bijdrage is uiteindelijk juridisch van aard. Door inzichtelijk te maken welke factoren van invloed kunnen zijn op besluitvorming binnen besturen en raden van commissarissen, wil ik aanbevelingen doen voor aanpassing van relevante regelgeving of van bepaalde gebruiken.

4 DE VERHOUDING TUSSEN DE GROEPSLEDEN ONDERLING (CONFORMISME)

De eerste van de hier te bespreken factoren ziet op de verhouding tussen groepsleden onderling. Verschillende psychologische factoren leiden tot conformisme binnen een groep. Juist bij een groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen doet zich een groot aantal van deze factoren gelijktijdig voor. Het gevolg hiervan beschrijven Cox en Munsinger als volgt:

9 Dit zal alleen maar sterker worden als Boek 2 BW – zoals de bedoeling is – binnenkort de *one tier board*-structuur regelt. In een *one tier board* zitten uitvoerende en toezichhoudende bestuurders in een orgaan. Er zijn al enkele vennootschappen – zoals Fortis Bank, Hagemeyer en Reed Elsevier – die in hun statuten een op een *one tier board* lijkende bestuursstructuur hebben opgenomen.

10 Baron/Kerr 2003, p. xii.

11 Baron/Kerr 2003, p. 166. Dit noemt men wel de *fundamental attribution error*. Zie hierover, en over andere psychologische invloeden op besluitvorming, ook de bijdragen van Giesen, Loonen en Rassin in deze bundel.

*'Taken together, these studies all suggest that powerful psychological factors are at work within the boardroom, creating a cohesive, loyal, conforming ingroup that will support its members for positive and negative reasons, under low and high levels of motivation and group values.'*¹²

Wat zijn dan die factoren die leiden tot een hechte, loyale en conformerende groep?

De zogenoemde *two-process theory of influence* is de heersende theorie in de sociale psychologie om de werking van conformisme te verklaren. Een grote hoeveelheid empirisch onderzoek ondersteunt deze theorie.¹³ Volgens deze theorie wordt conformisme veroorzaakt door twee parallelle beïnvloedingsprocessen, te weten normatieve beïnvloeding en informationele beïnvloeding.

Bij normatieve beïnvloeding conformeert een groepslid zijn oordeel of gedrag aan dat van andere groepsleden als gevolg van sociale druk die uitgaat van de groep en de in die groep heersende normen. De belangrijkste oorzaak van deze sociale druk is de macht van de groep om een groepslid te straffen door afwijzing en vijandigheid en te belonen door acceptatie en goedkeuring.¹⁴ Turner omschrijft de werking van normatieve beïnvloeding als volgt:

*'1 The power of others to reward or punish (e.g. to accept into or reject from the group) creates a need for their social approval and a fear of being different.
2 Therefore, under conditions of surveillance by others such that one can be personally identified and held responsible for any nonconformity,
3 one will tend to comply with their expectations or submit to other group pressures, producing conformity to the group norm.'*¹⁵

Bij informationele beïnvloeding conformeert een groepslid zijn oordeel of gedrag aan dat van andere groepsleden omdat hij er werkelijk van overtuigd is dat zijn oorspronkelijke oordeel of gedrag fout of minder juist was. Hij verandert niet alleen zijn waarneembare oordeel of gedrag, maar ook zijn niet-waarneembare overtuiging. Deze verandering is het gevolg van informatie, afkomstig van anderen binnen de groep, die ervaren wordt als een betrouwbare indicatie voor de objectieve werkelijkheid.¹⁶ Individuen hebben behoefte aan informatie om de houdbaarheid van hun subjectieve oordelen te kunnen toetsen. De reactie van andere groepsleden en de informatie die deze groepsleden geven, verschaffen

12 Cox/Munsinger 1985, p. 99. In gelijke zin Bainbridge 2002, p. 27 en Haft 1981, p. 36.

13 Turner 1991, p. 37-47 en Dallas 1997, p. 105.

14 Voor het vennootschapsrecht: Dallas 1997, p. 105. In het algemeen: Baron/Kerr 2003, p. 71 en 74; Turner 1991, p. 37.

15 Turner 1991, p. 38.

16 Turner 1991, p. 35.

een individueel groepslid aanwijzingen over de werkelijkheid. De behoefte om de werkelijkheid te kennen, leidt tot gedeelde groepsnormen die op hun beurt leiden tot conformisme. Turner omschrijft de werking van informatiele beïnvloeding als volgt:

- 1 *Objective stimulus ambiguity, difficulty or complexity, the difficulty of making direct tests of physical reality, leads to subjective uncertainty, a need for information to reduce uncertainty.*
- 2 *Uncertainty creates social dependence, dependence on others for valid information.*
- 3 *Informational dependence leads to influence; one conforms to the responses of others perceived to provide evidence about reality.*¹⁷

De werking van de hiervoor beschreven mechanismen neemt in kracht toe als de persoonlijke relaties in een groep positief zijn, als de leden van de groep zich met elkaar verbonden voelen, als zij vertrouwen hebben in elkaars persoonlijke en professionele kwaliteiten, als zij belang hechten aan het lidmaatschap van de groep en als het lidmaatschap hen status oplevert.¹⁸ Ook gelijkenis tussen de leden van een groep draagt bij aan meer conformisme.¹⁹ Deze gelijkenis kan bijvoorbeeld bestaan in afkomst uit dezelfde sociale klasse, gelijkwaardige scholing, een vergelijkbare loopbaan, hetzelfde geslacht, dezelfde leeftijd, een gelijke mate van intelligentie en rationaliteit en vergelijkbare culturele bagage. Zij is een belangrijke oorzaak van positieve persoonlijke relaties en interne verbondenheid. Conformisme in een groep neemt ook toe naarmate de taak die een groep moet uitvoeren complexer wordt en de oplossingen voor problemen minder eenduidig zijn (informatiele beïnvloeding). Als leden van een groep hun oordeel ten overstaan van de andere leden moeten geven of als hun gedrag voor andere leden zichtbaar is, heeft dit een toename van het conformisme tot gevolg (normatieve beïnvloeding).²⁰ Tot slot speelt de mate waarin een groep gericht is op consensus een rol bij de mate van conformisme. Dit effect wordt versterkt als de groepsleden in oordeel en gedrag als onafhankelijk worden ervaren. Het oordeel van ieder groepslid wint in dat geval aan gezag (informatiele beïnvloeding). Een afwijkend oordeel vergroot in dat geval de kans op afwijzing en dus op de consequenties die daaraan verbonden kunnen zijn (normatieve beïnvloeding).²¹

17 Turner 1991, p. 37.

18 Ter illustratie: het belang dat leden aan het lidmaatschap van de groep hechten leidt tot normatieve beïnvloeding. Het vertrouwen dat leden hebben in elkaars persoonlijke en professionele kwaliteiten leidt tot informatiele beïnvloeding. Sommige factoren zijn van invloed op beide manieren van beïnvloeding. Zie Turner 1991, p. 40-42 en het daar vermelde onderzoek; Meertens/Von Grumbkow 1992, p. 285.

19 Turner 1991, p. 40.

20 Dallas 1997, p. 110; Turner 1991, p. 44.

21 Turner 1991, p. 42-44.

Een bespreking van mogelijke verklaringen voor de hiervoor geschetste mechanismen gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Van belang is dat zij zich manifesteren en in onderzoek keer op keer empirisch zijn aangetoond.

5 CONFORMISME IN HET BESTUUR EN DE RAAD VAN COMMISSARISSEN

Veel factoren die van invloed zijn op de mate van conformisme, manifesteren zich bij uitstek in een groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen. Dat begint bij de selectie. De verhoudingen in het bestuur en de raad van commissarissen kenschetsen betrokkenen als amicaal en sterk collegiaal. Er is een grote mate van homogeniteit. Een (anonieme) commissaris beschrijft dat het (voor 1 oktober 2004 bestaande) coöptatiestelsel in het structuurregime ten doel had een raad van commissarissen op te leveren waarin *'de leden elkaar respecteren en hun normen serieus nemen en naar elkaar luisteren. Dan krijg je inschattingen die niet diametraal tegenover elkaar staan. Zo moet je ook binnen een directie werken.'*²²

Amerikaans onderzoek bevestigt dit beeld. Cox en Munsinger drukken dit als volgt uit:

*'The leading criterion for selecting a board nominee is his probable identification with and acceptance of the company's goals and methods of operation. (...) Another overriding consideration is that the board nominee's personality should be compatible with that of the current directors. (...) Studies (...) support the view that directors seek nominees of the same social class and whose experience will assure that all board members will share a common view of reality and easily reach consensus on questions presented to the board.'*²³

De hiervoor weergegeven – soms impliciete – selectiecriteria dragen eraan bij dat het profiel van bestuurders en commissarissen van Nederlandse vennootschappen weinig variatie kent. Het gaat in de regel om blanke mannen van vijftig jaar of ouder.²⁴ De meer-

22 De Jongh 1987, p. 75, die ook constateert dat de voorzitters van de raden van bestuur van grote ondernemingen een actieve rol spelen bij het voorbereiden van commissarisbenoemingen. De motivering hiervoor van betrokkenen is dat het bestuur met de raad van commissarissen moet samenwerken 'in een respectvolle vertrouwensrelatie' en dat er een college van mensen moet zijn waarmee behoorlijk valt te werken (zie p. 68).

23 Cox/Munsinger 1985, p. 91 en p. 91, noot 37. Zie ook Westphal/Zajac 1995, p. 77 ('This study provides strong and consistent evidence on the relationship between CEO and board power, demographic similarity and the selection of new directors'). Van der Knoop 1991, p. 127 citeert in dit verband een commissaris: 'Soms komt er iemand beschikbaar waarvan iedereen zegt: Het zou fijn zijn om die bij de club te hebben'.

24 Blanke mannen: Van Zanten 2002a, p. 28. Uit De Bos e.a. 2007a, p. 10 blijkt dat meer dan 90% van de commissarissen bij *for-profit*-instellingen van het mannelijk geslacht is (peildatum 2007). Leeftijd bestuurders: Vinke 1961, p. 175 (peildatum 1950); Beekenkamp 2002, p. 46 en 74 (peildatum circa 1987). Leeftijd commissarissen: Vinke 1961, p. 175 (peildatum 1950); Honée 1979, p. 146 (peildatum 1977; beperkt tot structuurvennootschappen); De Bos e.a. 2007a, p. 9 (peildatum 2007).

derheid heeft een universitaire of daarmee vergelijkbare opleiding genoten.²⁵ Bovendien is een grote meerderheid van hen afkomstig uit de sociale bovenlaag van de bevolking²⁶ en niet-progressief georiënteerd.²⁷ Voor commissarissen bij grote beursgenoteerde ondernemingen geldt bovendien dat ervaring als bestuurder bij een groot beursgenoteerd fonds een vereiste lijkt te zijn.²⁸ Voor Engeland kwam Higgs in 2003 tot dezelfde conclusies voor *non-executive directors* (functionarissen vergelijkbaar met commissarissen).²⁹ De oorzaak hiervan is volgens hem dat commissarissen geselecteerd worden uit het sociale netwerk van de zittende bestuurders en commissarissen.³⁰ Dit vergroot de kans op kandidaten met eenzelfde achtergrond. Ook als kandidaten niet afkomstig zijn uit het sociale netwerk van zittende bestuurders en commissarissen, is de kans groot dat zij een achtergrond hebben die gelijkenis vertoont met de zittende bestuurders en commissarissen. Hiertoe leiden de selectiecriteria die erop gericht zijn iemand te vinden die kan meedraaien in de homogene en sterk collegiale sfeer die een bestuur of raad van commissarissen kenschetst. Bovendien speelt een rol dat mensen met dezelfde achtergrond elkaar aardiger vinden en gunstiger beoordelen dan mensen met een verschillende achtergrond.³¹ Kandidaten met dezelfde achtergrond als de zittende functionarissen hebben daarom een grotere kans om geselecteerd te worden.

De voorgaande constatering hebben direct en indirect invloed op de mate van conformisme in een bestuur en een raad van commissarissen. Direct, omdat de selectie gericht is op mensen die uit zijn op consensus en dus uiteindelijk op conformisme. Indirect, omdat een groep hechter is naarmate mensen meer gemeenschappelijk hebben. Hoe hechter een groep, hoe groter de neiging tot conform gedrag.³²

Een belangrijke rol speelt verder de motivatie van bestuurders en commissarissen. Uit Nederlands onderzoek blijkt dat bestuurders – naar eigen zeggen – vooral ‘het plezier in het spel’ als belangrijk aspect van hun functie beschouwen. Daarnaast speelt de moge-

25 Beekenkamp 2002, p. 58 (peildatum circa 1987) en De Bos e.a. 2007a, p. 12 (peildatum 2007).

26 Vinke 1961, p. 150 en 284 (peildatum 1950); Beekenkamp 2002, p. 40 (peildatum circa 1987).

27 Uit een onderzoek van 18 januari 2003 onder bestuurders/vno-ncw-leden blijkt dat 44% van hen VVD stemt, 27% CDA en 13% PvdA; <http://www.vno-ncw.nl/web/show/id=94618/framenoid=53974/articletype=info/dbcode=1012> (geraadpleegd op 28 januari 2008). Beekenkamp 2002 vermeldt op basis van gegevens van 95 bestuursvoorzitters van een van de 250 grootste vennootschappen dat 40% VVD en 52,6% CDA stemt (peildatum circa 1987).

28 Van der Knoop 1991, p. 127. In de top 30 van de machtigste commissarissen hebben slechts enkele commissarissen deze specifieke voorervaring niet: Van Hezewijk 2001, p. 26 en 29 en Van Hezewijk/Van Zanten 2004, p. 15-16. Wellicht hangt dit samen met een opmerking van een (anonieme) bestuurder dat commissarissen ‘hoogst nerveus [worden] als je ze een naam noemt die ze niet kennen’: De Jongh 1987, p. 70 en in dezelfde zin Van der Knoop 1991, p. 126 en p. 139.

29 Higgs 2003, p. 42.

30 Zie voor Nederland Van der Knoop 1991, p. 139: ‘Ontmoetingsplaatsen zijn de Rotary, het circuit van de Kamers van Koophandel, werkgeversorganisaties, clubjes van industriëlen die 3,5 keer per jaar bijeen komen én uiteraard de bestuurs- en toezichthoudende organen in de grote vennootschappen’ en De Bos e.a. 2007a, p. 27.

31 Taylor e.a. 2003, p. 242-243.

32 Meertens/Von Grumbkow 1992, p. 285.

lijkheid om kennis en ervaring op te doen een belangrijke rol. Maatschappelijke status en geld achten zij minder van belang.³³ Commissarissen laten zich in soortgelijke bewoordingen uit over hun motivatie.³⁴ Cox en Munsinger leiden uit Amerikaans onderzoek af dat kandidaten die zijn voorgedragen voor de *board of directors* eerst denken aan ‘*the prestige, the influence, and the pleasure of associating with other succesful people with whom they will share the challenges of being a director*’.³⁵ Recent onderzoek bevestigt deze motivatie.³⁶ Het lidmaatschap van een groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen wordt hoog gewaardeerd en werkt status- en prestigeverhogend. De attractiviteit die de leden onderling ervaren en het positieve zelfbeeld dat leden van de groep aan hun groepslidmaatschap ontleen, leiden tot meer conformisme. Attractiviteit, positieve onderlinge verhoudingen en statusverhoging leiden ertoe dat een groepslid grote waarde hecht aan continuïteit van zijn lidmaatschap. De straf bij non-conformisme, te weten afwijzing door de groep, eventueel uitmondend in het (al dan niet zelf geïnitieerde) vertrek van de betreffende bestuurder of commissaris, is daarom hoog.³⁷ Het voorgaande leidt tot conformisme door normatieve beïnvloeding. Attractiviteit leidt er ook toe dat een groepslid de andere leden als (nog) meer gelijkend en betrouwbaar ervaart.³⁸ Hierdoor zal een groepslid informatie die van andere groepsleden afkomstig is eerder als juist accepteren. Dit leidt tot informationele beïnvloeding.

Hiervoor bleek al dat conformisme in een groep ook toeneemt naarmate de taak die een groep moet uitvoeren complexer wordt en de oplossingen voor problemen minder eenduidig zijn. De taak die bestuurders en commissarissen moeten vervullen, is bij uitstek complex. De oplossingen voor problemen zijn lang niet altijd eenduidig. Beslissingen moeten vaak snel genomen worden op basis van een grote hoeveelheid informatie, die meestal niet compleet is of compleet kan zijn. Bovendien geldt doorgaans dat op voorhand niet sprake is van één juiste beslissing en een aantal minder juiste alternatieven. Veelal

33 Buitenhuis 2001, p. 30-31.

34 De Jongh 1987, p. 21-22.

35 Cox/Munsinger 1985, p. 94. Zij leiden dit af uit onderzoek waaruit blijkt dat verreweg de belangrijkste factor voor een kandidaat om al of niet toe te treden samenhangt met de kwaliteit van de zittende *board of directors*.

36 Dallas 1997, p. 109 merkt op: ‘Recent studies have found that board members are primarily motivated to serve on boards because of the identity of other board members’. Zij verwijst naar Korn/Ferry *International*, *22nd Annual Board of Directors Study* 31 (1995). Van Manen merkt op dat een kandidaat zich bij een nieuw commissariaat dikwijls laat verblinden door status of geld: Van Zanten 2002b, p. 23.

37 Dat een afwijkend standpunt ook daadwerkelijk deze consequentie kan hebben, volgt uit uitspraken van enkele betrokkenen zelf. Zo merkt Risseeuw over zijn positie als president-commissaris bij Laurus op: ‘Als je bepaalde zaken niet kunt bewerkstelligen, je je gelijk niet krijgt en je inbreng niet op waarde wordt geschat, kun je alleen nog maar weggaan.’: Van Zanten 2002b, p. 25. Zie ook Van Manen 1999, p. 136. Van der Hoeven merkt over managers bij Ahold op: ‘Als onze managers zich niet houden aan onze normen en waarden, dan worden ze daar onherroepelijk op afgerekend. Dat vormt onderdeel van de beoordeling en heeft gevolgen voor hun carrièrekansen binnen de onderneming.’: Van Zanten 1997, p. 13. Aardig is dat Vuursteen, toenmalig bestuursvoorzitter van Heineken, naar aanleiding hiervan opmerkt: ‘Ja, straf! Bij ons heeft dat consequenties voor de beloning’.

38 Turner 1991, p. 121.

moet een keuze gemaakt worden uit een aantal op voorhand gelijkwaardige alternatieven. Deze omstandigheden versterken conformisme door informationele beïnvloeding. De behoefte aan houvast en de wil om de juiste beslissing te nemen leiden ertoe dat men veel gewicht toekent aan het oordeel van anderen.

Een belangrijke – soms impliciete – regel binnen besturen en raden van commissarissen is dat men bij consensus beslist.³⁹ Dit legt extra druk op de groepsleden om zich te conformeren. Omdat de groep consensus bereikt in vergadering zijn het oordeel en het gedrag van ieder groepslid zichtbaar voor de andere leden. Ook dit leidt tot verhoogd conformisme.⁴⁰

Een Amerikaans onderzoek van Lorsch en MacIver uit 1989 naar het functioneren van *boards of directors* van Amerikaanse vennootschappen toont aan dat zich binnen een *board of directors* groepsnormen ontwikkelen die conformisme in de hand werken. Lorsch en MacIver destilleerden de volgende groepsnormen aan de hand van gesprekken met en observaties van bestuurders: leden van de *board of directors* behoren de *chief executive officer* niet te bekritisieren, vooral niet in aanwezigheid van de andere *inside directors*, leden van de *board of directors* behoren geen informatie te vergaren buiten de geëigende kanalen om en leden van de *board of directors* behoren verantwoordelijkheidskwesties en de uitgangspunten op basis waarvan de *board* opereert niet ter discussie te stellen.⁴¹ In alle gevallen gaat het om normen die leiden tot conformisme door normatieve beïnvloeding. De positie van de *chief executive officer* in een Amerikaanse vennootschap is dominantanter dan die van de voorzitter van de raad van bestuur van een Nederlandse vennootschap.⁴² Omdat de omstandigheden die leiden tot conformisme zich ook voordoen bij besturen en raden van commissarissen van Nederlandse vennootschappen, is het aannemelijk dat ook in de Nederlandse context sprake is van groepsnormen die conformisme bevorderen. Een aanknopingspunt hiervoor ontleen ik aan een uitspraak van voormalig supercommissaris De Ruiter:

39 Van Oordt, (voormalig) commissaris bij Nokia, Draka Holding, Rodamco Europe, Fortis Bank, Schering-Plough en Umicore en voormalig voorzitter van de raad van bestuur van Bühman Tetterode, KNP BT en Rodamco Europe, merkt in dit verband op: 'Vechtboards werken niet. Je moet uiteindelijk, indien nodig na pittige discussies, consensus bereiken. Ik heb nog nooit meegemaakt dat er gestemd moet worden – dan zou er iets fout zitten.' Schoenmakers 2002, p. 16.

40 Vgl. de opmerking van een commissaris: 'Er zijn ook wel eens zaken die je in een vergadering opvallen en waar je liever niet "en pleine" in de vergadering een opmerking over maakt.' Van der Knoop 1991, p. 82.

41 Lorsch/MacIver 1989, p. 91-96, 170-171. Een gedeeltelijke bevestiging hiervan kan men voor Nederland vinden bij Van der Knoop 1991, p. 93 (gezichtsverlies bestuur bij afkeuren besluit) en p. 96 (informatie-inwinning).

42 Al is bij sommige beursgenoteerde vennootschappen een CEO-structuur ingevoerd. Ook in familiebedrijven zal regelmatig sprake zijn van een bestuurder met een dominantere positie dan de overige bestuurders of leidinggevenden in het bedrijf.

‘Van Kempen [voormalig topman van Wolters Kluwer] wilde alles op internet zetten. (...) Zelfs ik begreep dat dat onverstandig was. Ook binnen de raad van bestuur heerste een enorme aversie tegen zijn plannen. Dat kreeg ik pas laat in de gaten. (...) Ik heb achteraf tegen de andere bestuursleden gezegd: verdomme, waarom heb je nooit je mond opengedaan?’⁴³

Een hiërarchische structuur binnen het bestuur en de raad van commissarissen bevordert conformisme.⁴⁴ Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als de voorzitter van de raad van bestuur binnen de bestuursstructuur niet langer *primus inter pares* is, maar hiërarchisch hoger geplaatst.⁴⁵ Ook als de voorzitter van de raad van bestuur – in plaats van de raad van commissarissen – verantwoordelijk is voor de beoordeling van zijn medebestuurders verhoogt dit de neiging tot conformerend gedrag in het bestuur.⁴⁶ Beide omstandigheden kunnen leiden tot besluitvorming van minder hoog niveau.⁴⁷

6 DE VERHOUDING TUSSEN DE GROEP EN BUITENSTAANDERS (BEVOORDELING)

Naast sociaalpsychologische factoren die van invloed zijn op de verhouding tussen de groepsleden onderling, doen zich ook factoren voor die van invloed zijn op de verhouding tussen de groepsleden enerzijds en buitenstaanders anderzijds. De socioloog Summer schreef in 1906 het volgende over etnische groepen:

‘The insiders in a we-group are in a relation of peace, order, law, government, and industry, to each other. Their relation to all outsiders, or others-groups, is one of war and plunder (...). Sentiments are produced to correspond. Loyalty to the group, sacrifice for it, hatred and contempt for outsiders, brotherhood within, warlikeness without – all grow together, common products of the same situation.’⁴⁸

Het spreekt voor zich dat wat Summer schreef over etnische groepen niet in dezelfde termen geldt voor het bestuur of de raad van commissarissen als groep. De psychologische mechanismen die ten grondslag liggen aan zijn constatering voor etnische groepen zijn echter algemeen geldig en aanwezig in elke groep. Zij oefenen invloed uit op het functioneren van de leden van die groep in relatie tot elkaar. Hierover ging de vorige

43 Interview met Henny de Ruiter, *Elan* juli 2001, p. 15.

44 Dallas 1997, p. 111.

45 Fortis Bank en Hagemeyer hebben bijvoorbeeld een *CEO*-model met een *executive committee* ingevoerd.

46 Van een dergelijke beoordelingsprocedure is bijvoorbeeld sprake bij Fortis Bank (Van Zanten 2002c, p. 38).

47 Haft 1981, p. 19-20 en de daar vermelde literatuur.

48 Summer 1906, p. 12, zoals geciteerd door Brewer 1979, p. 307.

paragraaf. Zij oefenen echter ook invloed uit op het functioneren van de leden van die groep in relatie tot buitenstaanders.

Uit onderzoek blijkt dat leden van een groep elkaar zullen bevoordelen ten opzichte van leden of een lid van een andere groep. Zelfs in de meest triviale groep die denkbaar is, bestaat dit effect. Aan een van de handboeken over sociale psychologie ontleen ik het volgende voorbeeld:

*'Stel u voor dat u tijdens een skiles door een onderzoeker wordt ingedeeld in één van twee groepen waarvan de ene een groene en de andere een blauwe band draagt. Het wordt u niet duidelijk gemaakt wat groen en blauw in dit verband betekenen, noch wordt u de reden duidelijk waarom u in één van de groepen bent ingedeeld. Tijdens de verdere les zonderen de groene en blauwe banden zich niet af, maar gaan met elkaar om alsof de banden er niet waren. Na de les wordt u verzocht de prestaties van individuele skiërs te beoordelen. Op grond van onderzoek kan nu worden verwacht dat u de leden van uw "eigen groep" begunstigt ten opzichte van leden van de andere groep en in dit geval dus hun skiprestaties positiever beoordeelt dan die van de leden van de andere groep.'*⁴⁹

Dit mechanisme werkt in triviale groepen. In een hechte groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen, waarin sprake is van onderlinge afhankelijkheid, aantrekkingskracht tussen en gelijkenis van de leden onderling en hoge motivatie om tot de groep te (blijven) behoren, is de werking hiervan sterker.⁵⁰ Daarbij komt dat uit onderzoek blijkt dat juist het oordeel van een groepslid over eigenschappen als betrouwbaarheid, eerlijkheid en loyaliteit van medegroepsleden het meest gekleurd is door het groepslidmaatschap.⁵¹ Een effect dat een gekleurd oordeel extra in de hand werkt, is dat een individueel groepslid prestaties van andere groepsleden of van de groep als geheel, ervaart als zijn eigen prestaties.⁵² Bovendien treedt het effect op dat Vonk e.a. met het volgende voorbeeld verduidelijken:

49 Meertens/Von Grumbkow 1992, p. 340.

50 Brewer 1979, p. 319.

51 Brewer 1979, p. 321: 'Across experimental and field studies of the content of intergroup perceptions, the dimensions on which evaluative bias in favor of in-groups occurs most reliably are those associated with trustworthiness, honesty, or loyalty.'

52 Brewer 1979, p. 322: 'Another consequence of the reduced social distance between self and others that accompanies in-group formation is that outcomes to other group members, or to the group as whole, come to be perceived as one's own.'

*'Als er bijvoorbeeld in een bedrijf succes wordt geboekt, zijn werknemers geneigd te denken dat dat door hun afdeling komt; als het fout gaat, zullen ze de oorzaak eerder bij een andere afdeling zoeken.'*⁵³

7 DE WIJZE WAAROP EEN GROEP (COMPLEXE) BESLUITEN NEEMT

Naast de neiging tot conformisme en tot bevoordeling van leden van de eigen groep is een belangrijke factor de wijze waarop individuen en groepen (complexe) besluiten nemen. Het is immers een van de kerntaken van het bestuur en van de raad van commissarissen om besluiten te nemen.⁵⁴ Mensen gaan bij beslissen selectief om met informatie en argumenten. Zij zoeken vooral naar informatie en argumenten die pleiten voor hun standpunt en zien daarin een bevestiging van hun standpunt. Aan informatie en argumenten die voor hun standpunt pleiten, kennen zij meer gewicht toe dan aan informatie en argumenten die daartegen pleiten. Aan informatie waarvan zij recent hebben kennisgenomen, kennen zij meer gewicht toe dan aan informatie die zij al kenden.⁵⁵ Bovendien blijkt dat mensen de kans op een uitkomst die zij wenselijk achten veel hoger schatten dan de kans op een uitkomst die zij niet willen. Ook de neveneffecten van een bepaalde beslissing kunnen van invloed zijn op het nemen van die beslissing. Vooral negatieve neveneffecten hebben grote invloed.⁵⁶ Bij besluitvorming in groepen blijkt dat de leden van een groep vooral informatie met elkaar delen die bij ieder lid bekend is en dat er veel minder aandacht is voor informatie die slechts bij een enkeling bekend is.⁵⁷ Dit draagt ertoe bij dat het standpunt van een groep vaak extremer is dan de standpunten van de afzonderlijke leden van die groep (*group polarization*).⁵⁸ Als sprake is van een hechte groep met veel status, met groepsleden die op elkaar lijken, waarin de nadruk ligt op het bereiken van consensus en waarbij sprake is van een directieve leider, dan kan zich een fenomeen voordoen dat wel wordt aangeduid als *groupthink*. *Groupthink* is een extreme vorm van conformisme die kan leiden tot (objectief en op voorhand) als rampzalig te kwalificeren beslissingen. *Groupthink* doet zich voor als ieder groepslid denkt dat hij de enige is die kritiek heeft op het besluit en dat de overige groepsleden achter het besluit staan. Dit kan leiden tot een gemankeerd besluitvormingsproces waarbij alternatieven

53 Vonk 2001, p. 203.

54 Een aantal van deze mechanismen werkt ook bij besluitvorming door een individu of in een groep van twee personen.

55 Men noemt dit wel de *confirmation bias*: Dallas 2002, p. 1402 en de daar vermelde literatuur. Zie ook Vonk 2001, p. 190: zo kan verwacht worden dat een bestuurder meer gewicht zal toekennen aan de nadelen van een aansprakelijkstelling dan aan de voordelen. Zie hierover ook de bijdrage van Eric Rassin in deze bundel. Hij gaat ook in op de verschijnselen *anchoring* en *framing*, die ik in mijn bijdrage buiten beschouwing laat.

56 Cox/Munsinger 1985, p. 90: 'Some outcomes (...) are so personally ruinous that the decisionmakers will edit the problem in a way that the choice embodying the ruinous outcome is eliminated from further consideration.'

57 Baron/Kerr 2003, p. 104-107 en Dallas 2002, p. 1394.

58 Baron/Kerr 2003, p. 98-108.

niet goed zijn bestudeerd, de gevolgen van falen zijn genegeerd, risico's, kosten en baten niet goed zijn ingeschat en adequate informatie ontbreekt.⁵⁹ Veel besturen en raden van commissarissen hebben de groepskenmerken die een voorwaarde lijken te zijn voor *groupthink* en sommige ondernemersbeslissingen worden aan dit fenomeen toegeschreven (bijvoorbeeld de gang van zaken bij Enron).⁶⁰

Het komt vaak voor – vooral bij besloten vennootschappen – dat het bestuur of de raad van commissarissen uit één of twee personen bestaat. De psychologische mechanismen die zich manifesteren in groepen, doen zich bij een bestuur dat bestaat uit één of twee personen niet in al hun aspecten voor. Wat echter voor ieder individu opgaat – of hij nu in een groep opereert of alleen – zijn de mechanismen die ik aan het begin van deze paragraaf noemde en de neiging om tot beslissingen te komen die gekleurd zijn door eigen belangen. Men noemt dit mechanisme wel de *self-serving bias*. Een individu is geneigd successen op zijn eigen conto te schrijven en mislukkingen te wijten aan externe omstandigheden.⁶¹ Hij zal zijn inzichten over wat juist en rechtvaardig is onbewust in zijn eigen belang bijstellen. Ook iemand die tracht zo onbevagen en objectief mogelijk naar zijn eigen handelen te kijken, valt ten prooi aan de *self-serving bias*. Moore e.a. merken hierover op dat:

*'those with conflicts of interest may be biased in ways that they are not consciously aware, and that they therefore may not be able to correct these biases even when they try to do so'*⁶², en *'while people may be aware of their vulnerability to bias, they tend to underestimate it'*⁶³.

De psychologie van een groep van twee personen is anders dan die van een individu of een groep van grotere omvang. De mechanismen die bij individuen leiden tot een gekleurd oordeel (o.a. de *self-serving bias*), werken ook voor de leden van een tweepersoonsgroep.⁶⁴ Eigen aan de tweepersoonsgroep is dat niet de verhouding tussen het individu en de groep centraal staat, maar de verhouding tussen twee individuen.⁶⁵ Het

59 Baron/Kerr 2003, p. 94-98: de verklaring voor het fenomeen *groupthink* is overigens niet geheel onomstreden (zie hierover de literatuur waarnaar Barron/Kerr 2003 verwijzen).

60 Bainbridge 2002, p. 31 schrijft hierover dat: 'In the corporate setting, board culture in many firms encourages groupthink.' Dallas 2002, p. 1393, bepleit meer divers samengestelde boards om aan dit verschijnsel te ontkomen.

61 Zie hierover Vonk 2001, p. 137 en de daar vermelde literatuur. Hieruit valt mijns inziens ook te verklaren dat *chief executive officers* in de Verenigde Staten, Europa en Azië bij het nemen van maatregelen die een goed bestuur moeten waarborgen, maatregelen uit de weg gaan die hun eigen functioneren beter moeten reguleren: zie hierover het artikel 'CEO's ontzien eigen rol in goed bestuur. Eerst bedrijfsbrede maatregelen' in *Het Financieel Dagblad* van 13 oktober 2003.

62 Moore e.a. 2002, p. 3-4.

63 Moore e.a. 2002, p. 12.

64 Poole/Billingsley 1989, p. 217.

65 Poole/Billingsley 1989, p. 217.

normatieve richtsnoer in een tweepersoonsgroep is reciprociteit: beloften moeten over en weer worden nagekomen, gunsten moeten met wederdiensten worden beantwoord en degene die geholpen wordt, moet helpen.⁶⁶ De sociale druk die uitgaat van reciprociteit, staat ook bij besluitvorming in een tweepersoonsgroep centraal.

8 TOEPASSINGEN

Ik heb een globaal overzicht gegeven van sociaalpsychologische factoren die van invloed zijn op besluitvorming in een groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen. Het voorgaande is geen aanval op de wijze waarop het bestuur en de raad van commissarissen in Nederlandse vennootschappen functioneren. Uit onderzoek blijkt dat juist de wijze waarop de meeste besturen en raden van commissarissen functioneren, garant staat voor besluitvorming van hoge kwaliteit.⁶⁷ Er zijn (empirische) aanwijzingen dat groepen bij complexe beslissingen betere beslissingen nemen dan individuen,⁶⁸ en dat dit vooral geldt voor groepen waarin sprake is van gelijkwaardige verhoudingen, een grote mate van cohesie en besluitvorming op basis van consensus.⁶⁹ Deze factoren hebben voor de besluitvorming binnen het bestuur en de raad van commissarissen in het algemeen dus een gunstig effect. Het is zelfs noodzakelijk dat dergelijke factoren een rol spelen. Als er geen neiging bestond tot conformisme zou consensus in veel gevallen onmogelijk zijn. Een bestuur of raad van commissarissen kan bij voortdurend gebrek aan consensus niet goed functioneren. De neiging om selectief om te gaan met informatie is lang niet altijd negatief. Het kan ook een manier zijn voor bestuurders en commissarissen om in een relatief kort tijdsbestek op basis van (vaak) onvolledige informatie met enige snelheid besluiten te kunnen nemen. Maar er zijn ook besluiten over onderwerpen waarop sociaalpsychologische factoren een niet-gewenste invloed kunnen hebben. In deze en de volgende paragraaf besteed ik aandacht aan een aantal van deze besluiten. Achtereenvolgens ga ik in op: (a) aansprakelijkstelling van bestuursleden en commissarissen, (b)

66 Simmler 1950, p. 123 e.v.

67 Bainbridge 2002, p. 18.

68 Bainbridge 2002, p. 12 e.v. en Haft 1981, p. 9 geven een overzicht van deze aanwijzingen. Het onderzoek van Blinder/Morgan 2000, p. 47 ondersteunt deze conclusie. Zij concluderen dat '[s]ociety is (...) wise to assign many important decisions to committees.' Een groep neemt betere beslissingen dan het gemiddelde lid van de groep. Dat een groep ook een betere beslissing neemt dan het beste lid van een groep is op basis van laboratoriumonderzoek omstreden. Omdat op voorhand niet valt te zeggen wie het beste lid is van een groep en omdat het beste lid van een groep per beslissing een ander kan zijn, neemt een groep bij complexe beslissingen buiten het laboratorium gemiddeld betere beslissingen dan een individu (Bainbridge 2002, p. 25). Een groep profiteert van het delen en uitwisselen van informatie en van de mogelijkheid om fouten bij elkaar te corrigeren (Bainbridge 2002, p. 30).

69 Haft 1981, p. 14-15 en 19 (gelijkwaardigheid), p. 22-24 (cohesie), p. 33-35 (consensus) en de daar vermelde literatuur. Baron/Kerr 2003, p. 75-76, wijzen erop dat conformisme vaak noodzakelijk is om in een groep gecoördineerd en efficiënt te kunnen opereren.

aansprakelijkheid en risicomijding, (c) resultaatsafhankelijke beloning, en (d) selectie van bestuurders en commissarissen.

(a) Aansprakelijkstelling van bestuursleden en commissarissen

Artikel 2:9 BW leidt tot aansprakelijkheid tegenover de vennootschap als een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en als hem hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor commissarissen geldt dit op overeenkomstige wijze. Het bestuur is bevoegd om namens de vennootschap te besluiten een vordering tot schadevergoeding tegen één of meer bestuurders of commissarissen in te stellen. Het bestuur is immers belast met het bestuur van de vennootschap en daar valt ook onder besluitvorming over het starten van juridische procedures. Daarnaast is algemeen aanvaard dat ook de raad van commissarissen mag besluiten tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding tegen één of meer bestuurders. De raad van commissarissen heeft deze bevoegdheid, die eigenlijk een bestuursbevoegdheid is, omdat van bestuurders niet verwacht kan worden dat zij medebestuurders namens de vennootschap aanspreken. Zij hebben veelal een tegenstrijdig belang.

In de praktijk blijkt dat niet alleen zittende bestuurders, maar ook zittende commissarissen (nagenoeg) nooit een vordering uit artikel 2:9 BW instellen tegen een medebestuurder of een medecommissaris.⁷⁰ Het is doorgaans de curator van een failliete vennootschap die (meestal subsidiair naast een vordering uit artikel 2:138/248 BW) een vordering op grond van artikel 2:9 BW instelt.⁷¹ In enkele gevallen stellen (doorgaans nieuw aangetreden) bestuurders een vordering uit artikel 2:9 BW in tegen oud-bestuurders of oud-commissarissen.⁷²

Nu zou de zeldzaamheid van rechtspraak waaruit blijkt dat de vennootschap een vordering heeft ingesteld tegen een van haar (oud-)bestuurders of (oud-)commissarissen er ook op kunnen duiden dat gevallen waarin van ernstig tekortschieten sprake is, zich niet voordoen. Hiertegen pleit de relatief grote hoeveelheid rechtspraak waarin de curator (mede) een beroep doet op artikel 2:9 BW. Dat een vennootschap een van haar (oud-)bestuurders of (oud-)commissarissen in de regel niet zal aanspreken, wijt Van der Grinten aan het volgende:

70 Rechtspraak waarin hiervan sprake is, komt waarschijnlijk nauwelijks voor. Ik heb deze niet aangetroffen.

71 Zie naast veel meer voorbeelden bijvoorbeeld HR 11 juni 1999, NJ 1999, 586, JOR 1999/146; HR 10 december 1999, NJ 2000, 6, JOR 2000/11.

72 Zie bijvoorbeeld HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360; HR 29 november 2002, NJ 2003, 455, JOR 2003/2; HR 4 april 2003, NJ 2003, 538.

‘Over de vraag of zulk een vordering tegen een bestuurder zal worden ingesteld beslist het bestuur – of indien de bestuurder nog in functie zou zijn – de raad van commissarissen omdat er een tegenstrijdig belang is; over instelling van een vordering tegen de commissaris beslist het bestuur. Voor het instellen van een dergelijke vordering zullen het bestuur en de raad van commissarissen als regel niet gevoelen. Tegen een beslissing om zulk een vordering in te stellen bestaan grote psychologische bedenkingen. Wie wil een vordering instellen tegen iemand met wie men collegiaal is omgegaan. Het element dat men vuile was niet naar buiten wil brengen, speelt voorts een rol. Bij elke organisatie geldt dat men, met uitzondering wellicht van gevallen van notoire fraude hem die deel uitmaakt van de organisatie niet voor vergoeding van schade aanspreekt indien [hij] tekort schiet.’⁷³

Kisch had er al eerder op gewezen dat bestuurders *‘eenigen weêrstand zullen ondervinden een offensief te openen tegen een zittenden of juist afgetreden ambtsbroeder’*.⁷⁴

Kisch en Van der Grinten wijzen erop dat tegen het instellen van een vordering tegen (oud-)bestuurders (maar hetzelfde geldt voor (oud-)commissarissen) psychologische bedenkingen bestaan. Ik wil deze psychologische bedenkingen concreter maken aan de hand van de sociaalpsychologische factoren die ik hiervoor heb besproken.

Allereerst zullen leden van een groep elkaar bevoordelen ten opzichte van leden of een lid van een andere groep. In een hechte groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen, waarin sprake is van onderlinge afhankelijkheid tussen en gelijkenis van de leden onderling en een hoge motivatie om tot de groep te blijven behoren, is de werking hiervan sterker. Juist het oordeel over de betrouwbaarheid, eerlijkheid en loyaliteit is het meest gekleurd door het groepslidmaatschap. Het zijn juist die eigenschappen die een belangrijke rol spelen bij een oordeel over mogelijke aansprakelijkstelling van een (voormalig) groepslid ((voormalig) medebestuurder of medecommissaris) namens de vennootschap.

Ook factoren die van invloed zijn op de wijze waarop individuen en groepen complexe beslissingen nemen zijn van invloed op het oordeel over aansprakelijkstelling van een bestuurder of commissaris. De voorspelling over de uitkomst van een juridische procedure zal gekleurd zijn omdat de kans op een uitkomst die wenselijk wordt geacht, hoger wordt geschat dan de kans op een uitkomst die niet gewenst is.⁷⁵ Aan argumenten

73 Van der Grinten 1982, p. 201-202. Ook in het Duitse en Amerikaanse recht is erkend dat men geen hoge verwachtingen moet koesteren van het bestuur en de raad van commissarissen als het gaat om het instellen van vorderingen. Zie bijvoorbeeld voor het Duitse recht: Großfeld 1973, p. 109 en Ulmer 1999, p. 318, en voor het Amerikaanse recht: Thompson/Thomas 2002, p. 8 (over *special litigation committees* die doorgaans bestaan uit leden van de *board of directors*).

74 Kisch 1940, p. 38.

75 Farnsworth 2002, p. 1-2.

die tegen het instellen van een vordering pleiten zal in de regel meer gewicht worden toegekend dan aan argumenten die daarvoor pleiten. Hoe meer ruimte er is voor interpretatie, en dit is bijvoorbeeld het geval bij het verbinden van kwalificaties aan feiten, des te meer ruimte is er voor een gekleurd oordeel.⁷⁶ Ook de persoonlijke betrokkenheid van bestuurders of commissarissen bij een collega en de wens om die collega niet te betrekken in een gerechtelijke procedure sturen het oordeel over het al of niet instellen van een vordering.⁷⁷ De opvatting die leden van een groep hebben over bepaald gedrag – en die bepaalt hoe zij dat gedrag beoordelen bij elkaar – kan bovendien afwijken van de opvattingen die over dat gedrag leven in de maatschappij. Een illustratie hiervan – en overigens ook een illustratie van de neiging tot bevoordeling van eigen groepsleden – ontleen ik aan een uitspraak van Dick van Well, bestuursvoorzitter van het bouwbedrijf Dura Vermeer. Ik citeer:

‘Maar het normbesef dat hoorde bij het bedrijfsleven, waarvan we de illusie hadden dat het maatschappelijk geaccepteerd was, blijkt nu anders te zijn. De onderlinge band met bouwers was sterker dan de band met de buitenwereld.’⁷⁸

Daarnaast zijn aan een besluit tot aansprakelijkstelling van een (voormalige) bestuurder of commissaris nadelige consequenties verbonden voor de overige bestuurders en commissarissen. Artikel 2:9 BW gaat uit van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid. Het bestuur dat besluit namens de vennootschap een vordering in te stellen tegen een van zijn leden, brengt als neveneffect ook zijn eigen (aansprakelijkheids-)positie in gevaar. Het is bovendien slecht voor de reputatie van de bestuurders als zij in hun midden iemand de mogelijkheid hebben geboden onzorgvuldig te handelen. De beslissing van commissarissen om een of meer bestuurders aansprakelijk te stellen uit hoofde van onbehoorlijk bestuur heeft als neveneffect dat de commissarissen de kans lopen dat hen, bij gebleken onbehoorlijk bestuur, het verwijt gemaakt wordt dat zij zich niet zorgvuldig van hun toezichthoudende taak hebben gekweten. Deze neveneffecten kunnen het oordeel over aansprakelijkheid sturen. Een bestuurder die gedeeltelijk beloond wordt in opties of grootaandeelhouder is, kan zich bij de beslissing over aansprakelijkstelling bovendien mede laten leiden door de mogelijkheid van een koersdaling door negatieve publiciteit. De voornoemde factoren kunnen ertoe leiden dat de vennoot-

76 Moore e.a. 2002, p. 5.

77 Cox/Munsinger 1985, p. 89-99. Dat persoonlijke betrokkenheid bij een ander invloed heeft op een oordeel waarbij het belang bij die ander is betrokken, bevestigt ook het onderzoek van Moore e.a. 2002, p. 15.

78 NRC Handelsblad 13 mei 2004, ('Bouwer Dura heeft spijt van fraude').

schap geen vordering tot schadevergoeding instelt tegen (oud-)bestuurders of (oud-)commissarissen ook in gevallen waarin dit wenselijk zou zijn.

In een bestuur dat uit twee personen bestaat zal de persoonlijke betrokkenheid van de bestuurder bij zijn collega en de wens om die collega niet te betrekken in een gerechtelijke procedure het oordeel over aansprakelijkstelling nog sterker sturen. In een grotere groep kan elk individu de verantwoordelijkheid voor het instellen van een vordering afschuiven op de groep. In een tweepersoonsgroep is dit onmogelijk. Ook zonder expliciete sociaal-psychologische onderbouwing zal iedereen aanvoelen dat men van een individuele bestuurder of commissaris niet kan verwachten dat hij een objectief en onafhankelijk oordeel over zijn eigen aansprakelijkheidspositie geeft. De mechanismen die hiervoor aan de orde kwamen, en met name de *self-serving bias* en de negatieve neveneffecten van het besluit, staan hieraan in de weg.

(b) Aansprakelijkheid en risicomijding

Ik schreef hiervoor dat negatieve neveneffecten van een beslissing grote invloed kunnen hebben op het nemen van die beslissing en op de inhoud ervan. Een belangrijk thema is de invloed die de mogelijkheid van aansprakelijkstelling en het daarmee verbonden gevaar van reputatieschade kan hebben op besluitvorming door bestuurders en commissarissen. Bestuurders kunnen terugdeinzen voor risicovolle, maar potentieel zeer winstgevende beslissingen en kiezen voor de veiliger, maar minder winstgevende weg.⁷⁹ Bij die veilige weg is de kans op persoonlijke aansprakelijkstelling kleiner. Er zijn aanwijzingen dat een geringe stijging van de kans op aansprakelijkheid tot onevenredige risicomijding kan leiden.⁸⁰

Een voorbeeld waaruit blijkt dat risicomijdend ondernemen daadwerkelijk nadelig kan zijn, ontleen ik aan de Macro Economische Verkenning 2004 van het Centraal Planbureau. Daarin staat als een van de verklaringen voor de hapering in de Amerikaanse opgaande conjunctuur in de tweede helft van 2002 dat '*[d]e kritiek op bedrijfsbestuurders na het losbarsten van de boekhoudschandalen (...) hen mogelijk terughoudender [maakte] bij het nemen van risico's en het doen van investeringen*'.⁸¹ Dit strookt met een uitspraak van de voorzitter van de Amerikaanse *Federal Reserve Board*, Alan Greenspan, tijdens zijn halfjaarlijkse rapportage op 15 juli 2003 aan een commissie van het Huis van Afgevaardigden. Hij zei toen:

79 Zie uitgebreider hierover: Kroeze 2005.

80 Bainbridge 2004, p. 124; McDonnell 2004, p. 24.

81 Centraal Planbureau 2004, p. 37.

*'Corporate executives and boards of directors are seemingly unclear, in the wake of the recent intense focus on corporate behavior, about how an increase in risk-taking on their part would be viewed by shareholders and regulators. As a result, business leaders have been quite circumspect about embarking on major new investment projects.'*⁸²

Een andere bijwerking is dat allerlei indekgedrag toeneemt. Dit kan variëren van het vragen van adviezen van externe adviseurs louter ter onderbouwing van het reeds ingenomen standpunt, tot het strategisch plaatsen en laten vastleggen van waarschuwend opmerkingen bij belangrijke beslissingen of zelfs het wegblijven bij een vergadering waar een belangrijke beslissing op de agenda staat. Ook kan het ertoe leiden dat voorgenomen besluiten over onderwerpen waaraan een hoog aansprakelijkheidsrisico kleeft, zo langdurig en gedetailleerd worden besproken dat andere belangrijke besluiten niet de aandacht krijgen die zij verdienen.⁸³ Een ander gevolg is dat commissarissen in verband met hun eigen aansprakelijkheidspositie eerder het vertrouwen in een bestuurder opzeggen dan wenselijk is.⁸⁴ Daarnaast speelt dat de beste kandidaten minder snel een positie als bestuurder willen bekleden. Rijke kandidaten hebben extra reden om te weigeren. Zij hebben immers veel te verliezen bij persoonlijke aansprakelijkstelling.⁸⁵ Het risico van aansprakelijkheid en reputatieverlies zal bovendien leiden tot hogere beloningen, omdat bestuurders dit risico verdisconteerd willen zien in hun beloning.

(c) Resultaatsafhankelijke beloning

Bestuurders kunnen beloond worden voor goede resultaten. Dit kan bijvoorbeeld met opties en andere resultaatsafhankelijke beloningen, zoals een bonus bij een bepaalde winst of bij het vinden van nieuwe oliereserves. Resultaatsafhankelijk belonen bewerkstelligt een gemeenschappelijk belang tussen de bestuurders en de vennootschap (en haar aandeelhouders). De gedachte is dat de bestuurder verdient als de vennootschap verdient. Raaijmakers wijst er in deze bundel op dat er twijfels bestaan of hedendaagse beloningsstelsels wel een positieve prikkel bieden tot betere prestaties. Zeker is in elk geval dat zij kunnen leiden tot manipulatie. Bestuurders ontvangen namelijk niet alleen een beloning als zij meer winst maken, of als zij olie vinden, maar ook als zij met succes de indruk wekken dat zij meer winst maken of dat zij olie vinden. Zo schreef *Het Finan-*

82 Federal Reserve Board's semiannual monetary policy report to the Congress 2003.

83 Black e.a. 2005, p. 169.

84 Zie Algemeen Dagblad, 17 februari 2005 ('Ontslag golf directeuren: 'Prestatiedruk te hoog opgevoerd'). De voorzitter van het Nederlands Centrum van Directeuren en Commissarissen zei op 9 oktober 2005 dat bestuurders steeds vaker en vaak te snel worden ontslagen (<http://www.managersonline.nl/nieuws/2897/directeuren-steeds-gemakkelijker-opstraat-gezet.html>; geraadpleegd op 28 januari 2008). In dat geval weegt het eigenbelang sterker dan het groepsbelang.

85 Zie in deze zin Black e.a. 2005, p. 169.

ciele Dagblad op 16 juli 2004 dat een aantal onderzoekers concludeerde dat het te hoog voorstellen van de oliereserves bij Shell mede veroorzaakt was doordat bestuurders er financieel belang bij hadden om de oliereserves zo hoog mogelijk voor te stellen. Onlangs schreef Van Duijn over de miljarden die banken op hun leningenportefeuille hebben moeten afschrijven, het volgende:

‘Nergens ter wereld worden zulke miljoenenbonussen betaald als in de financiële sector, maar hoe is het gesteld met het risicobesef van bankiers? Nu pas wordt duidelijk aan welke gevaren zij de economie met hun roekeloos gedrag hebben blootgesteld.’⁸⁶

Deze voorbeelden illustreren dat neveneffecten van een besluit invloed kunnen hebben op de inhoud van dat besluit. Dit is de reden dat de Code Tabaksblat in hoofdstuk III.7 bepaalt dat de bezoldiging van commissarissen niet afhankelijk mag zijn van de resultaten van de vennootschap. Dit zou afbreuk doen aan de onafhankelijkheid van hun toezicht.

(d) De samenstelling van besturen en raden van commissarissen

Een onderwerp dat recent veel aandacht heeft getrokken, is de samenstelling van besturen en raden van commissarissen. Hiervoor bleek al dat het profiel van Nederlandse besturen en raden van commissarissen weinig variatie kent. Het gaat in de regel om blanke mannen van vijftig jaar of ouder, afkomstig uit de sociale bovenlaag en niet-progressief georiënteerd. Het aantal vrouwelijke bestuurders en commissarissen is klein. Hetzelfde geldt voor bestuurders en commissarissen uit etnische minderheidsgroepen. Aan de eenzijdige samenstelling draagt bij de wijze waarop de selectie van bestuurders en commissarissen plaatsvindt. Hiervoor bleek al dat mensen met dezelfde achtergrond elkaar aardiger vinden en elkaar gunstiger beoordelen dan mensen met een verschillende achtergrond.⁸⁷ Bovendien bleek dat kandidaten vaak gerekruteerd worden uit het netwerk van zittende bestuurders en commissarissen en dat gezocht wordt naar kandidaten die kunnen meedraaien in een homogene en collegiale groep. Bij dit selectieproces speelt stereotypering een belangrijke rol. Aan een individueel lid van een bepaalde groep (bijvoorbeeld van de groep ‘vrouwen’ in tegenstelling tot ‘mannen’) dicht de waarnemer eigenschappen toe die hij als eigenschappen toedicht aan de groep als geheel. Bovendien verbindt de waarnemer aan deze groepeigenschappen een kwalificatie (goed/slecht) in het licht waarvan hij het individuele lid van de groep beoordeelt (vooroordeel).⁸⁸ Dit

⁸⁶ Van Duijn 2008.

⁸⁷ Taylor e.a. 2003, p. 242-243.

⁸⁸ Zie hierover Vonk e.a. 2001, p. 195 e.v.

draagt ertoe bij dat kandidaten met dezelfde achtergrond als de zittende functionarissen een veel grotere kans hebben om geselecteerd te worden.

9 OPLOSSINGEN

In deze paragraaf doe ik enkele aanbevelingen die tegemoet kunnen komen aan de knelpunten die ik hiervoor signaleerde. Ik merk op dat verschillende oplossingen denkbaar zijn voor de meeste hiervan. Handhaving van gedragsnormen voor bestuurders en commissarissen vindt vaak plaats via civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures, maar niet ondenkbaar is om sommige normen via het strafrecht of het bestuursrecht te handhaven. Voor het effectenrecht, het mededingingsrecht en voor sommige strafrechtelijke vergrijpen, die ook bestuurders of commissarissen kunnen begaan, gebeurt dat al. Diversiteit van besturen en raden van commissarissen is via wettelijk ingrijpen op te leggen, maar de betrokkenen kunnen ook via zelfregulering diversiteit stimuleren. Ik besteed in deze paragraaf niet uitgebreid aandacht aan strategieën om bijvoorbeeld conformisme, *group polarization* of *groupthink* tegen te gaan. In psychologische en bedrijfskundige literatuur wordt hierover uitgebreid geschreven. Het betreft dan aanbevelingen als een open discussie, discussiëren in subgroepen, extern advies vragen, de voorzitter die als laatste zijn mening geeft, de voorzitter die voor de vergadering individuele oordelen vraagt, leden die elk afzonderlijk van elkaar een reactie op schrift stellen, expliciet vragen of er nog andere gezichtspunten zijn die besproken moeten worden en het aanwijzen van een *advocaat van de duivel* die tegenargumenten aanvoert.

(a) *Aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen*

Dat de raad van commissarissen kan besluiten tot aansprakelijkstelling van bestuurders en dat het bestuur kan besluiten tot aansprakelijkstelling van commissarissen is niet voldoende. Hieraan liggen praktische en principiële bezwaren ten grondslag. Een praktisch bezwaar is dat de raad van commissarissen, behoudens bij de structuurvernovingswet, geen verplicht orgaan is. Veel bv's hebben geen raad van commissarissen. Een tweede praktisch bezwaar is dat de raad van commissarissen voor zijn informatie afhankelijk is van het bestuur.⁸⁹ De Jongh heeft opgemerkt dat dit tot de paradoxale situatie leidt dat de raad van commissarissen voor de benodigde informatie afhankelijk is van het orgaan waarop hij vervolgens met behulp van die informatie toezicht moet

⁸⁹ Verschillende commissarissen hebben opgemerkt dat een gebrek aan informatie een van de grootste problemen is voor commissarissen die hun taak goed willen uitvoeren: Schoenmakers 2002, p. 16. Overigens komt het steeds vaker voor dat de raad van commissarissen ook buiten de kanalen van het bestuur om informatie vergaart: zie Buitenhuis/Van Zanten 2001, p. 44. Zie hierover ook Van der Knoop 1991, p. 81, 85-86 en 96.

houden.⁹⁰ Commissarissen erkennen zelfs dat het bestuur de neiging kan hebben om in een rapportage selectief te werk te gaan, te kleuren of te verhullen.⁹¹ Uit het onderzoek van De Jongh blijkt dat bestuurders veelal vinden dat commissarissen bepaalde aspecten van de bedrijfsvoering doorgaans niet kunnen beoordelen en dan ook moeilijk kunnen bepalen wat op die punten slecht beleid is en wat niet.⁹²

Meer principieel is het bezwaar dat de raad van commissarissen in veel gevallen een groep vormt met de bestuurders.⁹³ In veel vennootschappen vormen gezamenlijke vergaderingen met de raad van commissarissen en het bestuur de regel en gescheiden vergaderingen de uitzondering.⁹⁴ Om goed te kunnen functioneren zijn de verhoudingen tussen leden van het bestuur en leden van de raad van commissarissen gebaseerd op wederzijds vertrouwen.⁹⁵ Bestuurders en commissarissen hebben in de regel een vergelijkbare achtergrond.⁹⁶ Het bestuur bemoeit zich dikwijls intensief met de selectie van kandidaat-commissarissen.⁹⁷ Om die reden zullen de krachten die zich in groepen manifesteren zich ook kunnen manifesteren als de raad van commissarissen te oordelen heeft over aansprakelijkstelling van een of meer bestuurders.⁹⁸ Daar komt bij dat de raad van commissarissen bij een besluit tot aansprakelijkstelling ook zijn eigen positie als toezichthouder in de waagschaal stelt. Tot slot blijkt dat de raad van commissarissen zich steeds vaker intensief inlaat met het beleid van de onderneming.⁹⁹ Zij maken zich daarmee medeverantwoordelijk voor het gevoerde beleid. Ook dit staat in de weg aan een

90 De Jongh 1987, p. 54.

91 De Jongh 1987, p. 56-57. Van der Knoop 1991, p. 85-86.

92 De Jongh 1987, p. 131-132. Dit nadeel hebben doorgaans ook de aandeelhouders.

93 Zie De Jongh 1992, p. 97, die in een onderzoek naar het functioneren van de ondernemingsraad tot de conclusie komt dat de raad van commissarissen in de ogen van de ondernemingsraad 'zo sterk op de directie is georiënteerd dat hij min of meer volger is van degene over wie hij toezicht heeft'. Een van de ondervraagde or-leden merkt op dat de raad van commissarissen instinctief de kant van de raad van bestuur kiest. Zie ook Fennema/Heemskerk 2004: 'Bestuurders en toezichthouders zijn moeilijk te scheiden en een hecht vervlochten groep (...)'. Zie ook Den Boogert 2005.

94 Van der Knoop 1991, p. 71 en p. 97.

95 Van der Knoop 1991, p. 70.

96 Zie in deze zin De Jongh 1987, p. 101 en de literatuur vermeld in noot 23.

97 Artikel 2:158/268 lid 4 BW geeft het bestuur bij structuurvennootschappen een aanbevelingsrecht. Zie over rol van het bestuur in de praktijk: Honée 1979, p. 127 en De Jongh 1987, p. 68-69.

98 Schukken, voormalig bestuursvoorzitter van SHV-Makro, merkt op: 'Ik zou graag zien dat toezichthouders wat meer lef toonden. Dat ze in durfden te gaan tegen een zittende directie. Helaas zie je dat zelden gebeuren.' De onafhankelijkheid van een commissaris omschrijft hij als theoretische onafhankelijkheid: Buitenhuis/Van Zanten 2001, p. 46. Schoenmaker 2002, p. 14, constateert dat in bedrijven waarin aandeelhouders het ondernemingsbestuur aanspreken op zijn prestaties de bestuurders en commissarissen de rijen sluiten. Dit is ook de ratio van de tweede volzin van artikel 2:146/256 BW (zie aldus: Asser-Maeijer 2-III, nr. 296).

99 Zie hierover Buitenhuis/Van Zanten 2001: 'Ton Risseeuw, voormalig bestuursvoorzitter van Getronics, en Dudley Eustace, voormalig bestuurslid van Philips, zijn nauw betrokken bij de dagelijkse gang van zaken, maar niet als gedelegeerd commissaris. Zij zijn nog gewoon lid van de raad van commissarissen en houden dus ook nog toezicht op hun eigen betrokkenheid bij het beleid van KPN.' Ook Van Oordt, (voormalig) commissaris bij Nokia, Draka Holding, Rodamco Europe, Fortis Bank, Schering-Plough en Umicore, constateert dat de rol van commissarissen verschuift van toezicht naar betrokkenheid, in: Schoenmakers 2002, p. 14.

objectief en onafhankelijk oordeel over de vraag of dat gevoerde beleid tot aansprakelijkstelling kan leiden.

Deze omstandigheden rechtvaardigen een inbreuk op de zelfstandigheid en de beleidsvrijheid van het bestuur en de raad van commissarissen in die zin dat het initiatief tot aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen niet uitsluitend aan deze organen moet toekomen. Het ligt het meest voor de hand om deze bevoegdheid mede toe te kennen aan de aandeelhouders. De aandeelhouders staan regelmatig op grotere afstand van de bestuurders en commissarissen. Hun oordeel is minder gekleurd door sociaalpsychologische factoren. In de Verenigde Staten en in nagenoeg alle Europese landen hebben individuele aandeelhouders of een kleine minderheid van de aandeelhouders de mogelijkheid om in een afgeleide actie namens de vennootschap een vordering in te stellen tegen bestuurders of commissarissen of om te bewerkstelligen dat dit gebeurt. Zij zijn de dienaren van private rechtshandhaving. Dat het Nederlandse recht deze mogelijkheid niet kent, is uitzonderlijk. Invoering van een afgeleide actie in het Nederlandse recht zou tegemoetkomen aan de hiervoor besproken bezwaren tegen de huidige situatie waarbij het initiatief tot aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen door de vennootschap alleen uit kan gaan van bestuurders en commissarissen zelf (en van curatoren, maar dan is het te laat). Invoering van een afgeleide actie zal een belangrijke bijdrage leveren aan de handhaving van vennootschapsrechtelijke (gedrags-)normen. Dit vergroot de geldingskracht van die normen en de preventieve werking die van die normen uitgaat.¹⁰⁰ Als vennootschapsrechtelijke normen daadwerkelijk worden gehandhaafd, hebben bestuurders en commissarissen er een groter persoonlijk belang bij om die normen na te leven. Een afgeleide actie kan er zo toe bijdragen dat bestuurders en commissarissen de belangen van de vennootschap zo goed mogelijk behartigen. Zodra een vennootschap haar schuldeisers niet meer kan betalen, spelen ook de schuldeisers – als buitenstaanders – een belangrijke rol bij de handhaving van gedragsnormen in het vennootschapsrecht.

(b) Aansprakelijkheid en risicomijding

Het aansprakelijkheidsrecht vervult in het ondernemingsrecht een belangrijke en nuttige functie. Het bewerkstelligt dat er een sanctie wordt gesteld op normoverschrijdend handelen van bestuurders en commissarissen. Aan de andere kant zijn de nadelen van overmatige risicomijding door bestuurders en commissarissen uit angst voor aansprakelijkheid evident. Het is belangrijk om die nadelen onder ogen te zien en aan die angst

100 Commissie Korthals Altes 1995, p. 78. De Commissie Korthals Altes merkt op dat 'een sterke preventieve werking zal uitgaan van een uitbreiding van aansprakelijkheid van de voor het beleid van de rechtspersoon verantwoordelijke natuurlijke personen.' De opmerking van de commissie had betrekking op externe aansprakelijkheid van bestuurders, maar geldt ook voor interne aansprakelijkheid (tegenover de rechtspersoon).

– voor zover hij ongerechtvaardigd is – tegemoet te komen. Naar mijn mening zou het goed zijn om in het Nederlandse recht te toetsen aan een doctrine die vergelijkbaar is met de Amerikaanse *business judgment rule*.¹⁰¹ Op grond van deze regel toetst een rechter een ondernemingsbeslissing niet inhoudelijk als bestuurders hebben gehandeld in het belang van de vennootschap op basis van adequate informatie en na zorgvuldige overweging. De rechter komt pas toe aan een inhoudelijke toetsing van bestuursbeslissingen als de eisende partij kan aantonen dat een beslissing niet te goeder trouw en niet in het belang van de vennootschap is genomen. Het voordeel hiervan is dat de rechter niet *in hindsight* ondernemingsbeslissingen hoeft te toetsen waarvan de risico's zich al hebben verwezenlijkt en dat bestuurders op voorhand hun aansprakelijkheidspositie beter kunnen schatten.¹⁰² Daarnaast kan overmatige risicomijding tegengegaan worden door niet al te veel belemmeringen op te werpen tegen afwenteling van de financiële gevolgen van aansprakelijkheid op bijvoorbeeld de vennootschap via een vrijwaring of op een verzekeraar via een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. Als de persoonlijke negatieve neveneffecten van een ondernemersbeslissing geringer zijn, zullen deze minder invloed hebben op de inhoud van besluiten. Het afgelopen decennium zijn bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen heel gebruikelijk geworden. De afgelopen paar jaar geldt voor vrijwaringen van bestuurders door de vennootschap hetzelfde.

(c) *Resultaatsafhankelijke beloning*

Resultaatsafhankelijke beloning speelt een belangrijke rol bij het laten samenvallen van de belangen van het management en van de vennootschap en haar aandeelhouders. Dergelijke beloningen vervullen om die reden een nuttige functie. Van groot belang bij resultaatsafhankelijke beloningen is dat het resultaat waarvan zij afhankelijk zijn, op een transparante en eenduidige manier is vast te stellen en dat deze vaststelling geschiedt door personen die zelf geen belang hebben bij de hoogte van het resultaat. Het zou aanbeveling verdienen als die vaststelling bovendien wordt geaccordeerd door iemand die niet bij de vennootschap is betrokken.

De raad van commissarissen is de eerst aangewezen om het resultaat ten behoeve van de beloning vast te stellen. Accordering zou dan bijvoorbeeld plaats kunnen vinden door een externe accountant. Als de beloning van de commissarissen resultaatsafhankelijk is, is het wenselijk dat ook de vaststelling van het resultaat waarvan zij afhankelijk is, door buitenstaanders plaatsvindt. Dat een buitenstaander bij kwesties over de beloning wordt betrokken, is ook van belang, omdat uit onderzoek kan worden afgeleid dat een bestuurder een hogere beloning krijgt naarmate hij meer persoonlijke gelijkens heeft

101 In deze zin: Assink 2007, p. 607 e.v. en Kroeze (2004), p. 375.

102 Risicomijdend ondernemen moet mijns inziens voorkomen worden door aanpassing van de aansprakelijkheidsnorm en niet door het in sterke mate bemoeilijken van de handhavingsmogelijkheden van die norm.

met de commissarissen. De commissarissen schatten de waarde van een bestuurder voor de vennootschap dan hoger in.¹⁰³ Overigens is voor nv's in 2004 de bepaling over de bezoldiging van bestuurders zodanig aangepast dat de vergadering van aandeelhouders dwingendrechtelijk de bevoegdheid heeft om het bezoldigingsbeleid vast te stellen en om voorstellen tot toekenning van aandelen en opties daarop goed te keuren (art. 2:135 BW). Daarmee is voor nv's enige bemoeienis door relatieve buitenstaanders gewaarborgd; al leert de ervaring dat de algemene vergadering van aandeelhouders met deze extra bevoegdheden het beloningsbeleid nauwelijks kan beïnvloeden.

(d) De samenstelling van besturen en raden van commissarissen

Er zijn aanwijzingen dat besturen en raden van commissarissen die diverser zijn samengesteld, bijdragen aan betere prestaties van ondernemingen.¹⁰⁴ Een van de oorzaken hiervan zou kunnen zijn dat bij besluitvorming meer verschillende gezichtspunten en alternatieven de revue passeren en dat daardoor het gevaar van (te veel) conformisme, *group polarization* en *groupthink* afneemt. Wat de deelname van vrouwen betreft, zou bovendien een oorzaak kunnen zijn dat vrouwen gemiddeld wat risicomijdender zijn dan mannen en dat dit in een bestuur of raad van commissarissen leidt tot betere afwegingen.¹⁰⁵ Daarnaast zijn maatschappelijk-ethische argumenten (zoals dat van gelijke behandeling) aan te voeren voor meer diversiteit in besturen en raden van commissarissen. Het voorgaande pleit ervoor om diversiteit in besturen en raden van commissarissen te stimuleren. Daarbij moet tegenwicht geboden worden aan de neiging van zittende bestuurders en commissarissen om op hen lijkende kandidaten te selecteren uit hun eigen netwerk omdat zij deze het meest geschikt achten en aan vooroordelen die het gevolg zijn van stereotypering. Een eerste stap is de maatschappelijke bewustwording dat het belangrijk is om divers samengestelde bestuursorganen en toezichtsorganen te hebben. Dit kan bijvoorbeeld doordat opinieformers, lobbyisten en politici het debat hierover beginnen. Een voorbeeld hiervan is de recente oproep van SER-voorzitter en 'meest invloedrijke Nederlander' Rinnooy Kan om ruimte te geven aan diversiteit en een nieuwe generatie leiders in het bedrijfsleven en om iets te doen aan het lage aantal vrouwelijke commissarissen.¹⁰⁶ Ook actieve aandeelhouders, zoals institutionele beleggers, kunnen invloed uitoefenen op de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen. Dergelijke initiatieven hebben invloed op de zittende bestuurders en

103 Westphal/Zajac 1995, p. 79 vinden dit effect voor Amerikaanse *boards*.

104 Zie o.a. Carter e.a. 2003 en de literatuur vermeld in Rose 2007 en Barnard 2007. Een positief verband tussen meer vrouwen in de *board of directors* en betere ondernemingsprestaties volgt ook uit Catalyst 2007 (Amerikaanse vennootschappen) en Smith 2005 (Deense vennootschappen). Een dergelijk verband wordt niet gevonden door Rose 2007 (Deense vennootschappen). Zie voor de beperkingen van een onderzoek naar de Nederlandse situatie: Lückerrath-Rovers 2007.

105 MacLeod Heminway 2007, p. 192. Zie voor een overzicht van andere mogelijke oorzaken: De Bos 2007b, p. 18-19.

106 Zie hiervoor de persberichten te vinden op: http://www.ser.nl/nl/publicaties/overzicht%20ser%20bulletin/2008/januari_2008/03.aspx en http://www.ezpress.eu/main.php?mode=mr_show&id=4734 (geraadpleegd op 28 januari 2008).

commissarissen. Zij zijn er mede oorzaak van dat bijvoorbeeld de positie van vrouwen in besturen en raden van commissarissen in Nederland (zeer) langzaam verbetert.

Tot nu toe leveren de hiervoor vermelde initiatieven wel enig, maar mijns inziens toch onvoldoende resultaat op. Een tweede manier om tegenwicht te bieden aan de neiging om kandidaten te selecteren die veel gemeen hebben met de zittende bestuurders en commissarissen is om de selectie van geschikte vrouwelijke kandidaten of kandidaten met een bepaalde etnische achtergrond over te laten aan een daarin gespecialiseerd wervings- en selectiebureau. De persoonlijke voorkeuren van het zittende management spelen dan een minder grote rol. Daarnaast is het mogelijk om quota op basis van zelfregulering voor te schrijven. De Monitoring Commissie Corporate Governance heeft overwogen om quota op te nemen in de Code Tabaksblad, maar hier uiteindelijk van afgezien. Wel besteedt zij in haar Jaarrapport 2007 veel aandacht aan diversiteit van raden van commissarissen en de positie van vrouwen daarin en komt zij met aanbevelingen om diversiteit in raden van commissarissen te vergroten.¹⁰⁷ Tot slot kan gedacht worden aan wettelijk ingrijpen. Een sprekend voorbeeld daarvan is de Noorse aanpak waarbij ondernemingen vanaf 1 januari 2006 verplicht zijn om ten minste 40% vrouwen en 40% mannen in het managementorgaan te benoemen. De ondernemingen hadden tot 1 januari 2008 de tijd om aan deze eis te voldoen. Het aantal vennootschappen dat aan dit vereiste voldoet is gestegen van 18% tot 73%, met een gemiddelde van 33% vrouwen.¹⁰⁸

Nu duidelijk is dat in de Code Tabaksblad geen *best practice* bepaling komt over diversiteit van bestuurs- en toezichtsorganen en nu voor wettelijk ingrijpen geen steun lijkt te zijn, zal de positie van vrouwen en etnische minderheden in Nederlandse besturen en raden van commissarissen op korte termijn waarschijnlijk niet veel verbeteren. De maatschappelijke wens dat besturen en raden van commissarissen diverser zijn samengesteld, is waarschijnlijk niet voldoende om tegenwicht te bieden aan de sociaalpsychologische factoren die van invloed zijn op de selectie van bestuurders en commissarissen. Een regelmatig naar voren gebracht argument, onlangs nog bijvoorbeeld door Streppel, lid van de Monitoring Commissie Corporate Governance, bestuurder van Aegon en commissaris bij KPN en Van Lanschot, is dat 'vrouwen gekozen moeten worden vanwege hun persoonlijke kwaliteiten, niet omdat ze vrouw zijn'.¹⁰⁹ Zolang het beleid om diversiteit te verhogen, is gebaseerd op dit argument valt te verwachten dat vrouwen en etnische minderheden een marginale rol zullen blijven spelen in de top van het Nederlandse bedrijfsleven. Juist het oordeel over persoonlijke kwaliteiten wordt immers sterk

107 Jaarrapport 2007 (het woord diversiteit komt daarin maar liefst 101 keer voor).

108 Background information Balancing the Boardroom, http://www.ser.nl/~media/Files/Internet/Congressen/2007/20071121_Background.ashx (geraadpleegd op 31 januari 2008). Zie ook Barnard 2007.

109 Zie http://www.ser.nl/nl/publicaties/overzicht%20ser%20bulletin/2008/januari_2008/03.aspx (geraadpleegd op 31 januari 2008).

beïnvloed door de gelijkenis die zittende bestuurders en commissarissen ervaren met een voorgedragen kandidaat.¹¹⁰

10 TOT BESLUIT

In deze bijdrage heb ik beschreven welke sociaalpsychologische factoren van invloed zijn op de besluitvorming binnen het bestuur en de raad van commissarissen van nv's en bv's. Het gaat dan bijvoorbeeld om conformisme binnen groepen, om de neiging van groepen om eigen groepsleden te bevoordelen en om factoren die besluitvorming onbewust sturen, zoals de neveneffecten van besluiten. Het is van belang dat bestuurders en commissarissen zich bewust zijn van deze factoren. Ik heb een aantal besluiten beschreven waarbij de invloed van sociaalpsychologische factoren onwenselijk kan zijn. Achtereenvolgens ging ik in op de aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen, op aansprakelijkheid en risicomijding, op resultaatsafhankelijke beloning en op de samenstelling van besturen en raden van commissarissen. Besluitvormingsstrategieën om (te veel) conformisme, *group polarization* en *groupthink* tegen te gaan bij ingrijpende besluiten zouden in elk bestuur en elke raad van commissarissen een vast gebruik moeten zijn. Ik heb voor de vier categorieën van besluiten gewezen op manieren om tegenwicht te bieden aan de invloed van sociaalpsychologische factoren op deze besluiten. Daardoor kan bewerkstelligd worden dat aansprakelijkheidsvorderingen die zouden moeten worden ingesteld, ook worden ingesteld, dat risicovolle, maar optimale ondernemersbeslissingen worden genomen, dat de beloningsstructuur geen prikkel geeft voor het flatteren van oliereserves of winstcijfers en dat geschikte kandidaat-bestuurders of -commissarissen die niet lijken op zittende bestuurders en commissarissen een kans maken op benoeming.

LITERATUUR

Asser-Maeijer 2000 (2-III)

J.M.M. Maeijer, Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersonen. Deel III. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Assink 2007

B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, Kluwer: Deventer 2007

Bainbridge 2002

S.M. Bainbridge, 'Why a board? Group decisionmaking in corporate governance', *Vanderbilt Law Review*, 2002, p. 1-58.

110 Het voorgaande laat natuurlijk onverlet dat kandidaat-bestuurders en -commissarissen wel bepaalde persoonlijke kwaliteiten moeten hebben. Een van die kwaliteiten is dat zij collegiaal in een groep kunnen samenwerken.

Bainbridge 2004

S.M. Bainbridge, 'The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine', *Vanderbilt Law Review* 2004 (53), p. 81-130.

Barnard 2007

J.W. Barnard, 'More Women on Corporate Boards? Not So Fast', *Wm. & Mary J. Women & L.* 2006-2007 (13), p. 703-726.

Baron/Kerr 2003

R.S. Baron, N.L. Kerr, *Group Process, Group Decision, Group Action*, Buckingham-Philadelphia: Open University Press 2003.

Barros 2007

D.B. Barros, 'Group Size, Heterogeneity and Prosocial Behavior: Designing Legal Structures to Facilitate Cooperation in a Diverse Society', <http://ssrn.com/abstract=1015188>.

Beekenkamp 2002

G.G. Beekenkamp, *President-directeuren, posities en patronen – Een studie naar de rekrutering van de leiders van de 250 grootste ondernemingen in Nederland*, Amsterdam: Aksant 2002.

Black e.a. 2005

B. Black, B. Cheffins, M. Klausner, 'Liability Risk for Outside Directors: a Cross-Border Analysis', 11 *European Financial Management* 2005, p. 153-171.

Blinder/Morgan 2000

A.S. Blinder, J. Morgan, 'Are two heads better than one?: an experimental analysis of group vs. individual decisionmaking', www.nber.org/papers/w7909.

Den Boogert 2005

M.W. den Boogert, 'De vergeten band tussen de raad van commissarissen en de algemene vergadering; de Januskop van de commissaris', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 252-257.

De Bos e.a. 2007a

A. de Bos, M. Lückerath-Rovers, L. Quadackers, *Nationaal Commissarissen Onderzoek 2007*, Rifaal: Rotterdam 2007.

De Bos e.a. 2007b

A. de Bos, M. Lückerath-Rovers, L. Quadackers, 'Verschillen tussen mannelijke en vrouwelijke commissarissen', *Goed Bestuur* 2007, p. 17-24

Brewer 1979

M.B. Brewer, 'In-group bias in the minimal intergroup situation: a cognitive-motivational analysis', *Psychological Bulletin* 1979, p. 307-324.

Buitenhuis 2001

R. Buitenhuis, 'Directeuren zijn tevreden maar worden vaak ontslagen', *Elan* oktober 2001, p. 30-31.

Buitenhuis/Van Zanten 2001

R. Buitenhuis, M. van Zanten, 'De verschillen zitten 'm in de details', *Elan* juli 2001, p. 42-46.

Carter e.a. 2003

D.A. Carter, B.J. Simkins, W.G. Simpson, 'Corporate Governance, Board Diversity, and Firm Value', *The Financial Review* 2003 (38), p. 33-53

Catalyst 2007

Catalyst, *The Bottom Line: corporate performance and women's representation on boards*, 2007 <http://www.catalyst.org/knowledge/bottomline2.shtml> (geraadpleegd op 31 januari 2008).

Centraal Planbureau 2004

Centraal Planbureau, Macro Economische Verkenning 2004, www.cpb.nl (geraadpleegd op 28 januari 2008).

Commissie Korthals Altes 1995

Rapport van de Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving, *Het recht ten uitvoer gelegd – Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1995.

Cox/Munsinger 1985

J.D. Cox, H.C. Munsinger, 'Bias in the Boardroom: Psychological Foundations and Legal Implications of Corporate Cohesion', *Law & Contemporary Problems* 1985 (85), p. 83-135.

Dallas 1997

L.L. Dallas, 'Proposals for reform of corporate boards of directors: the dual board and board ombudsperson', *Washington & Lee Law Review* 1997, p. 92-146.

Dallas 2002

L.L. Dallas, 'The new managerialism and diversity on corporate boards of directors', *Tulane law review* 2002, p. 1363-1407.

Van Duijn 2008

J. van Duijn, 'Bankaandelen', *De financiële Telegraaf*, 19 januari 2008, www.dft.nl (geraadpleegd op 19 januari 2008).

Farnsworth 2002

W. Farnsworth, 'The Legal regulation of self-serving bias', <http://ssrn.com/abstract=316628>.

Federal Reserve Board's semiannual monetary policy report to the Congress 2003

Testimony of Chairman Alan Greenspan, Federal Reserve Board's semiannual monetary policy report to the Congress, Before the Committee on Financial Services, U.S. House of Representatives, 15 July 2003 www.federalreserve.gov/boarddocs/hh/2003/july/testimony.htm (geraadpleegd op 28 januari 2008).

Fennema/Heemskerk 2004

M. Fennema, E. Heemskerk, 'Het old boys-netwerk bestaat allang niet meer', *NRC Handelsblad* 8 januari 2004.

Van der Grinten 1982

W.C.L. van der Grinten, 'De mythe van de aansprakelijkheid', *NV* 1982, p. 201-202.

Van der Grinten 2004

W.C.L. van der Grinten, *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Kluwer 2004.

Großfeld 1973

B. Großfeld, *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XIII: Business and Private Organizations, Chapter 4: Management and Control of Marketable Share Companies*, Tübingen 1968.

Haft 1981

R.J. Haft, 'Business decisions by the new board: behavioural science and corporate law', *Michigan Law Review* 1981, p. 1-67.

Van Hezewijk 2001

J. van Hezewijk, 'Old boys network valt uiteen', *Elan* juli 2001, p. 24-32.

Van Hezewijk/Van Zanten 2004

J. van Hezewijk, M. van Zanten, 'Old boys, no girls', *Elan* oktober 2004, p. 14-19.

Higgs 2003

D. Higgs, 'Review of the role and effectiveness of non-executive directors', www.dti.gov.uk/cld/non_exec_review/.

Honée 1979

H.J.M.N. Honée, *De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen*, Deventer: Kluwer 1979.

Jaarrapport 2007

Monitoring Commissie Corporate Governance, *Derde rapport over de naleving van de Nederlandse corporate governance code*, December 2007 http://www.commissiecorporategovernance.nl/page/downloads/MC_Nalevingsrapport_2007_.pdf.

De Jongh 1987

E.D.J. de Jongh, *Verhoudingen en verwachtingen: een sociologische verkenning naar de positie van de Raad van Commissarissen in zijn relatie tot directie en ondernemingsraad van structuurvennootschappen*, Leiden: Stenfert Kroese 1987.

De Jongh 1992

E.D.J. de Jongh, *Heeft de raad van commissarissen nog vragen?*, Kampen: Kok 1992.

Kisch 1940

I. Kisch, 'De minderheidsrechten van den aandeelhouder in de naamloze vennootschap', *NV* 1940/1941, p. 35-41, p. 68-72 en p. 101-104.

Van der Knoop 1991

J. van der Knoop, *Tussen toeschouwen en meesturen – De rol van commissarissen in en tussen grote vennootschappen* (diss. Groningen), Amsterdam: S.I. 1991.

Kroeze 2004

M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, Deventer: Kluwer 2004.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005.

Lorsch/MacIver 1989

J.W. Lorsch, E. MacIver, *Pawns or potentates: the reality of America's corporate boards*, Boston: Harvard Business School Press 1989.

Löwensteyn 1959

F.J.W. Löwensteyn, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1959.

Lückerath-Rovers 2007

M. Lückerath-Rovers, 'Vrouwen aan top en rendement', *Het Financieele Dagblad* 23 oktober 2007.

Van Manen 1999

J.A. van Manen, *Monitor in het belang van de vennootschap* (diss. Groningen), Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 1999.

MacLeod Heminway 2007

J. MacLeod Heminway, 'Sex, Trust, and Corporate Boards', <http://ssrn.com/abstract=981306>.

McDonnel 2004

B.H. McDonnel, 'Sarbanes-Oxley, Fiduciary Duties, and The Conduct of Officers and Directors', <http://ssrn.com/abstract=570321>.

Meertens/Von Grumbkow 1992

R.W. Meertens, J. von Grumbkow (red.), *Sociale psychologie*, tweede, geheel herziene druk, Groningen: Wolters-Noordhoff 1992.

Moore e.a. 2002

D.A. Moore, G. Loewenstein & M.H. Bazerman, 'Auditor independence, conflict of interest, and the unconscious intrusion of bias', http://ssrn.com/abstract_id=324261.

Poole/Billingsley 1989

M.S. Poole, J. Billingsley, 'The structuring of dyadic decisions,' in: D. Brinberg, J. Jaccard (ed.), *Dyadic decision making*, New York – Berlin – Heidelberg – London – Paris – Tokyo 1989.

Rose 2007

C. Rose, 'Does female board representation influence firm performance? The Danish evidence', *Corporate Governance: An International Review* 2007 (15), p. 404-413.

Schoenmakers 2002

J. Schoenmakers, 'Commissarissen onder vuur', *Elan* juli 2002, p. 12-16.

Simmel 1950

G. Simmel, *The sociology of Georg Simmel*, K. Wolff (ed.), New York 1950.

Smith 2005

N. Smith, V. Smith, M. Verner, 'Do Women in Top Management Affect Firm Performance? A Panel Study of 2500 Danish Firms <http://ssrn.com/abstract=780910> (geraadpleegd op 31 januari 2008).

Summer 1906

W.G. Summer, *Folkways*, Boston: Ginn 1906.

Taylor e.a. 2003

S.E. Taylor, L.A. Peplau, D.O. Sears, *Social psychology*, 11th edition, New Jersey 2003: Upper Saddle River.

Thompson/Thomas 2002

R.B. Thompson, R.S. Thomas, 'Shareholder litigation: re-examining the balance between litigation agency costs and management agency costs', <http://ssrn.com/abstract=336162> (geraadpleegd op 28 januari 2008).

Timmerman 1995

L. Timmerman, Dient de rechter voor een rechtspersoon besluiten te kunnen vaststellen? In: *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, Deventer: Kluwer 1995.

Timmerman 2003

L. Timmerman, 'Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 555-562.

Turner 1991

J.C. Turner, *Social Influence*, Buckingham – Philadelphia: Open University Press 1991.

Ulmer 1999

P. Ulmer, 'Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns – Vor dem Hintergrund der US-Erfahrungen mit der shareholders' derivative action', *ZHR* 1999, p. 290-342.

Vinke 1961

P. Vinke, *De maatschappelijke plaats en herkomst der directeuren en commissarissen van de open en daarmee vergelijkbare besloten naamloze vennootschappen: een sociologisch onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Leiden: Stenfert Kroese 1961.

Vonk 2001

R. Vonk e.a., *Cognitieve sociale psychologie – Psychologie van het dagelijks denken en doen*, tweede druk, Utrecht: LEMMA 2001.

Westphal/Zajac 1995

J.D. Westphal & E.J. Zajac, 'Who shall govern? CEO/board power, demographic similarity, and new director selection', *Admin.Sci.Q.* 1995 (40), p. 60-83.

Van Zanten 1997

M. van Zanten, 'Onze cultuuruitgangspunten zijn honderd keer beter dan de Shell-code', *Elan* juli 1997, p. 10-15.

M.J. Kroeze

Van Zanten 2002a

M. van Zanten, 'De zwarte lijst', *Elan* maart 2002, p. 28-32.

Van Zanten 2002b

M. van Zanten, 'Lichtzinnig jawoord', *Elan* januari 2002, p. 22-26.

Van Zanten 2002c

M. van Zanten, 'Loon naar werken', *Elan* mei 2002, p. 36-39.

INSOLVENTIERECHT

HOOFDSTUK 18

CALCULEREN EN BENADELEN

G. van Dijck¹ m.m.v. H. Lamers²

SAMENVATTING

Deze bijdrage richt zich op vormen van schuldeisersbenadeling. De (on)geoorloofdheid daarvan wordt beoordeeld aan de hand van, onder andere, de regels omtrent kennelijk onbehoorlijk bestuur, de onrechtmatige daad en de faillissementspauliana. Het is niet bekend in hoeverre deze regels overeenkomen met de opvattingen van degenen waarop de norm betrekking heeft over wat is toegestaan en wat niet. Ook is nog weinig bekend over de invloed van die regels op het gedrag van de degenen tot wie de norm zich richt. De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is in hoeverre inzichten uit gedragswetenschappelijke studies meer zicht geeft op deze aspecten.

1 WAARSCHUWING VOORAF

Het ‘vertalen’ van gedragswetenschappelijke inzichten naar de juridische wereld is niet zonder gevaar. Het risico bestaat dat (te) vergaande conclusies worden verbonden aan die inzichten, terwijl vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de vergelijkbaarheid. Deze problematiek doet zich ook voor bij rechtsvergelijkende studies, maar daarmee is juridisch onderzoek inmiddels bekend en vertrouwd. Betrekkelijk nieuw is echter het gebruik van gedrags- dan wel sociaalwetenschappelijke gegevens en inzichten om bestaande opvattingen te nuanceren, nieuwe argumenten aan het licht te brengen of bestaande (juridische) problemen te verklaren. Ook hier bestaat het gevaar dat te vergaande conclusies

- 1 Als onderzoeker verbonden aan het *Tilburg Institute for Interdisciplinary Studies of Civil Law and Conflict Resolution Systems* (TISCO) en de *Research Group for Methodology of Law and Legal Research* van de Universiteit van Tilburg.
- 2 Als advocaat-stagiaire werkzaam bij Boels Zanders Advocaten te Roermond. Zij geeft in haar scriptie een actuele beschrijving van punitive damages in de VS, zie H. Lamers, Boete op paulianeuze handelingen? (doctoraalscriptie Tilburg), 2007. In par. 5.3 is gebruikgemaakt van de informatie die zij verzamelde.

worden getrokken uit de gebruikte informatie. Op dit aspect heeft deze bijdrage betrekking. De insteek is in de eerste plaats een methodische verkenning van het vertalen van inzichten uit gedragswetenschappelijke studies naar het juridische domein: in hoeverre leidt dit tot aanpassing van bestaande juridische theorieën en veronderstellingen?

2 VERANTWOORDING

Deze bijdrage richt zich op vormen van schuldeisersbenadeling. Het gaat hierbij om rechtshandelingen en gedragingen die in de aanloop naar een faillissement plaatsvinden en die in juridische zin niet door de beugel kunnen. Voorbeelden hiervan zijn gevallen waarin de schuldenaar zijn bezittingen verkoopt voor een veel lagere prijs dan dat ze waard zijn, waarin er kort vóór het faillissement zekerheidsrechten worden gevestigd of waarin de gefailleerde schuldenaar de ene schuldeiser wél betaalt en andere schuldeisers niet.

Er bestaat een scala aan mogelijkheden om dergelijke situaties te beoordelen en, zo nodig, aan te pakken. Het Nederlandse privaatrecht kent de rechtsfiguren van de faillissementspauliana (art. 42-51 Fw), bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:238/248 BW), verrekening (art. 53-54 Fw), de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling en de doorbraak van aansprakelijkheid (art. 6:162 BW).

Over deze normen is al het nodige bekend en geschreven. De publicaties zien vooral op het toepassen en bekritisieren van uitspraken en ontwikkelingen die zich binnen het rechtsgebied afspelen dan wel zich hebben afgespeeld.³ Op het gebied van schuldeisersbenadeling bestaat nauwelijks informatie over de gedragseffecten van de regels, dat wil zeggen, de invloed die het bestaan of de toepassing van de regels heeft op het gedrag van degenen op wie de norm van toepassing is. Voor zover deze gedragseffecten er zijn, blijft het vaak bij aanwijzingen, verwachtingen en veronderstellingen. Mogelijk dienen deze te worden bijgesteld, of zelfs te worden verworpen. Het doel van deze bijdrage is om te onderzoeken of gedragswetenschappelijke studies inzichten opleveren die bruikbaar en relevant (kunnen) zijn in het juridische onderzoek. Leidt deze kruisbestuiving tot andere, misschien zelfs betere, inzichten en theorieën? De vraag die in deze bijdrage centraal staat, luidt dan ook:

In hoeverre komen de regels omtrent schuldeisersbenadeling overeen met de opvattingen van degenen waarop de norm betrekking heeft over wat is toegestaan en wat niet, en wat is de invloed van die regels op het gedrag van degenen waarop zij betrekking hebben?

3 Voor verdere verwijzingen zie bijvoorbeeld de bronnen genoemd in par. 3.

Bij de beantwoording van deze vraag wordt de rode draad van deze bundel gevolgd. Centraal staat de aansluiting van regels bij hoe mensen werkelijk zijn en hoe zij zich gedragen, alsmede de invloed van het privaatrecht op het gedrag van degene tot wie het privaatrecht zich richt. Deze invloed speelt op twee niveaus. Het eerste niveau richt zich op de vraag welke invloed de bestaande regels hebben op het gedrag van degenen die aan de norm zijn onderworpen (par. 4). Het tweede niveau ziet op gedragsverandering. Met andere woorden, leidt aanpassing van de regels tot ander gedrag (par. 5)? Nadat het voorgaande in kaart is gebracht, vindt de terugkoppeling plaats: wat leveren gedragswetenschappelijke studies op ten aanzien van de gedragseffecten van de normen omtrent schuldeisersbenadeling (par. 6)? De analyse begint echter met het (beknopt) beschrijven van het object van onderzoek: de normen waarmee situaties van schuldeisersbenadeling kunnen worden beoordeeld (par. 3).⁴

3 NORMEN VOOR SCHULDEISERSBENADELING

3.1 *Faillissementspauliana*⁵

De *faillissementspauliana* kan worden ingeroepen tegen personen die rechtshandelingen hebben verricht met de (gefailleerde) schuldenaar. Als een beroep op de *faillissementspauliana* slaagt, is vernietiging het rechtsgevolg. Dit houdt in dat degene die een goed op paulianeuze wijze aan het vermogen van de (gefailleerde) schuldenaar heeft onttrokken, het goed moet teruggeven. Het goed vloeit dan terug in de boedel, zodat het kan worden verdeeld onder de schuldeisers van de gefailleerde schuldenaar.

Er bestaan twee vormen van de *faillissementspauliana*. Artikel 42-45 Fw ziet, kort gezegd, op de gevallen waarin sprake is van een onverplichte rechtshandeling. Het gaat dan bijvoorbeeld om een verkoop ver beneden de werkelijke waarde, om een ‘plotse’ zekerheidsstelling of om een betaling waaraan geen opeisbare verplichting ten grondslag lag. Om een onverplichte rechtshandeling aan te kunnen tasten, is vereist dat de rechtshandeling benadelend is voor de schuldeisers in faillissement. Voorts moet het voor de schuldenaar en zijn wederpartij, ten tijde van de rechtshandeling, kenbaar zijn geweest dat de rechtshandeling benadeling tot gevolg zou hebben.

Voor het aantasten van verplichte handelingen, zoals betalingen van facturen, gelden zwaardere eisen. Daarvoor, zo bepaalt artikel 47 Fw, moet de wederpartij ten tijde van de handeling hebben geweten dat het faillissement van de schuldenaar zou worden aangevraagd. Een andere mogelijkheid is dat de rechtshandeling het gevolg is geweest van

⁴ Deze bespreking is summier. Voor meer informatie wordt verwezen naar de verschillende handboeken.

⁵ Voor meer informatie en voor verdere verwijzingen zie onder meer de verschillende handboeken, bijvoorbeeld Polak/Pannevis 2005; Polak-Wessels 2003 (III).

overleg tussen de schuldenaar en zijn wederpartij, met als doel die ene schuldeiser boven andere te bevoordelen.

3.2 Bestuurdersaansprakelijkheid (wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur)⁶

De regels omtrent kennelijk onbehoorlijk bestuur zijn vastgelegd in artikel 2:238/2:248 BW. Daarin staat dat een bestuurder van een vennootschap (bv of nv) aansprakelijk is voor het faillissementstekort indien sprake is van onbehoorlijk bestuur én het onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Als voorbeelden van kennelijk onbehoorlijk bestuur kunnen onder andere worden genoemd het nemen van beslissingen met vergaande financiële consequenties zonder behoorlijke voorbereiding, het nalaten van een onderzoek naar de kredietwaardigheid van contractpartners met wie men belangrijke zaken doet, het niet tijdig indekken tegen duidelijk voorzienbare risico's en het onvoldoende informeren van commissarissen.⁷ Indien dergelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, zijn schuldeisers benadeeld, zo is de gedachte.

Paulianeuze handelingen en onbehoorlijk bestuur kunnen tevens als ongeoorloofd worden gekwalificeerd aan de hand van artikel 6:162 BW.⁸ Voorts ziet de onrechtmatige daad op situaties waarin sprake is van selectieve betalingen – situaties waarin sommige schuldeisers wél en andere welbewust niet worden betaald – of van aansprakelijkheid binnen concernverband, ook wel aangeduid als doorbraak van aansprakelijkheid.⁹ Ook op deze grondslag kan een bestuurder, feitelijk leidinggevende of zelfs een aandeelhouder aansprakelijk zijn voor schade die door zijn of haar toedoen is veroorzaakt aan schuldeisers van de vennootschap.

Onbehoorlijk bestuur wordt aangenomen als geen redelijk denkend bestuurder aldus gehandeld zou hebben.¹⁰ Deze functionele vergelijking wordt zo uitgelegd dat de bestuurder een ernstig verwijt moet worden gemaakt wil deze aansprakelijk zijn. Er moet, met andere woorden, sprake zijn van roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoordelijk gedrag.¹¹ In deze termen komt tot uitdrukking dat de ondernemer een relatief grote vrijheid wordt gegund om beslissingen en soms zelfs risico's te nemen, in de wetenschap dat deze negatief kunnen, maar hopelijk positief zullen, uitpakken voor schuldeisers.

6 Voor meer informatie en voor verdere verwijzingen zie onder meer Asser-Maeijer 2000 (2-III), nr. 326 e.v.

7 Zie Asser-Maeijer 2000 (2-III), nr. 328 en Wezeman 1998, p. 285 e.v., onder verwijzing naar jurisprudentie.

8 HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (*Van Dooren q.q./ABN Amro I*).

9 Voor een uitgebreid overzicht van literatuur en jurisprudentie op dit punt zie Asser-Maeijer 2000 (2-III), nr. 620 e.v. en Wezeman 1998, p. 285 e.v.

10 HR 7 juni 1996, NJ 1996, 695 (*Ontvanger/Van Zoolingen*) en HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454 (*Gilhuis/H.*).

11 HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454 (*Gilhuis/H.*), alsmede Handelingen II, 16 631, 1985, p. 6337.

Deze gedachte komt tevens terug bij de regels over selectieve betaling, waarbij aansprakelijkheid pas wordt aangenomen indien het gaat om het bewust en op basis van subjectieve factoren achterstellen van de vordering van één van de schuldeisers bij de vorderingen van andere schuldeisers.¹² Hier schuilt de ondernemersvrijheid in de term ‘subjectieve factoren’, die impliceert dat selectieve betalingen zijn toegestaan indien ze zijn ingegeven door bedrijfseconomische overwegingen. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin de schuldeiser die wordt betaald een belangrijke handelspartner is van de schuldenaar.

4 GEDRAGSEFFECTEN BESTAANDE REGELS

4.1 Literatuur betreffende schuldeisersbenadeling

Uit de literatuur die betrekking heeft op schuldeisersbenadeling en die gerelateerd kan worden aan eventuele gedragseffecten, kan een aantal vermoedens of veronderstellingen worden gedistilleerd. Een weergave hiervan volgt hierna.

Opvattingen van ondernemers

Ten aanzien van bestuurdersaansprakelijkheid stelt Kroeze, onder verwijzing naar een aantal onderzoeken,¹³ dat ondernemers zelf menen dat hun aansprakelijkheid te ver gaat.¹⁴ Voorts geeft (iets) meer dan 50% van de respondenten aan dat zij het idee hebben dat hun handelen is veranderd door ontwikkelingen op het gebied van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, en dat het aansprakelijkheidsrisico is toegenomen. Als belangrijkste oorzaken wijzen zij daarbij op de – gepercipieerde of veronderstelde – strengere wet- en regelgeving en veranderde rechtspraak, de kritischer opstelling van media en maatschappij, alsmede de groeiende claimcultuur. In dat verband verwijst Kroeze ook naar uitspraken van bestuurders en berichtgeving in de media over het – vermeende – risicomijdend ondernemersklimaat en naar de beperkte beschikbaarheid van geschikte bestuurders; het zou voor ‘*headhunters*’ steeds moeilijker zijn om geschikte bestuurders te vinden. Kroeze ziet in deze ontwikkelingen en omstandigheden aanleiding om te veronderstellen dat ondernemers zich meer door angst voor aansprakelijkheid en reputatieverlies laten leiden dan wenselijk is.¹⁵

12 HR 12 juni 1998, NJ 1988, 727 (*Coral/Stalt*). Zie voorts Delfos-Roy 2007; Mellenbergh 2003; Verstijlen 1999.

13 Corporate Board Member Europe, Board insights 2004; What Europe’s board directors think, p. 8; PWC, Managing risk: an assessment of CEO preparedness, 7th Annual Global CEO Survey, 2004, p. 15. Voorts verwijst Kroeze naar onderzoek van het Nederlands Centrum van Directeuren en Commissarissen (2004). Navraag bij het NCD leert dat dit onderzoek niet (langer) te achterhalen is.

14 Kroeze 2005, p. 6.

15 Kroeze 2005.

Hindsight bias

De invloed van de bestaande regels omtrent schuldeisersbenadeling kan voorts worden onderzocht door te bezien of de toepassing ervan gevolgen heeft voor het gedrag van rechters en anderen die een normatieve uitspraak moeten doen over de benadeling. Van Boom en Kroeze beschrijven aan de hand van psychologisch onderzoek de zogenoemde *hindsight bias*. Dit is het verschijnsel dat iedereen die moet oordelen over een handeling waarvan de gevolgen al bekend zijn, zoals in het geval van rechters, die handeling beoordeelt in het licht van die gevolgen.¹⁶

Ter illustratie beschrijft Kroeze Amerikaans onderzoek waarbij aan geschikte juryleden was gevraagd om te beoordelen of (1) het waarschijnlijk was dat de desastreuze gevolgen zouden intreden en (2) of de gedraging in kwestie roekeloos was. Hetzelfde werd gevraagd aan een andere groep van geschikte juryleden, met dit verschil dat aan hen ook de desastreuze gevolgen waren verteld. In laatstgenoemde groep dacht 59% dat het waarschijnlijk was dat de desastreuze gevolgen zouden intreden als gevolg van de gedraging, tegenover 34% in de groep waarin de gevolgen niet waren verteld. Ook de roekeloosheid werd wezenlijk anders geschat: 67% (bekend met de gevolgen) tegenover 33% (onbekend met de gevolgen).

Het toepassen van de hindsight bias op situaties waarin schuldeisers worden benadeeld, doet vermoeden dat de afloop – het faillissement – het oordeel over het gedrag in belangrijke mate beïnvloedt. Dit betekent dat een ernstig verwijt wellicht eerder zal worden aangenomen dan strikt genomen wenselijk zou zijn.

Doorwerking juridische advisering

Uitspraken van rechters die zijn gedaan onder invloed van deze hindsight bias, kunnen doorwerken in de adviezen die advocaten of adviseurs vestrekken aan hun cliënten. Van Daal heeft gesteld dat advocaten met regelmaat hun cliënt onterecht adviseren om geen betalingen meer te doen aan schuldeisers. Zij adviseren, met andere woorden, om niet het risico te nemen later aansprakelijk te worden gesteld wegens onbehoorlijk bestuur, paulianeus handelen of het verrichten van een selectieve betaling, terwijl de handeling strikt genomen door de beugel had gekund.¹⁷ Daarmee hebben de regels omtrent schuldeisersbenadeling op dit punt, zo kan worden vermoed, een indirect gedragseffect. Immers, door op basis van een norm te adviseren die onderhevig is (kan zijn) geweest aan de hindsight bias, beïnvloedt de advocaat de beslissing van de ondernemer of bestuurder. Hierbij moet echter worden bedacht dat de gedragseffecten slechts optreden bij een beperkte groep. Niet iedere ondernemer of bestuurder raadpleegt een advocaat of adviseur.

¹⁶ Van Boom 2003a, p. 14 e.v.; Kroeze 2005, p. 17.

¹⁷ Van Daal 2005.

Faillissementspauliana: juridisch jargon versus maatschappelijk taalgebruik

Er zijn met betrekking tot de faillissementspauliana empirische gegevens beschikbaar aan de hand waarvan een indruk kan worden gekregen van hoe het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte rechtshandeling wordt gepercipieerd.¹⁸

Het empirisch onderzoek dat is verricht bestond uit kwantitatief (enquête) en kwalitatief (focusgroepen) onderzoek.¹⁹ Uit de enquêteresultaten bleek dat het overgrote deel van de insolventierechtsspecialisten (ca. 75%-80%) meent dat het duidelijk is wanneer een rechtshandeling als verplicht of onverplicht dient te worden gekwalificeerd en dat curatoren, naar eigen zeggen, doorgaans weinig moeite hebben om een handeling (in een concrete situatie) als verplicht of onverplicht te kwalificeren.²⁰ Wat verraste, was dat volgens 36% van de geënquêteerde curatoren (heel) vaak geschillen ontstaan over de kwalificatie van een rechtshandeling. Bij advocaten van wederpartijen ligt dit percentage zelfs 15% hoger (51%).²¹

In de focusgroepen is gezocht naar een verklaring voor deze opmerkelijke uitkomst. De aanwezigen stelden vast dat een deel van de conflicten kan worden verklaard door de omstandigheid dat er een grote discrepantie bestaat tussen wat een MKB-er vindt dat hij verplicht is om te doen en wat juridisch gezien verplicht is. Voor juristen is een rechtshandeling verplicht verricht indien er ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling (1) een rechtsgrond bestond voor het verrichten van de aan te tasten handeling en (2) de daaruit voortvloeiende verplichting opeisbaar was. Onverplicht zijn de rechtshandelingen die niet aan een van deze twee (of beide) eisen voldoen.

Met name MKB-ers – daarop hadden de uitspraken van de deelnemers aan de focusgroep vaak betrekking – met weinig of geen juridische voorkennis, blijken de (on)geoorloofdheid anders te beoordelen dan de insolventierechtsspecialist. Zo verwerpen ‘leken’ zich nogal eens met de stelling ‘ik kon niet anders’, daarmee bedoelende dat de rechtshandeling feitelijk, en daarmee juridisch, verplicht is verricht.

Verder, zo bleek in de focusgroepen, vereenzelvigen ondernemers zich vaak met de onderneming. In de top van (grote) ondernemingen beschouwen ondernemers verschillende vennootschappen als een geconsolideerde eenheid. Het komt dan ook voor dat tussen groepsvennootschappen rekening-courantverhoudingen bestaan waar geen rechtsgrond aan ten grondslag ligt. Voor juristen zijn betalingen tussen groepsvennootschappen in deze situatie onverplicht verricht, terwijl de schuldenaar en zijn wederpartij ze als verplicht verricht beschouwen. Voorts begrijpen wederpartijen die door de curator worden aangesproken omdat ze paulianeus zouden hebben gehandeld, vaak niet dat ze

18 Van Dijk 2006a en Van Dijk 2006b.

19 Voor de verantwoording van het onderzoek, zie Van Dijk 2006a en Van Dijk 2006b.

20 Van Dijk 2006a, p. 37-38.

21 Van Dijk 2006a, p. 38.

paulianeus handelen als ze wel een betaling mogen afdwingen maar 'genoegen nemen' met zekerheidsrechten.

De discrepantie tussen juristen en ondernemers ten aanzien van het onderscheid verplicht-onverplicht heeft in de praktijk belangrijke gevolgen voor de beoordeling van de geoorloofdheid van een rechtshandeling. Bij een verplichte rechtshandeling kan van ongeoorloofdheid immers slechts sprake zijn indien wetenschap van de faillissementsaanvraag of overleg kan worden aangetoond. Het gebeurt echter zelden dat een verplichte rechtshandeling wordt vernietigd.²² In het geval van een onverplichte rechtshandeling volstaat het aantonen van wetenschap van benadeling. Tevens kunnen dan allerlei bewijsvermoedens (art. 43 en 45 Fw) van toepassing zijn.

Het voorgaande leidt tot het vermoeden dat veel transacties die volgens ondernemers geoorloofd zijn, door juristen toch als ongeoorloofd worden gekwalificeerd. Dit duidt erop dat de manier waarop juristen vermeende paulianeuze rechtshandelingen beoordelen, afwijkt van de wijze waarop ondernemers dat doen. Voorzichtigheid is echter geboden. Het vermoeden zoals dat zojuist is geformuleerd, is gebaseerd op de ervaringen en percepties van insolventierechtsspecialisten ten aanzien van wat ondernemers denken en doen. Voorts is het de vraag in hoeverre de uitspraken generaliseerbaar zijn, dat wil zeggen, gelden voor alle ondernemers, of alleen voor een (selecte) groep van MKB-ers.

4.2 Inzichten uit gedragswetenschappelijke studies

De hiervoor besproken studies geven slechts een beperkt inzicht in de mate waarin regels omtrent schuldeisersbenadeling gedragseffecten tot gevolg hebben. Het is interessant te bezien of onderzoek op andere terreinen de gevonden resultaten aanvullen, bevestigen, tegenspreken of nuanceren.

(On)bekendheid

De bekendheid met de regels kan van invloed zijn op het gedrag van degene op wie de norm van toepassing is. Indien deze persoon niet bekend is met de regel, dan valt geen effect van de regel te verwachten. De persoon zal dan handelen in overeenstemming met zijn perceptie over wat geoorloofd is en wat niet. Het voorgaande kan ook worden afgeleid uit criminologisch onderzoek. Daaruit volgt dat veroordeelde criminelen, en mensen in het algemeen, nauwelijks op de hoogte zijn van strafrechtelijke regels.²³ Op basis van deze resultaten wordt gesuggereerd dat mensen regels niet zozeer daadwerkelijk kennen, maar deze beredeneren op basis van hun eigen, morele opvattingen.

22 Vergelijk HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (*Cikam/Siemon q.q.*); HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 (*Verkerk/Tiethoff q.q.*); HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (*Gispem q.q./IFN*). Voorts Van Dijk 2006a, p. 53-56.

23 Robinson, Darley 2004; Darley, Carlsmith, Robinson 2001; Darley, Sanderson, LaMantia 1996.

Het is natuurlijk niet realistisch om de conclusies uit het criminologisch onderzoek te vertalen naar situaties van schuldeisersbenadeling. Criminelen, veroordeelden, en mensen in het algemeen, zijn niet te vergelijken met ondernemers. Ze verschillen onder andere in opleidings- en specialisatieniveau.

Toch lijkt het erop dat ook ondernemers in beperkte mate, althans niet altijd even goed, op de hoogte zijn van de voor hen relevante regels. Zo heeft Loonen onder andere onderzocht of directieleden van banken (effecteninstellingen) op de hoogte zijn van de regels omtrent de zorgplicht van banken (effecteninstellingen) jegens hun cliënten.²⁴ Het blijkt dat vrijwel ieder directielid (95,8%) de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 zegt te kennen. Daarnaast is in het onderzoek een vraag gesteld naar een niet-bestaande regel. Van de directieleden geeft 58,3% aan ervan overtuigd te zijn dat de 'dummy'-regel wél bestaat. Het valt niet uit te sluiten dat deze overtuiging van de geïnterviewde directieleden kan worden verklaard door de wil om sociaalwenselijke antwoorden te geven, maar dan is dit nog steeds een aanwijzing dat ondernemers in beperkte mate scherp voor ogen hebben wat de regels zijn.

Overoptimisme

Er bestaat een hoeveelheid van, met name medisch, onderzoek dat aantoonde dat personen de kans op positieve gevolgen of gebeurtenissen bij zichzelf hoger schatten dan bij anderen.²⁵ De resultaten van deze onderzoeken laten zien dat mensen de kans op financiële successen, een succesvolle carrière en een lang leven hoger schatten dan mensen die deze kansen voor *anderen* schatten. Ook automobilisten overschatten hun eigen kunnen. Zij schatten de kans dat zij betrokken raken bij een ongeluk substantieel lager in dan de kans dat een andere automobilist dit overkomt.²⁶ Hier dringt zich de parallel op met zelfbedrog, waar ook de gokker last van heeft (*the gambler's fallacy*).²⁷ Dit zelfbedrog houdt in dat mensen over het algemeen de mogelijkheden te hoog schatten en de risico's te laag, zeker waar het henzelf betreft.

Lovallo en Kahneman stellen dat overoptimisme ook bestaat bij ondernemers en verklaren dit aan de hand van psychologische inzichten.²⁸ Belangrijk in hun ogen is *anchoring*, het verschijnsel dat bepaalde informatie als referentiekader wordt genomen en dat nieuwe informatie maar in beperkte mate leidt tot het bijstellen of aanpassen van dit kader. Dit brengt voor ondernemingen mee dat, zo stellen de auteurs, te veel wordt uitgegaan van de oorspronkelijke begroting en te weinig rekening wordt gehouden met pro-

24 Loonen 2006, p. 248-249.

25 Het gaat te ver om hier te verwijzen naar de talloze bronnen. Volstaan wordt daarom met een verwijzing naar een overzichtsartikel, zie Weinstein 1989.

26 Dejoy 1989; Camerer, Kunreuther 1989; Arnould, Grabowski 1981.

27 Hierover Van Boom 2003b, p. 560-561, onder verwijzing naar psychologisch onderzoek.

28 Lovallo, Kahneman 2003a.

blemen die zich bij de uitvoering van bepaalde plannen en ideeën kunnen voordoen en die tot extra kosten kunnen leiden. Dit verschijnsel wordt veroorzaakt dan wel versterkt door het negeren van concurrentie – concurrenten die reageren, waardoor de verwachte opbrengst minder hoog is dan verwacht – en door druk in de eigen organisatie, dat wil zeggen, werknemers die hun ideeën rooskleuriger voorstellen dan dat ze werkelijk zijn omdat zij daarmee kunnen ‘scoren’ enzovoort.

Hoewel discussie bestaat over de precieze oorzaak van deze *optimism bias* bij ondernemers – druk uit de organisatie, beperkte informatie, het negeren van concurrentie – bestaat overeenstemming over het feit dat ondernemers stelselmatig hun kansen op succes te hoog schatten, en de kans op falen te laag.²⁹ Indien hetzelfde opgaat voor de ondernemer die zijn bedrijf van de ondergang wil redden – en die kans lijkt reëel – betekent dit dat ondernemers die in zwaar weer zitten de kans op financieel herstel optimistischer schatten dan deze in werkelijkheid is. Daarmee wordt het beoogde gedragseffect van de regels omtrent schuldeisersbenadeling – het beschermen van belangen van schuldeisers respectievelijk het weerhouden van personen om schuldeisers te benadelen – slechts in beperkte mate bereikt. Het zelfoptimisme zal meebrengen dat ondernemers die in zwaar weer verkeren te lang blijven ‘aanmodderen’, de stekker er later uittrekken dan wenselijk is en daarmee schuldeisers veelal benadelen, zij het niet altijd bewust.

Beperkte afschrikwekkende werking

Thornton, Gunningham en Kagan onderzochten in hoeverre bedrijven in de VS op de hoogte zijn van gevallen waarin actie is ondernomen tegen concurrerende bedrijven die milieuregels hadden overtreden.³⁰ Daartoe werden acht zogenaemde ‘signal cases’ geïdentificeerd, waarin verschillende sancties zijn opgelegd aan bedrijven uit verschillende industrieën. Vervolgens werden interviews gehouden met bedrijven uit dezelfde staat als die waarin de sanctie is opgelegd.

Uit het onderzoek bleek dat de respondenten over het algemeen slecht op de hoogte waren van het aantal gevallen waarin een sanctie is opgelegd. Zij herinnerden zich vooral die zaken waarin een uitzonderlijk hoge boete was opgelegd. Andere dan extreme zaken bleven nauwelijks bij: respondenten konden niet meer dan acht zaken noemen waarin een boete was opgelegd, terwijl in één staat alleen al 31 bedrijven waren beboet in één jaar. Hieruit valt af te leiden dat ondernemers beperkte informatie hebben over het optreden tegen overtredingen.

Ondanks het gegeven dat ondernemers zich vooral de extreme gevallen herinneren, is het onwaarschijnlijk dat zij zich laten afschrikken door de bestaande regels. Behalve

29 Lovallo, Kahneman 2003a; Flyvbjerg 2003; Flyvbjerg 2003; Lovallo, Kahneman 2003b.

30 Thornton, Gunningham, Kagan 2005.

dat Thornton, Gunningham en Kagan de kennis bij betrokkenheid toetsten, hebben zij onderzocht hoe de respondenten de pakkans en de hoogte van de boete schatten indien de ‘signal cases’ als hypothetische gevallen werden voorgelegd. Het bleek dat als daarbij werd vermeld dat *hun* bedrijf de overtreder was, de ondernemers de pakkans en de hoogte van de boetes massaal lager schatten dan wanneer het een onderneming van een *ander* betrof.³¹ Hierbij zal ongetwijfeld ook overoptimisme een rol spelen, welk concept hiervoor is beschreven.

Voorts toont het onderzoek geen significante relatie tussen de kennis van zaken waarin een boete is opgelegd en de risicoperceptie ten aanzien van de pakkans. Weliswaar varieerde de pakkans bij respondenten, maar dit gegeven kon niet worden gerelateerd aan de kennis die bedrijven hadden over het aantal gevallen waarin boetes zijn opgelegd.

4.3 Conclusie

Uit publicaties die betrekking hebben op schuldeisersbenadeling, kunnen ten minste vier vermoedens worden afgeleid die betrekking hebben op de invloed van de bestaande regels omtrent schuldeisersbenadeling op het gedrag van degenen op wie de regels van toepassing zijn:

- Ondernemers laten zich meer door angst voor aansprakelijkheid en reputatieverlies leiden dan wenselijk is.
- De afloop – het faillissement – heeft invloed op het oordeel over het gedrag dat moet worden beoordeeld.
- De regels omtrent schuldeisersbenadeling hebben een indirect gedragseffect. Door op basis van een norm te adviseren die onderhevig is (kan zijn) geweest aan de hindsight bias, beïnvloedt de advocaat de beslissing van de ondernemer of bestuurder.
- De manier waarop juristen vermeende paulianeuze rechtshandelingen beoordelen, wijkt af van de wijze waarop ondernemers dat doen.

Het verbinden van deze verschillende inzichten leidt ertoe dat een aantal van deze vermoedens moet worden bijgesteld of genuanceerd. Dit geldt met name voor de gedachte dat ondernemers zich meer door angst voor aansprakelijkheid en reputatieverlies laten leiden dan wenselijk is. Deze perceptie kan weliswaar bestaan, maar het is zeer de vraag of hieruit mag worden afgeleid dat de bestaande aansprakelijkheidsregels verkeerd zijn. Zo kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de daadwerkelijke bekendheid van de regels bij ondernemers en kan zelfoptimisme ertoe leiden dat ondernemers die in zwaar weer

31 Thornton, Gunningham, Kagan 2005.

verkeren, te lang blijven ‘aanmodderen’, zelfs als zij de regels omtrent schuldeisersbenadeling kennen.

Tot slot kan worden vermoed dat de personen op wie de norm van toepassing is de pakkans verkeerd schatten of zelfs negeren, waardoor de regels op een verkeerde manier (te veel of te weinig) afschrikken. Het is niet bekend of deze effecten kunnen worden verminderd door het aanpassen of het op een andere wijze toepassen van de regels.

Aan de andere kant rijst het vermoeden dat de hindsight bias ertoe leidt dat (bijvoorbeeld) een ernstig verwijt eerder wordt aangenomen dan strikt genomen wenselijk zou zijn. Dit brengt mee dat de normen omtrent kennelijk onbehoorlijk bestuur (en selectieve betaling) in theorie aansluiten bij de opvattingen van degenen op wie de normen van toepassing zijn – ondernemers willen vrijheid om risico’s te kunnen nemen – maar dat de normen in de praktijk, door de hindsight bias, uiteindelijk toch een inhoud krijgen die afwijkt van de opvattingen van degenen waarop de norm betrekking heeft.

5 GEDRAGSVERANDERING

5.1 *Alleen bij bekendheid*

Gedragsverandering, zo kan worden verondersteld, kan slechts plaatsvinden indien degenen op wie bepaalde normen van toepassing zijn, bekend zijn of bekend raken met diezelfde normen.

Uit de vorige paragraaf volgt dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de bekendheid van de normen. Echter, ook de kans dat men bekend *raakt* met de normen is klein. Een wederpartij of bestuurder van een vennootschap blijkt niet vaak in civielrechtelijke zin te worden aangesproken vanwege het op ongeoorloofde wijze benadelen van schuldeisers. Uit verricht dossieronderzoek over alle faillissementen uit 2004 blijkt dat curatoren in 10% (108 van de 1079 faillissementen van natuurlijke personen) respectievelijk 19% (577 van de 3086 faillissementen van rechtspersonen) van de onderzochte faillissementen melding maakten van bestuurdersaansprakelijkheid, een onrechtmatige daad of paulia-neus handelen (zie ook tabel 1).³²

Uit datzelfde onderzoek volgt dat de curator in 73% van de gevallen waarin hij schuldeisersbenadeling aantreft, geen actie onderneemt (zie tabel 2).³³

32 Luttikhuis 2007, p. 84-85. In tabel 4 zijn de percentages uitgesplitst naar de verschillende normen.

33 Luttikhuis 2007, p. 91. In tabel 2 zijn de percentages uitgesplitst naar actie.

Rechtsvorm	Paulianus handelen	Onrechtmatige daad	Bestuurdersaansprakelijkheid
Rechtspersonen	9% (n=70)	5% (n=59)	N.v.t.
Natuurlijke personen	6% (n=273)	6% (n=199)	13% (n=404)

Tabel 1: Percentage van de faillissementen van bedrijven waarin schuldeisersbenadeling plaats had

Acties curator	Natuurlijke personen	Rechtspersonen
Schikking	11% (n=12)	25% (n=145)
Succesvolle procedure	8% (n=9)	8% (n=44)
Procedure zonder succes	8% (n=8)	6% (n=32)
Geen actie, geen verhaal	36% (n=38)	29% (n=170)
Geen actie, ontbrekende middelen	12% (n=13)	15% (n=89)
Geen actie, andere redenen	25% (n=26)	17% (n=97)
Totaal	100% (n=108)	100% (n=577)

Tabel 2: Percentage van de faillissementen van bedrijven waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling waarin de curator al dan niet actie heeft ondernomen

De pakkans is dan ook relatief laag.

5.2 Afschrikken door inzet punitive damages?

Het is natuurlijk mogelijk de pakkans te vergroten door personen meer te informeren over het bestaan van de regels omtrent schuldeisersbenadeling en meer middelen (geld) vrij te maken om vormen van schuldeisersbenadeling te achterhalen en aan te pakken. Er zijn echter tal van praktische en politieke beperkingen (schaarse middelen) die de verwezenlijking van deze voor de hand liggende suggesties verhinderen.³⁴ Het is daarom van belang oplossingen ook in een andere hoek te zoeken.

Er bestaan weinig juridische mogelijkheden om de pakkans te vergroten met als doel gedragsverandering te bewerkstelligen. In literatuur op andere rechtsgebieden is bepleit dat het zinvol kan zijn om in gevallen van een lage veroordelingskans, zoals bij schuldeisersbenadeling, *punitive damages* in te zetten.³⁵ Dit geldt in het bijzonder als van het strafrecht weinig heil te verwachten is.

34 Er bestaat een fonds waarop curatoren aanspraak kunnen maken als zij een vordering op grond van schuldeisersbenadeling willen instellen maar daartoe onvoldoende middelen hebben. Deze Garantstellingsregeling Curatoren blijkt echter nogal wat beperkingen en gebreken te kennen, zie Vriesendorp, Verstijlen, Van Dijk 2006; HSI 2005; Vriesendorp, Verstijlen, Slegers 1999.

35 Van der Heijden 2001, p. 1749-1756; Kerkmeester 1998, p. 1812.

De artikelen 340-349 Sr. maken het mogelijk om de gefailleerde schuldenaar, het bestuur van een vennootschap of een wederpartij waarmee de schuldenaar een benadelende rechtshandeling heeft verricht, strafrechtelijk te vervolgen. Het aantal zaken waarin strafrechtelijk wordt opgetreden tegen vormen van schuldeisersbenadeling, is echter te verwaarlozen: van elke veertig gevallen waarin sprake is van fraude, wordt in twee procesverbaal opgemaakt, hetgeen in één geval leidt tot een veroordeling (2,5%).³⁶ Het gebrek aan prioriteit en voortvarendheid, tekortkoming aan expertise en de concentratie van de inzet van schaarse middelen op het gebied van strafrechtelijke bevoegdheden worden als oorzaken aangemerkt voor het niet-optreden door het Openbaar Ministerie.³⁷ Mede gezien ook de lage aangiftebereidheid van curatoren³⁸ lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat van het strafrecht op dit punt weinig te verwachten valt.

5.3 *Punitive damages*

In de Nederlandse literatuur is op verschillende terreinen van het privaatrecht de inzet van *punitive damages* bepleit.³⁹ De discussie vindt vooralsnog vaak plaats op het niveau van de wenselijkheid en inpassing van *punitive damages* in het Nederlandse privaatrecht.⁴⁰ Deze bijdrage probeert hierop voort te bouwen door de figuur van *punitive damages* te beschrijven en te plaatsen tegen de achtergrond van (verwachte) gedragseffecten van de toepassing van *punitive damages* in relatie tot schuldeisersbenadeling. Dit gebeurt aan de hand van studies die reeds zijn gedaan naar de toepassing van *punitive damages* en nieuwe inzichten uit het recht van de Verenigde Staten. Daar worden *punitive damages* toegekend, zodat daar, meer dan in Nederland, bekend en geschreven is over deze rechtsfiguur.

Doelen en kenmerken punitive damages

Punitive damages zijn bedoeld om een persoon die op onrechtmatige wijze schade heeft toegebracht, te veroordelen tot het betalen van een bedrag dat de omvang van de toegebrachte schade (ver) te boven gaat. Deze gedachte komt onder andere tot uitdrukking in de definitie zoals die in de Verenigde Staten wordt gehanteerd:

³⁶ HSI 2005.

³⁷ Vriesendorp, Verstijlen, Van Dijck 2006; HSI 2005; Vriesendorp, Verstijlen, Slegers 1999; De Meijer 2003, p. 98 e.v.; Hilverda 1999, met name in hoofdstuk 11.

³⁸ HSI 2005.

³⁹ Van der Heijden 2001, p. 1749-1756; Kerkmeester 1998, p. 1812; Bolt/Lenseling 1993. Voor rechtsvergelijkende inzichten zie in dit verband ook Van Boom 2006, p. 35-37.

⁴⁰ Voor een overzicht van de voors en tegens, zie met name Schirmeister 1996, p. 147-154 en Bolt, Lenseling 1993, p. 78-84, alsook Kerkmeester 1998 en Van der Heijden 2001. Zie ook Hondius 2003; Rapport Claimcultuur 1998, p. 8-11; Kamerstukken II 1998-99, 26 630, nr. 1, p. 2-4; Galanter 1983; Verheij 1997; Van den Brink 2000, p. 2173-2178. Tzankova 2005, p. 61-69.

*'Punitive damages are damages other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future.'*⁴¹

In de literatuur onderscheiden verschillende auteurs diverse doelen, ratio's en oogmerken van *punitive damages*.⁴² De belangrijkste, overkoepelende doelen zijn de bestraffing van de dader en het voorkomen (ook wel: afschrikken) van dergelijke uit maatschappelijk oogpunt gezien afkeurenswaardige gedragingen.

De ratio achter de bestraffing/vergelding (*punishment*) is dat de dader dermate laakbaar heeft gehandeld dat hij de sanctie heeft verdiend. Tevens wordt bedoeld op het herstel van het evenwicht in de verhoudingen tussen enerzijds de dader en anderzijds het slachtoffer en de samenleving.⁴³

Afschrikken (*deterrence*) gebeurt, zo wordt aangenomen, op twee niveaus. Deze worden ook wel aangeduid als generale en speciale preventie. Speciale preventie houdt in dat het opleggen van de *punitive damages* de dader moet afschrikken: hij zal ongeoorloofd gedrag in de toekomst niet meer vertonen. Met generale preventie wordt bedoeld dat een afschrikkend signaal wordt afgegeven aan de maatschappij, zodat anderen in de toekomst niet zullen overgaan tot dergelijk gedrag.

Uit de definitie volgt ook het kenmerkende van *punitive damages*, namelijk dat *punitive damages* zich niet zozeer richten op het beschermen van de belangen van de benadeelde, maar dat *punitive damages* zich in de eerste plaats concentreren op de aard van de gedraging van de dader en de mate van afkeurenswaardigheid.⁴⁴ Dit brengt bijvoorbeeld mee dat een omvangrijke vergoeding kan worden afgedwongen indien het ontstane nadeel beperkt is maar de onrechtmatige gedraging (zeer) afkeurenswaardig.⁴⁵

*Rechtspraak in de VS*⁴⁶

Een berucht voorbeeld van toekenning van *punitive damages* is de vrouw die haar huisdier in de magnetron zou hebben willen drogen. De vrouw, zo is het verhaal, stelt de producent aansprakelijk voor de dood van het dier. Op de gebruiksaanwijzing stond immers niet vermeld dat het niet de bedoeling is om huisdieren in de magnetron te stoppen. De producent zou aansprakelijk zijn voor de dood van het dier en veroordeeld zijn tot

41 Restatement of Torts 2d, par. 908.

42 Bijvoorbeeld Curcio 1995-1996 en Ellis 1982-1983; Bolt & Lensing 1993, p. 5. Zie ook Gretz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 350 (1973).

43 Bolt & Lensing 1993, p. 14, Polinsky & Shavell 1997-1998, p. 877 e.v. en Ryan 2003, p. 74 e.v.

44 Schirmeister 2003, p. 142.

45 In sommige gevallen legt de rechter (tevens) een alternatieve sanctie op zoals bekend- c.q. openbaarmaking van het schadeveroorzakende feit, zie Curcio 1995-1996, p. 358 e.v.

46 Voor een uitgebreidere beschrijving van rechtspraak, zie Ryan 2003.

het betalen van miljoenen dollars aan *punitive damages*. Dit voorbeeld is echter niet in Amerikaanse rechtspraak terug te vinden, zodat mag worden aangenomen dat deze zaak zich niet heeft voorgedaan.⁴⁷

Ook het tweede voorbeeld is bekend. Het betreft het geval waarin een vrouw McDonald's aansprakelijk stelde en *punitive damages* vorderde vanwege het feit dat de koffie te warm zou zijn geserveerd.⁴⁸ De vrouw morste een kopje koffie over haar bovenbeen en haar geslachtsdeel, met als gevolg dat zij derdegraads brandwonden opliep. De koffie werd namelijk geserveerd op een temperatuur tussen de 160-170° F, terwijl een gemiddelde kop koffie wordt geserveerd op 120-130° F. Na enkele herstellende operaties hield de vrouw uiteindelijk op 16% van haar lichaam littekens over aan dit ongeluk. In eerste aanleg werd uiteindelijk voor \$ 480.000 aan *punitive damages* toegekend. De *punitive damages* zijn later gematigd tot \$ 480.000, waarna de zaak is geschikt. De US Supreme Court heeft dan ook niet over deze zaak beslist.

Dit ligt anders in *BMW v. Gore*.⁴⁹ Dit is een belangrijke uitspraak op het terrein van *punitive damages*, omdat de US Supreme Court in die zaak enkele *guideposts* heeft opgesteld voor de toekenning van *punitive damages*. Die hadden in de VS tot dan toe ontbroken.

De casus is als volgt. Gore koopt een nieuwe auto bij BMW. Als hij na negen maanden de auto in een nieuwe kleur wil laten overspuiten, vertelt de garage hem dat de auto ooit reeds opnieuw is gespoten. Gore ontdekt dat dit is gedaan omdat de auto tijdens transport van Duitsland naar de VS is beschadigd door *acid rain*. BMW heeft daar geen melding van gemaakt, ook niet bij de andere auto's die tijdens het transport beschadigd raakten. Als Gore de zaak voor de rechter brengt, wordt hem in eerste aanleg \$ 4000 aan *compensatory* ('gewone') *damages* en \$ 4 miljoen aan *punitive damages* toegekend. Later matigt de Alabama Supreme Court de *punitive damages* tot \$ 2 miljoen.

Als de zaak voor de US Supreme Court komt, verklaart deze het beroep van BMW gegrond en wordt de zaak terugverwezen naar de Alabama Supreme Court. Daarbij geeft de hoogste rechter drie richtlijnen mee, die rechters in lagere instanties moeten helpen bij het beoordelen en vaststellen van de hoogte van de *punitive damages*.⁵⁰

- *The degree of reprehensibility of the defendants conduct*. Hiermee wordt bedoeld de mate van verwijtbaarheid, afkeurenswaardigheid of ongeoorloofdheid van de schadeveroorzakende handeling.

47 Ryan 2003, p. 72.

48 Liebeck v. McDonald's Rests., P.T.S., Inc., 1995 WL 360309, at *1 (N.M. Dist. Aug. 18, 1994).

49 BMW of North America, Inc., v. Gore 116 U.S. (1996).

50 Ryan 2003, p. 83 e.v.

- *The relationship between the punitive damages award and the actual harm.* In deze eis komt de gedachte tot uitdrukking dat de *punitive damages* in een redelijke verhouding moeten staan tot de compensatory damages (in eerste aanleg 1000 : 1).
- *The difference between the punitive damages remedy and the civil penalties authorized or imposed in similar cases.* De rechtsgelijkheid brengt mee dat de hoogte van de opgelegde *punitive damages* in gelijke gevallen vergelijkbaar is.

De *punitive damages* werden na terugverwijzing gematigd tot \$ 50.000.⁵¹

Een recentere uitspraak van de US Supreme Court betreft de zaak *Statefarm*.⁵² In deze uitspraak werkt de hoogste rechter het aspect van reprehensibility verder uit. Hierin is bepaald dat als de schade bestaat uit iets anders dan letsel (zaaks- of vermogensschade), de *punitive damages* relatief laag behoren te zijn. In die gevallen geldt een ééncijferige multiplier. Dit houdt in dat als de schade 1000 is, de *punitive damages* maximaal (9 x 1000 =) 9000 zouden mogen bedragen.

De meest recente uitspraak van de US Supreme Court heeft betrekking op tabaksaan-sprakelijkheid.⁵³ Hier werd \$ 821,000 aan compensatory damages en \$ 79.5 miljoen aan *punitive damages* toegekend aan een roker, die de producent ervan beschuldigde dat deze hem bewust en onterecht had laten geloven dat het roken van sigaretten veilig was. Deze uitspraak geeft in zoverre richtlijnen, dat wordt gesteld dat belangen van personen die geen procespartij zijn, mogen worden meegewogen bij het bepalen van de mate van de verwijtbaarheid. *Punitive damages*, zo vervolgt de US Supreme Court, kunnen echter niet worden toegekend aan personen die geen procespartij zijn.

5.4 Theorieën over effecten van *punitive damages*

De rechtvaardiging van *punitive damages* vindt haar grondslag in de deterrence-theorie en de gedachte dat personen zo veel mogelijk voordeel willen behalen tegen zo min mogelijk kosten.⁵⁴ Tot deze kosten behoren onder andere kosten voor voorzorgsmaatregelen, de in te treden (of ingetreden) schade, alsmede de kosten van het rechtssysteem indien zich een aansprakelijkheidskwestie voordoet.

Het evenwicht tussen voordeel en nut wordt bereikt op het moment dat de kosten (of: de schade) gelijk zijn aan de schadevergoeding die de dader moet betalen, oftewel, als

51 BMW of North America, Inc., v. Gore, 701 So. 2d 507, 515 (Ala. 1997).

52 State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 123 S. Ct. 1513, 1517 (2003).

53 Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. (2007).

54 Bijvoorbeeld Cooter/Ulen 2004, p. 33-35; Ulen 1999, p. 792-793; Van der Heijden 2001; Kerkmeester 1998. Voorts Visscher 2005, p. 3, met verdere verwijzingen.

damages equal harm.⁵⁵ Als de pakkans echter lager is dan 100%, bestaat de mogelijkheid dat degene die de schade veroorzaakt, aansprakelijkheid ontloopt.

Volgens de deterrence-theorie dient de kans op het ontlopen van aansprakelijkheid te worden gecompenseerd.⁵⁶ Deze compensatie kan plaatsvinden door het toekennen van *punitive damages*. Het in het vooruitzicht stellen van een hoge boete compenseert de lage pakkans, zodat het voor de dader niet meer aantrekkelijk is om de – in dit geval – schuldeisers op ongeoorloofde wijze te benadelen. *Punitive damages* zouden, anders gezegd, moeten voorkomen dat de dader een onrechtmatige of paulianeuze transactie aangaat of in de toekomst in herhaling valt, dat wil zeggen, nogmaals op paulianeuze of onrechtmatige wijze schuldeisers benadeelt.

Het is discutabel of de deterrence-theorie onverkort geldt. Inzichten uit met name de psychologie leren dat de aanname dat personen een kosten-batenanalyse maken zoals hiervoor omschreven, in twijfel moet worden getrokken. In de werkelijkheid blijken niet alleen financiële motieven een rol te spelen. Zo hebben veel mensen een natuurlijke weerstand tegen verandering (*status quo bias*),⁵⁷ zijn ze risico-avers⁵⁸ en rekenen ze ook het welzijn van anderen tot hun baten.⁵⁹ Ook dergelijke, niet-financiële factoren spelen een rol bij het maken van een kosten-batenanalyse. Daarmee verdient de veronderstelde rol van de pakkans bij het maken van een kosten-batenanalyse, en daarmee de veronderstelde effecten van *punitive damages*, op zijn minst relativering.

Voorts laat psychologisch onderzoek zien dat mensen kansen structureel verkeerd schatten. In zijn oratie betreft Van Boom dit onderzoek op de vaardigheid van rechters om waarschijnlijkheden in te schatten.⁶⁰ Hij stelt dat waarschijnlijkheden vaak en stelselmatig verkeerd worden geschat. Als oorzaak noemt hij de omstandigheid dat waarschijnlijkheidsoordelen worden gevormd onder invloed van beperkte cognitieve vaardigheden van mensen. Dit veroorzaakt afwijkingen in risicoperceptie. Zo worden waarschijnlijkheidsoordelen sterk beïnvloed door het oordeel van het individu over het gevolg van de gebeurtenis. Schat een persoon in dat de gevolgen positief zullen zijn, dan is de kans groot dat hij ook de veroorzakende gedraging positief beoordeelt.⁶¹

55 Polinsky en Shavell 1997-1998, nr. 870 e.v.

56 Bijvoorbeeld Polinsky & Shavell 1997-1998, p. 887-888.

57 Korobkin 1998; Ulen 1999, p. 804-6; Kahneman, Knetsch, Thaler 2000; Schwab 1998.

58 Kahneman, Tversky 1979.

59 Ulen 1999, p. 801-6. Zie voorts het onderzoek over ultimatum en dictator game. Voor een overzicht zie Camerer, Thaler 1995.

60 Van Boom 2003a, p. 10-11, met verwijzingen naar psychologisch onderzoek.

61 Van Boom 2003a, p. 11, met verdere verwijzingen.

5.5 Empirische onderbouwing

Over de effecten van *punitive damages* op het gedrag van degenen die deze zouden moeten betalen, is weinig bekend. Empirische onderzoeken op het terrein van *punitive damages* richten zich vooral op de vraag of het voor de hoogte van de vergoeding verschil maakt of een jury *punitive damages* toewijst of dat de rechter dat doet, alsmede op de gevolgen van het instellen van plafonds (*caps*) waarmee het toekennen van buitenproportionele bedragen aan banden moet worden gelegd.⁶²

De gedragseffecten van *punitive damages* dienen te worden afgeleid uit andere onderzoeken. In dat verband werd eerder in deze bijdrage al opgemerkt dat er een reële kans bestaat dat pakkansen verkeerd worden geschat. Voorts kan uit verschillende studies naar de werking van regels en sancties op het terrein van milieuaansprakelijkheid worden afgeleid dat (regelmatige) inspecties en controles een wezenlijke invloed hebben op de mate waarin bedrijven gehoorzamen aan milieuregels en, daarmee, dat deze een grotere invloed lijken te hebben op normconform handelen dan informatie dat anderen een boete of schadevergoeding hebben moeten betalen.⁶³

5.6 Conclusie: *punitive damages* bij schuldeisersbenadeling?

Wat is nu de waarde van de inzichten op het terrein van *punitive damages*? Op het niveau van de theorie rijzen vragen ten aanzien van de effecten van *punitive damages* op het gedrag van betrokkenen, terwijl veel beweringen of aannames niet empirisch kunnen worden onderbouwd. Weliswaar zijn er sterke aanwijzingen dat de pakkans in het algemeen stelselmatig verkeerd wordt geschat en dat (regelmatige) controles of inspecties in redelijke mate bijdragen aan het normconform handelen van betrokkenen, maar dit betekent nog niet dat *punitive damages* wel of niet effectief zijn. Zo kan het opleggen van een vergoeding en de daarmee gepaard gaande publiciteit aanleiding geven voor anderen om hun gedrag aan te passen of bij te stellen. Ook dit is echter speculatief, omdat de werkelijke effecten mede af zullen hangen van de mate waarin en de wijze waarop *punitive damages* worden ingezet.

Een voorwaarde voor het toekennen van *punitive damages* is dat het moet gaan om verwerpelijk gedrag, hetgeen een zeker bewustzijn of opzet van dit verwerpelijke element impliceert. Dit betekent een belangrijke inperking van het toepassingsbereik van *punitive damages* bij vormen van schuldeisersbenadeling. Degene die schuldeisers benadeelt

62 Zie bijvoorbeeld Heise e.a. 2006, Sunstein, Kahneman, Schkade 1998, Viscusi 2000 en voorts Eaton, Mustard & Talario 2005, met veel verdere verwijzingen.

63 Magat, Viscusi 1990; Braithwaite, Makkai 1991; Kuperan/Sutinen 1998; Gunningham, Thornton, Kagan 2005; Gray, Shadbegian 2005; Shimshack, Ward 2005.

– schuldenaar, bestuurder, wederpartij – zal immers geregeld een positief doel (gevolg) voor ogen hebben. Hij zal bijvoorbeeld proberen de onderneming voor haar ondergang te behoeden of zijn vermogen ‘veilig’ proberen te stellen door vermogensbestanddelen onder te brengen bij een bekende. Dit maakt het moeilijk, in ieder geval discutabel, om de opzet om schuldeisers te benadelen, te bewijzen.

Daarbij komt dat het opleggen van *punitive damages* alleen zinvol is in gevallen waarin de *wederpartij*⁶⁴ zich verwerpelijk heeft gedragen, en niet (alleen) de schuldenaar zelf. Het opleggen van *punitive damages* aan de schuldenaar is weinig effectief: van een kale kip kun je niet plukken. De verwachting is dan ook dat *punitive damages* bij schuldeisersbenadeling in slechts een klein aantal gevallen gedragsverandering tot gevolg *kunnen* hebben. Daarbij blijven ook vele andere vragen onbeantwoord. Zo is het niet duidelijk of er verschillende gedragseffecten zijn bij het opleggen van *punitive damages* aan een rechtspersoon dan wel een natuurlijk persoon, of aan het MKB dan wel een multinational.

6 CONCLUSIE EN DISCUSSIE

Terug naar de vraag wat de inzichten uit gedragswetenschappelijke studies opleveren. Vooral ten aanzien van de bekendheid en invloed van de bestaande regels omtrent schuldeisersbenadeling leidt het bestuderen van gedragswetenschappelijke studies uit andere rechts- en wetenschapsgebieden tot nieuwe informatie. Dit geldt in het bijzonder voor de veronderstelling dat ondernemers zich meer door angst voor aansprakelijkheid en reputatieverlies laten leiden dan wenselijk is. De (veronderstelde) onbekendheid met de regels, zelfoptimisme bij ondernemers en het verkeerd schatten van de pakkans beperken naar verwachting de gedragseffecten van de normen, en dan met name de afschrikwekkende werking ervan. Deze effecten roepen de vraag op of het aanpassen, of het op een andere wijze toepassen van de regels, leidt tot een (reëel) gedragseffect.

Buitengewoon complex, en zelfs riskant, is het opstellen van vermoedens ten aanzien van gedragsverandering. Omdat er zo weinig bekend is over de bestaande gedragseffecten, is het heel moeilijk te voorspellen wat er gebeurt als wordt geprobeerd dit gedrag te sturen. In deze bijdrage is geprobeerd zicht te krijgen op de effecten van het toepassen of opleggen van *punitive damages*. De indruk bestaat dat deze effecten gering zullen zijn, zodat het vergroten van de pakkans wellicht een effectiever middel is om het doel – normconform handelen – te bereiken.

Als gezegd past bij deze vermoedens de belangrijke waarschuwing dat inzichten uit gedragswetenschappelijke studies niet eenvoudig naar de juridische wereld kunnen

64 Waaronder begrepen bestuurders of feitelijk leidinggevend van vennootschappen.

worden vertaald. Zij geven slechts aanleiding voor een aantal vermoedens, die nader zouden moeten worden onderzocht alvorens er (vergaande) conclusies – bijvoorbeeld: regel X moet worden aangepast – aan worden verbonden. In dit geval, dat wil zeggen voor de normen omtrent schuldeisersbenadeling, zou concreet het volgende kunnen worden onderzocht:

- In hoeverre verschillende ‘spelers’ (MKB-ers, multinationals, natuurlijke personen enz.) bekend zijn met de regels omtrent schuldeisersbenadeling.
- In hoeverre zij juridisch advies inwinnen alvorens te handelen (zich op de hoogte laten stellen van de regels).
- In hoeverre zij een dergelijk advies opvolgen.
- In hoeverre de perceptie van de pakkans wordt beïnvloed door de bekendheid met de normen omtrent schuldeisersbenadeling, het aantal gevallen waarin deze normen worden toegepast en de sanctie die wordt verbonden aan overtreding van diezelfde normen.

Dat het vooralsnog blijft bij dergelijke vermoedens en vragen, neemt niet weg dat de verkenning naar inzichten buiten een bepaald domein in dit geval nuttig is geweest. Zij levert nieuwe informatie op die tot het opstellen van vermoedens die specifiek zijn dan, en soms zelfs afwijken van, heersende opvattingen.

LITERATUUR

Arnould/Grabowski 1981

R.J. Arnould, H. Grabowski, ‘Auto Safety Regulation: An Analysis of Market Failure’, *Bell Journal of Economics*, 12, p. 27-48 (1981).

Asser-Maeijer 2000 (2-III)

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersonen. Deel III. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Bolt/Lenseling 1993

A.T. Bolt, J.A.W. Lenseling, *Privaatrechtelijke boete*, Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1993.

Van Boom 2003a

W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Bju 2003.

Van Boom 2003b

W.H. van Boom, ‘Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger’, *NTBR* 2003/10, p. 555-564.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, *Efficacious enforcement in contract and tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2006.

Braithwaite/Makkai 1991

J. Braithwaite & T. Makkai, 'Testing an Expected Utility Model of Corporate Deterrence,' 25 *Law & Society Review* 7-40 (1991).

Van den Brink 2000

G.J.M. van den Brink, 'Waar komt het grote onbehagen vandaan?', *NJB* 2000/45-46, p. 2173-2178.

Camerer/Kunreuther 1989

C.F. Camerer, H. Kunreuther, 'Decision Processes for Low Probability Events: Policy Implications', *Journal of Policy Analysis & Management*, 8, p. 565-592 (1989).

Camerer/Thaler 1995

C. Camerer, R.H. Thaler, 'Anomalies: Ultimatums, dictators and manners', 9 *J. of Econ. Perspectives* 209 (1995).

Cooter/Ulen 2004

R. Cooter & T. Ulen, *Law and economics*, Pearson Addison Wesley, 2004.

Curcio 1995-1996

A.A. Curcio, 'Painful Publicity – An Alternative Punitive Damage Sanction', *DePaul Law Review*, vol. 45, p. 341-393 (1995-1996).

Van Daal 2005

G. van Daal, 'Gedragseffecten van bestuurdersaansprakelijkheid', *JUVAT-dag: bundeling van lezingen gehouden op 22 april 2004*, Nijmegen: WLP 2005, p. 27-38.

Darley/Sanderson/LaMantia 1996

J.M. Darley, C. Sanderson & P. LaMantia, 'Community standards for defining attempt: inconsistencies with the model penal code American penal code', 39 *Am. Beh. Sci.* 405 (1996).

Darley/Carlsmith/Robinson 2001

J.M. Darley, K.M. Carlsmith & P.H. Robinson, 'The ex ante function of the criminal law', 35 *Law & Soc Rev* 165 (2001).

Dejoy 1989

D.M. Dejoy, 'The optimism bias and traffic accident risk perception', *Accident analysis and prevention*, vol. 21, nr. 4, p. 333-340 (1989).

Delfos-Roy 2007

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, 'Selectieve betaling', *Ondernemingsrecht* 2007/4, p. 125-131.

Van Dijck 2006a

G. van Dijck, *De faillissementspauliana: revisie van een relict* (diss. Tilburg), Nijmegen: WLP 2006.

Van Dijck 2006b

G. van Dijck, 'Empirisch onderzoek naar problemen bij de toepassing van de faillissementspauliana', *Tvl* 2006/4, p. 112-124.

Eaton, Mustard & Talarico 2005

T.A. Eaton, D.B. Mustard en S.M. Talarico, 'The effects of Seeking Punitive Damages on the Processing of Tort Claims', *The Journal of Legal Studies*, vol. 34, p. 343-369 (2005).

Ellis 1982-1983

D.D. Ellis jr., 'Fairness and Efficiency in the Law of Punitive damages', *Southern California Law Review*, vol. 56, p. 1 (1982-1983).

Flyvbjerg 2003

B. Flyvbjerg, 'Delusions of success: comment on Dan Lovallo and Daniel Kahneman', *Harvard Business Review*, December Issue, p. 121-122 (2003).

Galanter 1983

M.S. Galanter, 'Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society', *UCLA Law Review* (31), p. 4-71 (1983).

Gray/Shadbegian 2005

Gray, W. and R. Shadbegian, 'When and Why Do Plants Comply? Paper Mills in the 1980s', *27 Law & Policy* 238-61 (2005).

Gunningham/Thornton/Kagan 2005

Gunningham, N., D. Thornton, and R.A. Kagan. 'Motivating Management: Corporate Compliance in Environmental Protection', *27 Law & Policy* 289-316 (2005).

Van der Heijden 2001

E.M. van der Heijden, 'Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker', *NJB* 2001/36, p. 1749-1756.

Heise e.a. 2006

M. Heise, T. Eisenberg, M.T. Wells, P. Hannaford-Agor, N. LaFountain, G.T. Munsterman, B. Ostrom, 'Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data', *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 3, nr. 2, p. 263-95 (2006).

Hilverda 1999

C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude: Een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

HIS 2005

R. Knegt, A.M. Beukelman, J.R. Popma, P. van Willigenburg, I. van Zaal, *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar aard en omvang en de mogelijkheden van bestrijding*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2005.

Hondius 2003

E.H. Hondius, 'Punitive damages: acceptabel, zij het met mate', *NJB* 2003/38, p. 2019-2020.

Kahneman/Tversky 1979

D. Kahneman, A. Tversky, 'Prospect theory: an analysis of decision under risk', *Econometrica*, nr. 2, p. 263-291 (1979).

Kahneman/Knetsch/Thaler 2000

D. Kahneman, J.L. Knetsch, R.H. Thaler, 'Experimental tests of the endowment effect and the Coase theorem', in: C.R. Sunstein (ed.), *Behavioral law & economics*, Cambridge University Press 2000.

Kerkmeester 1998

H.O. Kerkmeester, 'Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans', *NJB* 1998/40, p. 1807-1813.

Korobkin 1998

R.B. Korobkin, 'The status quo bias and contract default rules', 83 *Cornell L. Rev.* 608 (1998).

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

Kuperan/Sutinen 1998

Kuperan, K., and J.G. Sutinen, 'Blue Water Crime: Deterrence, Legitimacy, and Compliance in Fisheries', 32 *Law & Society Review* 309-30 (1998).

Lindenbergh 2003

S.D. Lindenbergh, 'Doeleinden en effecten van civielrechtelijke sancties', in: Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties* (BW-krant), Deventer: Kluwer 2003, p. 9-20.

Loonen 2006

A.J.C.C.M. Loonen, *Een kwestie van vertrouwen: Het effect van de zorgplicht op de Nederlandse beleggingsadvisering, Een empirisch-analytisch onderzoek naar de stand van zaken* (diss. Amsterdam UvA), 2006.

Lovallo/Kahneman 2003a

D. Lovallo, D. Kahneman, 'Delusions of Success: How Optimism Undermines Executives' Decisions', *Harvard Business Review*, July Issue, p. 56-63 (2003).

Lovallo/Kahneman 2003b

D. Lovallo, D. Kahneman, 'Response to Bent Flyvbjerg', *Harvard Business Review*, December Issue, p. 122 (2003).

Luttikhuis 2007

A.P.K. Luttikhuis, *Corporate recovery: de weg naar effectief insolventierecht* (diss. Tilburg), 2007.

Magat/Viscusi 1990

W.A. Magat & W.K. Viscusi, 'Effectiveness of the EPA's Regulatory Enforcement: The Case of Industrial Effluent Standards', 33 *Journal of Law and Economics* 331-60 (1990).

De Meijer 2003

M.E. de Meijer, *Het Openbaar Ministerie in civiele zaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2003.

Mellenbergh 2003

R. Mellenbergh, 'De selectieve betaling van schuldeisers door de vennootschap: een nadere objectivering van de normen waarnaar de bestuurder van de vennootschap dient te handelen', *Ondernemingsrecht* 2003/2, p. 48-51.

Polak/Pannevis 2005

N.J. Polak, M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Polak-Wessels 2003 (III)

B. Wessels, *Insolventierecht. Deel III. Gevolgen van faillietverklaring (2)*, Deventer: Kluwer 2003.

Polinsky en Shavell 1997-1998

A.M. Polinsky and S. Shavell, 'Punitive damages: An economic Analysis', *Harvard Law Review*, Vol. 111, No. 4, p. 869-962 (1997-1998).

Robinson/Darley 2004

P.H. Robinson & J.M. Darley, 'Does criminal law deter? A behavioural science investigation', *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, no. 2, p. 173-205 (2004).

Ryan 2003

P.S. Ryan, 'Revisiting the United States application of *Punitive damages*: Separating Myth from Reality', *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 10, No. 1, p.69 e.v. (2003).

Shimshack/Ward 2005

J.P. Shimshack & M.B. Ward, 'Regulator Reputation, Enforcement, and Environmental Compliance', *50 Journal of Environmental Economics and Management* 519-40 (2005).

Schirmeister 1996

F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht?* (diss. Amsterdam VU), Lelystad: Koninklijke Vermande 1996.

Schirmeister 2003

F.C. Schirmeister, 'Punitive damages: Amerikaanse lessen voor Nederland?', in: Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties* (BW-krant), Deventer: Kluwer 2003, p. 139-159.

Schwab 1998

S. Schwab, 'A Coasean experiment on contract presumptions', *17 J. of Legal Studies* 237 (1988).

Sunstein/Kahneman/Schkade 1998

C.R. Sunstein, D. Kahneman, D. Schkade, 'Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)', *The Yale Law Journal*, vol. 107 (1998), nr. 7, p. 2071-2153.

Thornton/Gunningham/Kagan 2005

D. Thornton, N.A. Gunningham, R.A. Kagan, 'General deterrence and corporate environmental behavior', *27 Law & Policy*, p. 262-288.

Tzankova 2005

I.N. Tzankova, *Strooischade, Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu 2005.

Ulen 1999

T.S. Ulen, 'Rational choice theory in law and economics', in: Bouckaert & De Geest (eds.), *Encyclopedia of law and economics*, Edgar Elgar 1999, nr. 4500, p. 111.

Verheij 1997

A.J. Verheij, 'Punitive damages, immateriële schade en fundamentele rechtsbeginselen', *AA* 1997/2, p. 71-81.

Verstijlen 1999

F.M.J. Verstijlen, 'De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening door schuldeisers', *WPNR* 6355 (1999), p. 301-308.

Viscusi 2000

W.K. Viscusi, 'Corporate Risk Analysis: A Reckless Act', *Stanford Law Review*, vol. 52, nr. 3 (2000).

Visscher 2005

L. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), 2005.

Vriesendorp/Verstijlen/Slegers 1999

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

Vriesendorp/Verstijlen/Van Dijck 2006

R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen, G. van Dijck, m.m.v. D.F. Kopalit, *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Weinstein 1989

N.D. Weinstein, 'Optimistic biases about personal risks', 246 *Science* 1232 (1989).

Wezeman 1998

J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

HOOFDSTUK 19

BEDOELDE EN ONBEDOELDE EFFECTEN VAN DE WSNP, IN HET BIJZONDER OP CREDITEURENGEDRAG

N. Huls en N. Jungmann¹

SAMENVATTING

De Wsnp biedt sinds 1998 de consument uitzicht op een schone lei, op een toekomst zonder schulden. Deze wettelijke interventie was expliciet bedoeld om de informele schuldhulpverlening te versterken. Uit het dissertatie-onderzoek van Jungmann bleek echter dat de nieuwe juridische structuur verschillende belanghebbenden prikkelde tot strategisch gedrag. Vooral aan crediteuren bleek de nieuwe wet een aantal onverwachte voordelen te bieden. Verder kwam een aantal zwakke punten van de sociale hulpverlening door de wet scherper aan het licht.

In deze bijdrage analyseren we op een analytische en empirische manier de veronderstellingen van de Wsnp-wetgever ten aanzien van het gedrag van belanghebbenden. Wij richten ons vooral op het gedrag van crediteuren. Omdat politici de Wsnp vooral zien als een instrument om de debiteur te beschermen, bleef de positie van de crediteur ten onrechte onderbelicht. Dit leidde tot enkele onbedoelde effecten, die de wetgever recentelijk probeerde te redresseren.

¹ Nick Huls is hoogleraar rechtssociologie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en de Universiteit Leiden. Nadja Jungmann promoveerde in 2006 in Leiden op een empirisch onderzoek naar de bedoelde en onbedoelde effecten van de Wsnp. Zij is thans adviseur bij Hiemstra & De Vries en daarnaast verbonden aan ECRS, het Erasmus Centrum voor recht en samenleving.

1 INLEIDING

In Nederland bestaat de schuldhulpverlening aan natuurlijke personen uit twee compartimenten. In het *minnelijk traject* vindt de uitvoering plaats door gemeentelijke organisaties zoals sociale diensten, gemeentelijke kredietbanken en het maatschappelijk werk. Daarnaast bestaat er sinds 1 december 1998, toen de Wet Schuldsanering natuurlijke personen (verder: Wsnp)² in werking trad, een *wettelijk traject* waarin de uitvoering plaatsvindt door bewindvoerders onder supervisie van een rechter-commissaris.

Centrale doelstelling van beide vormen van hulp is de ‘afkoop’ van schulden. Crediteuren geven een deel van hun vordering prijs in ruil voor een maximale inspanning door de debiteur gedurende drie jaar onder toezicht van een hulpverlener. Het predicaat ‘minnelijk’ duidt op de vrijwillige basis, waarop crediteuren instemmen met de voorgestelde regeling. De schuldenaar moet gedurende de duur van het traject rondkomen van een inkomen rond het bijstandsniveau. Al het inkomen boven de norm (de zogenoemde *aflossingscapaciteit*) komt ten goede aan de crediteuren. De spelregels van de minnelijke regeling zijn vastgelegd in de Gedragscode schuldregeling van de Nederlandse Vereniging voor Volkskrediet, de NVVK, de koepelorganisatie van de gemeentelijke kredietbanken.³

Het wettelijk traject is geregeld in de Wsnp, de derde titel van de Faillissementswet (Fw). In de memorie van toelichting⁴ worden drie doelstellingen genoemd:

- 1 Schuldenaren via een wettelijke schuldsanering een schuldenvrije toekomst te bieden.
- 2 De bereidheid van crediteuren vergroten om mee te werken aan minnelijke regelingen.
- 3 Een daling bewerkstelligen van het aantal faillissementen van natuurlijke personen.

De rechtbank is de centrale instantie in de Wsnp. De rechtbank beslist of een schuldenaar op diens verzoek wordt toegelaten (art. 287 lid 1 Fw) en benoemt de bewindvoerder en rechter-commissaris (art. 287 lid 3 Fw). De rechtbank neemt tevens de fundamentele beslissingen ten aanzien van de schuldsanering. Om de rechters een handvat te bieden bij de uitvoering van hun nieuwe taak, heeft de werkgroep rechters-commissarissen in faillissementen (Recofa) al voor de inwerkingtreding van de Wsnp de nota’s ‘Recofa-aanbevelingen tot toepassing van de Wsnp’ (1998) en ‘Recofa praktische wenken Wsnp’ (1998) vastgesteld. Sinds 1 oktober 2005 gelden zogenoemde Recofa-Wsnp richtlijnen.⁵

2 Zie Wessels 1999, alsmede Martens & Schruer 2002.

3 Zie voor de geschiedenis hiervan Segaar 1982.

4 Kamerstukken II 1992/93, 22 969, nr. 3.

5 Deze zijn te raadplegen op de website van het Bureau WSNP: www.wsnp.rvr.org/bewindinfo/Data/richtlijnen.

De richtlijnen vormen geen bindende regels en worden door de Hoge Raad niet gezien als regels in de zin van art. 79 RO.⁶

In onze bijdrage aan deze bundel willen we een antwoord geven op de vraag waarom het institutionele wettelijke kader, dat bedoeld was als gedragsprikkel voor crediteuren om vaker mee te werken aan informele hulpverlening, niet heeft gewerkt zoals bedoeld.

Eerst geven we in paragraaf 2 de harde cijfers: de daling van het slagingspercentage in het minnelijk traject die al gaande was, zette zich versneld door na de inwerkingtreding van de Wsnp. In paragraaf 3 confronteren we de beleidstheorie van de Wsnp met de bevindingen uit de praktijk. Het blijkt dat de wetgever een aantal onjuiste aannames heeft gehanteerd bij het ontwerpen van de financiële prikkel voor de crediteuren. In paragraaf 4 gaan we dieper in op de positie van de crediteuren, iets wat tijdens de hele wetgevingsoperatie nauwelijks was gebeurd. Wij identificeren enkele contra-indicaties, die het voor crediteuren aantrekkelijk maakten om 'nee' te zeggen tegen het minnelijk traject. Dit leidt ons tot de conclusie dat de crediteur de 'missing link' is geweest bij het ontwerpen van de Wsnp. We sluiten af met enige lessen die getrokken kunnen worden uit de pogingen van de wetgever om een maatschappelijk probleem met behulp van privaatrecht op te lossen.

2 EEN ONBEDOELDE DALING VAN HET SLAGINGSPERCENTAGE IN HET MINNELIJK TRAJECT⁷

De Wsnp is onder meer bedoeld als stok achter de deur voor crediteuren om vaker mee te werken aan minnelijke schuldregelingen. Door wettelijke schuldsaneringen (financieel) minder aantrekkelijk te maken dan de minnelijke variant, beoogt de wetgever het gedrag van crediteuren te beïnvloeden. De bedoeling was dat schuldhulpverlening met de steun van de wet in de rug effectiever zou worden en zou leiden tot een hoger *slagingspercentage*. Dit definiëren wij als het *aandeel van alle verzoeken om een minnelijke schuldregeling, die na een intakegesprek uitmonden in een schuldregeling*. Die stijging was een belangrijke doelstelling van de wet. Het gaat om het aantal tot stand gekomen minnelijke trajecten in relatie tot het aantal aanvragen. Het slagingspercentage heeft dus geen betrekking op het aantal regelingen dat uiteindelijk leidt tot een schuldenvrije start.

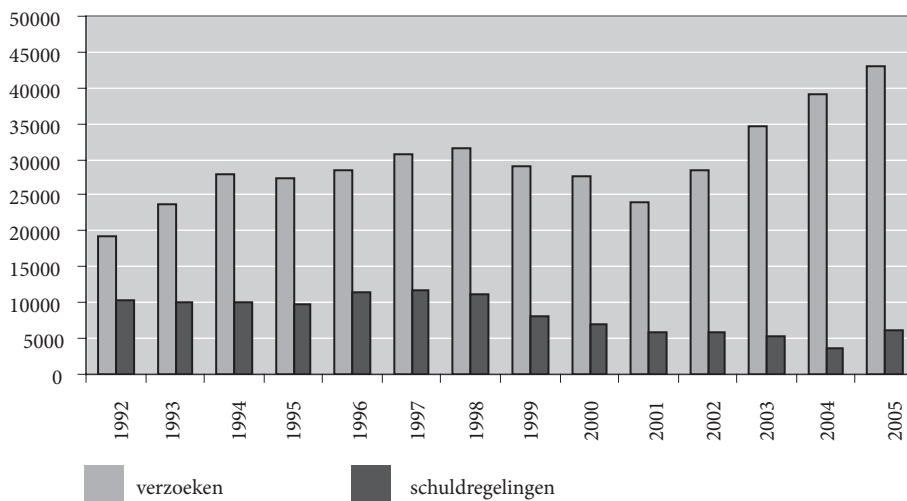
Vanwege een gebrek aan betrouwbare cijfers kunnen wij geen nauwkeurige beschrijving geven van het slagingspercentage in het minnelijk traject. Wel zijn de gegevens die NVVK-leden registreren voldoende betrouwbaar om de algemene tendens af te leiden.

⁶ Zie Noordam 2001, hoofdstuk 5.

⁷ Zie voor het navolgende Jungmann 2006, alsmede Von Bergh e.a. 2006.

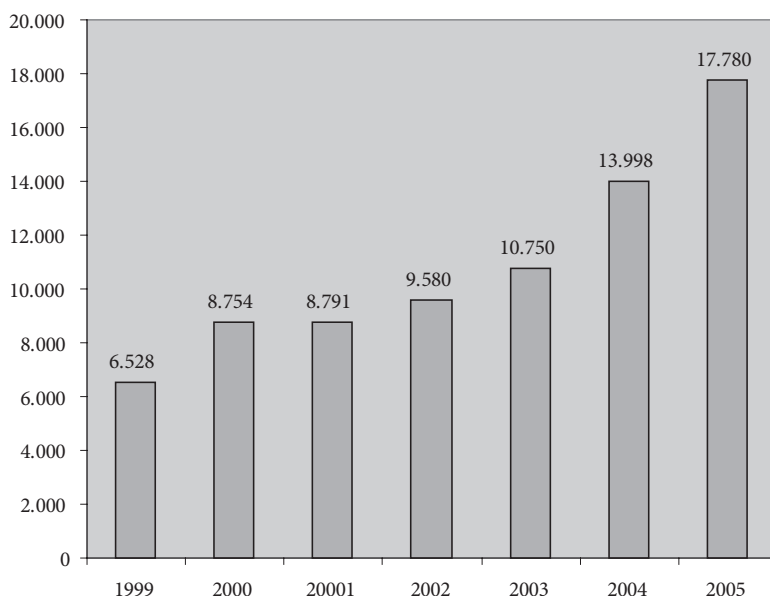
Zij behandelen ruim de helft van alle verzoeken om hulp.⁸ In de periode 1992-2005 daalde het slagingspercentage van NVVK-leden van 53 naar 14%. In 2004 konden zij slechts 9% van de debiteuren helpen. De daling van het slagingspercentage is het gevolg van een absolute stijging van het aantal verzoeken om hulp en een absolute daling van het aantal getroffen schuldregelingen. In tabel 1 geven we deze twee variabelen weer die het slagingspercentage bepalen. De absolute stijging van het aantal verzoeken is zowel het gevolg van een toenemende schuldenproblematiek als van een groei van het aantal NVVK-leden. Omdat het slagingspercentage een relatief getal is, wordt dat niet beïnvloed door de toegenomen vraag.

Over het gebruik van het wettelijke traject zijn wel exacte gegevens bekend. In de memorie van toelichting van de Wsnp werd de verwachting uitgesproken, dat er jaarlijks ongeveer 12.000 schuldenaren om een wettelijke schuldsanering zouden verzoeken. Dit aantal werd pas in 2004 bereikt. In 2005 deden 17.780 schuldenaren een beroep op de rechter.



Figuur 1: Ontwikkeling van het aantal verzoeken om hulp en het aantal schuldregelingen (1992-2005)

8 Janssen c.s. 1999 p. 25.



Figuur 2: Ontwikkeling van het aantal wettelijke schuldsaneringen 1999-2005

3 DE BELEIDSTHEORIE VAN DE WSNP⁹

Aan elke wet ligt een beleidstheorie ten grondslag. Dit is het geheel van argumenten en kennis op basis waarvan de wetgever verwacht dat een (instrumentele) wet tot de beoogde doelen leidt.¹⁰ Een beleidstheorie kunnen we omschrijven als ‘datgene dat de beleidsvoerder bedenkt en beredeneert om tot zijn beleid te komen’.¹¹ In een beleidstheorie kunnen drie soorten argumenten worden onderscheiden: normatieve, causale en finale. De *normatieve* argumenten vormen de ideologische basis van een wet. Het is de norm die de wetgever met een wet wil bereiken en daarmee vaak ook het doel. De causale en finale argumenten hebben betrekking op de wijze waarop de wetgever de beoogde norm (of het doel van een wet) wil bereiken. De *causale* argumenten zijn algemene veronderstellingen van de wetgever over de relatie tussen oorzaken en gevolgen op het beleids-terrein in kwestie. Doorgaans zijn het algemeen aanvaarde handelingstheorieën die ten grondslag liggen aan de instrumentkeuze van veel wetgeving, die in eenzelfde periode

⁹ Het navolgende is gebaseerd op Jungmann 2006, hoofdstuk 3.

¹⁰ Zie Nelen 2000.

¹¹ Van der Graaf & Hoppe 1992, p. 70.

wordt ontwikkeld. De *finale* argumenten betreffen de instrumentkeuze om de doelen van een wet te bereiken. In de finale argumenten komen de inhoud van de normatieve en causale argumenten samen. De drie onderscheiden argumenten hangen elk nauw samen met de tijdgeest.

Normatieve argumenten

Normatieve argumenten verwijzen naar de normen die de wetgever hanteert om een bestaande situatie als (on)wenselijk te beschouwen. De politieke of ideologische norm die aan de Wsnp ten grondslag ligt, is dat de wetgever het onwenselijk acht dat natuurlijke personen zich jarenlang in een problematische schuldsituatie bevinden, zonder perspectief op een schuldenvrije toekomst. De invoering van een wettelijke schuldsaneringsregeling maakte hier een einde aan. Eind jaren tachtig waren alle politieke partijen van mening dat eerlijke, maar ongelukkige debiteuren op enig moment schuldenvrij moesten worden. Op ideologische gronden hebben socialisten, liberalen en confessionelen elk hun eigen argumenten voor een wettelijke schuldsaneringsregeling.¹² Voor socialisten is een wettelijke schuldregeling een uiting van solidariteit met zwakke groepen. Het *fresh-start*-beginsel draagt ook bij aan waarden, die de liberalen belangrijk vinden zoals de eigen verantwoordelijkheid en de uitoefening van het ondernemerschap. Zolang mensen zich in een problematische schuldsituatie bevinden, hebben zij geen prikkels om actief deel te nemen aan het economisch leven. Voor de confessionele partijen zijn er ook bijbelse gronden om vóór een wettelijke schuldsaneringsregeling te zijn. In het *Onze Vader* worden wij opgeroepen onze schuldenaren te vergeven, en in de Bijbel suggereert Deuteronomium 15 om een streep door vorderingen op armen te halen. De optie van een wettelijke schuldsaneringsregeling was voor het kabinet in de jaren tachtig een mogelijkheid om sociaal beleid te voeren, zonder de belastingen te verhogen. De kosten van de *fresh start* worden immers gedragen door (veelal particuliere) crediteuren.

Causale argumenten

Causale argumenten zijn hypothesen over oorzaak-gevolgrelaties. Deze zijn ontleend aan een algemene handelingstheorie en beschrijven hoe de werkelijkheid volgens de wetgever in elkaar steekt. Aan de Wsnp ligt de rationaliteitstheorie ten grondslag. De kern hiervan is, dat individuen en organisaties rationeel handelen om hun doelen te bereiken. Kenmerkend voor rationeel handelen is, dat actoren consistent gedrag vertonen. Die consistentie is het gevolg van de besluitvormingsprocedure waarop hun gedrag is gebaseerd. Het

12 Zie Ackermann e.a. 1993.

idee is dat mensen en organisaties doorgaans besluiten nemen op basis van een globale kosten-batenanalyse. Een volkomen rationele afweging op basis van alle relevante gegevens is zelden mogelijk. Het veronderstelde rationele handelen kenmerkt zich door de afweging van de bekende kosten en baten van alternatieven. Men kiest het alternatief waarmee de doel(en) het beste bereikt worden tegen de laagste kosten. Bij de afweging spelen niet alleen financiële aspecten, maar ook immateriële zaken (zoals het vertrouwen in of de kwaliteit van de dienstverlening) een rol. Doordat individuen en organisaties voortdurend alternatieven afwegen, kan de uitkomst veranderen als er zich tussentijds wijzigingen voordoen in de kosten en/of baten of als zich alternatieven aanbieden. Een belangrijk aspect hierbij is dat actoren strategisch gedrag vertonen.

Veranderingen in bestaande of nieuwe wetgeving kunnen leiden tot gedragsverandering, omdat de afweging van alternatieven anders uitpakt. Hierdoor kunnen veranderingen in wetgeving ook leiden tot ander, door de wetgever beoogd, gedrag. De stok achter de deur moest de crediteur prikkelen om vaker mee te werken aan een minnelijke regeling.

Finale argumenten

De finale argumenten zijn de aannames waarom een specifiek instrument zal leiden tot het beoogde doel van een wet. De normatieve en causale instrumenten vormen het kader voor de te kiezen instrumenten. De Wsnp moet leiden tot eindigheid van schulden van natuurlijke personen (normatief argument). Dit wil de wetgever bereiken door instrumenten in te zetten die crediteuren stimuleren om vaker mee te werken aan minnelijke schuldregelingen (causaal argument). In de Wsnp is gekozen voor instrumenten die een prikkel vormen om het gedrag van crediteuren te beïnvloeden. In de memorie van toelichting¹³ noemt de minister de volgende prikkels:

In het wetsvoorstel zijn bepalingen opgenomen die voormelde, belangrijke dienstverlening ten behoeve van schuldenaren zouden kunnen vergemakkelijken en de kans op het bereiken van overeenstemming met schuldeisers of op het tot stand brengen van een minnelijk akkoord vergroten. Hierbij valt onder meer te wijzen op de regeling dat de rechter in de schuldsaneringsregeling een saneringsplan kan vaststellen zonder dat daartoe instemming van de schuldeisers nodig is. Voorts zijn de bevoorrechte schuldeisers ook aan een akkoord gebonden en zijn de voorwaarden voor het aannemen daarvan minder strak dan in het geval van faillissement en surséance van betaling. Tevens krijgt de rechter-commissaris de bevoegdheid een door de schuldeisers verworpen

13 Kamerstukken II 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 6-7.

akkoord vast te stellen. Ook het gevolg dat aan het einde van de toepassing van de schuldsaneringsregeling daaraan verbonden wordt, te weten dat de overblijvende vorderingen niet langer afdwingbaar zijn en daardoor vanaf dat moment als natuurlijke verbintenissen zijn aan te merken, alsmede de mogelijk wat langere termijn gedurende welke schuldeisers onder die regeling hun rechten niet mogen uitoefenen, kunnen als prikkels worden beschouwd voor schuldeisers om met een minnelijk akkoord of een andere buitengerechtelijke regeling in te stemmen. Voor wat betreft de schuldeisers van vorderingen waaraan een voorrecht is verbonden, kan tenslotte worden gewezen op de voorgestelde regeling dat, is de gerechtelijke schuldsaneringsregeling van toepassing verklaard, bij het doen van uitkeringen via een bepaalde verdeelsleutel ook op vorderingen van concurrente schuldeisers betaald moet worden, ook indien de bevoorrechte vorderingen nog niet allemaal volledig zijn voldaan. Deze en andere regelingen en het feit dat de schuldeisers bij een minnelijke regeling op een vroeger tijdstip zouden kunnen worden bevredigd, kunnen ertoe bijdragen dat de schuldeisers, zowel van bevoorrechte als van concurrente vorderingen, het niet op het van toepassing verklaren van de gerechtelijke schuldsaneringsregelingen willen laten aankomen. De voorgestelde wettelijke schuldsaneringsregeling kan in zoverre wellicht ook worden aangemerkt als een regeling die fungeert als een stok achter de deur.'

Behalve deze prikkels noemt de minister in een later stadium van de parlementaire behandeling er nog één: de inhouding van kosten op de boedel, zoals bijvoorbeeld het salaris van de bewindvoerder:

'Aangenomen mag worden dat schuldeisers vanwege het bestaan van de wettelijke schuldsaneringsregeling en de daarin opgenomen bepalingen eerder bereid zullen zijn mee te werken aan het tot stand komen van een minnelijke regeling. Aan een minnelijke regeling zitten voor schuldeisers voordelen boven de toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling. Zo zullen zij in het eerste geval doorgaans eerder betaling ontvangen dan wanneer de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing zou worden verklaard. Ik herinner er voorts aan dat in de schuldsaneringsregeling de boedelkosten, zoals het salaris van de bewindvoerder, eerst voldaan moeten worden voordat uitkeringen aan de schuldeisers kunnen worden gedaan. Het is dan ook goed mogelijk dat schuldeisers bij toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling uiteindelijk minder zullen ontvangen dan bij het tot stand komen van een minnelijke regeling.'

4 EMPIRISCHE TOETSING VAN DE BELEIDSTHEORIE

Uit dossieronderzoek dat Jungmann ten behoeve van haar dissertatie-onderzoek uitvoerde,¹⁴ bleek al snel dat de kracht van de financiële prikkel onvoldoende sterk was. Bij een wettelijke schuldsanering brengt de bewindvoerder een deel van zijn salaris en de publicatiekosten ten laste van de boedel.¹⁵ Ondanks deze financiële prikkel werkten crediteuren niet vaker mee aan minnelijke schuldregelingen. Jungmann vond de volgende twee ongerijmdheden:

- Hoe hoger de aflossingscapaciteit, des te kleiner het financiële verschil tussen een minnelijke en wettelijke schuldregeling.
- Hoe lager het percentage dat de vordering uitmaakt van de totale schuld, des te kleiner het financiële verschil tussen een minnelijke en wettelijke schuldregeling.

Uit onderzoek naar de werking van financiële prikkels, blijkt dat deze optimaal werken als degene wiens gedrag beïnvloed moet worden, weet wat de financiële consequentie van zijn gedrag is. Bij de beoordeling van een minnelijk schuldregelingsvoorstel weet een crediteur niet hoeveel een wettelijke schuldsanering gaat opleveren, omdat de omvang van het verschil afhangt van zowel de hoogte van de aflossingscapaciteit als het percentage dat zijn vordering uitmaakt van de totale schuld. Crediteuren kunnen op basis van de aflossingscapaciteit die voor het minnelijke schuldregelingsvoorstel is berekend, wél een globale inschatting maken, maar moeten dan in elk afzonderlijk dossier tijd steken. Dit brengt kosten met zich mee, die de financiële prikkel van de Wsnp beïnvloeden.

In de praktijk leveren minnelijke schuldregelingen doorgaans meer op dan de wettelijke. In absolute bedragen zijn de verschillen per crediteur echter te klein om crediteurengedrag te beïnvloeden. In 2000 had de helft van de schuldenaren een afloscapaciteit die lager was dan € 60 per maand.¹⁶ Bij een gemiddelde van 9 schuldeisers en een groeiende schuldenlast is de spoeling dan wel heel erg dun. Gezien de afgenomen bereidheid onder crediteuren, is dit verschil blijkbaar te klein. De omstandigheid dat zij bij de beoordeling van een minnelijk schuldregelingsvoorstel niet exact weten wat het financiële verschil zal zijn, beperkt de werking van deze prikkel nog verder.

14 Jungmann 2006, p. 64. e.v.

15 Vanaf 1 januari 2008 wordt het volledige salaris van de bewindvoerder ten laste van de boedel gebracht. Dit heeft als consequentie dat het financiële verschil tussen minnelijke en wettelijke regelingen aanmerkelijk groter wordt.

16 In opdracht van het ministerie van SZW voeren Jungmann e.a. in 2008 onderzoek uit naar de effectiviteit van de minnelijke schuldhulpverlening. Dit zal actuelere cijfers opleveren.

5 EVALUATIE

Het is eigenlijk onvoorstelbaar dat de financiële prikkel in de praktijk zo anders werkt dan werd aangenomen. Achteraf kunnen we daar wel een aantal verklaringen voor geven. Juristen – en justitie-ambtenaren vormen geen uitzondering – werken met veronderstellingen omtrent gedrag. Zij zijn niet gewend om deze empirisch te toetsen of kosten door te berekenen. In dit geval was het afnemende slagingspercentage eenvoudig vast te stellen geweest door naar de cijfers van de NVVK te kijken. In de parlementaire behandeling is de daling vóór 1998 geen enkele keer ter sprake gebracht! Het ministerie van Justitie concentreerde zich op het wettelijke traject. Het departement toonde weinig belangstelling voor het werk van de gemeentelijke schuldhulpinstellingen, die immers niet onder Justitie, maar onder Sociale Zaken vielen. Een typisch voorbeeld van Haagse bureau-politiek.¹⁷

Maar ook de NVVK heeft een inschattingsfout gemaakt. Ondanks haar kennis over het minnelijk traject heeft ze niet voorzien dat de Wsnp zo contraproductief zou werken. Het bestuur heeft in het publieke debat altijd het beeld geschetst dat het minnelijk traject prima op orde was, terwijl zij als *insider* wist dat de effectiviteit van het minnelijk traject afnam. Men had kennelijk niet de politieke moed om het dalende slagingspercentage in het publieke debat in te brengen.

6 DE CONTRA-INDICATIES VANUIT HET CREDITEURENPERSPECTIEF

Aan de beleidstheorie van de Wsnp ligt de aanname ten grondslag, dat crediteuren wettelijke schuldsaneringen onaantrekkelijker vinden dan de minnelijke variant. In de memorie van toelichting noemde de minister alleen expliciet de kenmerken van wettelijke schuldsaneringen, die deze voor crediteuren onaantrekkelijker maken. Zij ging voorbij aan contra-indicaties die wettelijke schuldsaneringen voor crediteuren hebben. Hiermee bedoelen we de kenmerken die wettelijke schuldsaneringen voor crediteuren aantrekkelijk maken. Voor crediteuren maken de volgende vier groepen van contra-indicaties het juist aantrekkelijk of zelfs noodzakelijk om op een wettelijke schuldsanering aan te sturen.

6.1 Informatie-asymmetrie

Op het moment dat de schuldenaar zegt dat hij zijn crediteuren niet meer kan betalen, ontstaat er een situatie die in de rechtseconomie bekend staat als informatie-asymme-

¹⁷ Zie Huls 1999.

trie.¹⁸ De redenen die de debiteur aanvoert voor wanbetaling, kunnen door de crediteur niet gecontroleerd worden, omdat vrijwel alle relevante informatie bij de debiteur berust. Betrouwbare derden kunnen een rol spelen bij opheffing of verkleining van deze asymmetrie. Het wettelijke traject verkleinde de informatie-asymmetrie vanwege de postblokkade, het huisbezoek en de publicatie in de krant.

6.2 Materiële voordelen

Wettelijke schuldsaneringen kunnen materieel ook voordelen opleveren voor crediteuren. Deze hangen nauw samen met de aflossingscapaciteit, het vermogen, de gevolgen van recidive of uitval tijdens een wettelijke schuldsanering.

Wettelijke schuldsaneringen kunnen meer opleveren als een schuldenaar een hoge aflossingscapaciteit heeft of bijvoorbeeld over vermogen beschikt. In het kader van een minnelijke schuldregeling vragen hulpverleners niet altijd naar vermogen, omdat zij een antwoord toch niet kunnen controleren. Bij een wettelijke schuldsanering verwachten crediteuren dat bezit en vermogen door de postblokkade aan het licht komen. Een wettelijke schuldsanering biedt ook materiële voordelen als schuldenaren recidiveren. Een crediteur die akkoord gaat met een minnelijke regeling, loopt dus het risico om later opnieuw gevraagd te worden mee te werken aan een tweede minnelijke regeling. Als hij dat weigert, kan hij vervolgens gedwongen worden mee te werken aan een wettelijke schuldsanering. Na afloop van een wettelijke schuldsanering ligt dit anders. Dan komt een schuldenaar gedurende tien jaar niet nogmaals voor een schone lei in aanmerking. Door niet mee te werken aan een minnelijke schuldregeling, weet de crediteur zeker dat hij niet twee keer kort na elkaar vorderingen moet afboeken als gevolg van een schuldregeling.

6.3 Immateriële voordelen

Naast (mogelijke) materiële voordelen hebben wettelijke schuldsaneringen ook immateriële voordelen, zoals het strengere toezicht. Het toezicht van de rechtbank wordt door crediteuren als een immaterieel voordeel beschouwd. Zij hebben meer vertrouwen in de rechterlijke macht dan in de schuldhulpverleners, die zij toch eerder zien als een belangenbehartiger van de debiteur dan als een onafhankelijke derde.

Er zijn crediteuren die medewerking aan een minnelijke regeling weigeren, om de schuldenaar te straffen. Voor schuldenaren is een wettelijke schuldsanering een zwaardere procedure dan een minnelijke regeling. Hun post wordt gecontroleerd waardoor de

¹⁸ Zie Posner 1992.

postbode (soms ook de buren) weet, dat op hen een wettelijke schuldsanering van toepassing is. Ook het toezicht van de bewindvoerder en de verplichting om hem voor bepaalde handelingen om toestemming te vragen worden door schuldenaren als meer belastend ervaren dan de uitvoering van minnelijke regelingen. Ook de publicatie van naam en toenaam in de *Staatscourant* wordt door schuldenaren wel als zeer onplezierig ervaren.

6.4 Wettelijke belemmeringen

Er zijn ook crediteuren die vanwege wettelijke invorderingsregels niet mogen meewerken aan minnelijke schuldregelingen. Organisaties als sociale diensten, het Landelijk instituut sociale verzekeringen (Lisv), het CJIB en de Sociale verzekeringsbank (SVB) zijn gehouden aan een wettelijk kader. De inhoud van dat kader kan een belemmering vormen om mee te werken aan een minnelijk schuldregelingsvoorstel.

7 DE CREDITEUR ALS ONTBREKENDE SCHAKEL IN DE BELEIDSTHEORIE

In het voorgaande is de beleidstheorie van de Wsnp gereconstrueerd en beoordeeld. De analyse laat zien dat de crediteurenautonomie is aangetast, doordat een aantal belangrijke juridische beginselen is opengebroken. Betalingsonmacht is een juridische grond geworden om niet te betalen. Crediteuren kunnen door de rechter gedwongen worden om mee te werken aan een wettelijke schuldsanering. Deze juridisch ingrijpende wijzigingen vormen echter voor crediteuren onvoldoende prikkel om vaker mee te werken aan minnelijke schuldregelingen.

De financiële verschillen tussen minnelijk en wettelijk traject zijn veel te klein gebleken. Daarnaast hebben wettelijke schuldsaneringen ook nog een aantal kenmerken die als contra-indicaties beschouwd kunnen worden voor het beoogde effect op het slagingspercentage van minnelijke schuldhulpverlenende organisaties. Onder andere de postblokkade, gevolgen van recidive of het vertrouwen in de uitvoerders van de twee typen schuldregelingen, stimuleren crediteuren in de richting van het wettelijk traject.

De wetgever heeft vanachter zijn juridische tekentafel onvoldoende kennisgenomen van de ontwikkelingen in het bestaande minnelijk traject. Maar het grootste gemis in de beleidstheorie van de Wsnp is, dat er te weinig is nagedacht over het crediteurenperspectief. De prikkels die de wetgever noemt in de memorie van toelichting liggen vooral op het juridische vlak, namelijk de aantasting van de crediteurenautonomie. Bij de voorbereidingen is wel veel aandacht besteed aan de bestaande Faillissementswet, maar nauwelijks aan de aansluiting tussen het minnelijk en wettelijk traject en de belangen van crediteuren. Deze werkwijze heeft geleid tot een wet, waarin het doorbreken van juridische beginselen centraal staat, maar waarin de maatschappelijke krachtsverhou-

dingen binnen het veld van de schuldhulpverlening ten onrechte buiten beschouwing bleven.

De inwerkingtreding van de Wsnp was voor crediteuren aanleiding hun positie te heroverwegen. Hieruit bleek dat wettelijke schuldsaneringen in veel opzichten een aantrekkelijk alternatief zijn. In de praktijk levert een wettelijke schuldsanering soms misschien in direct financiële zin iets minder op, maar daar staat een aantal belangrijke voordelen tegenover. ‘Nee’ zeggen tegen een minnelijke regeling is voor crediteuren goedkoper geworden. Zo werd het tegenovergestelde bereikt van hetgeen de wetgever voor ogen stond.

8 CONCLUSIES

8.1 Bedoelde en onbedoelde effecten

Een van de belangrijkste algemene lessen die uit de Wsnp-casus getrokken kan worden is, dat wetten zowel bedoelde als onbedoelde effecten hebben. Recht en regulering vormen niet alleen een normatief project waarin bepaalde waarden worden nagestreefd, maar bieden ook een *incentive structure* voor gedrag. Een nieuwe wet prikkelt en motiveert betrokkenen om hun gedrag aan te passen op een zodanige manier dat zij er zelf beter van worden, c.q. hun verliezen beperkt houden.

Het doel van de Wsnp is eindigheid van schulden voor particulieren die te goeder trouw zijn. De wet biedt een wettelijk verankerde schone lei voor ongelukkige consumenten die buiten hun schuld in financiële moeilijkheden zijn geraakt. Uit de jaarlijkse Monitor Wsnp blijkt dat dit expliciete rechtspolitieke doel is gerealiseerd: jaarlijks zijn er 6000 burgers die voortaan schuldenvrij door het leven gaan. In die zin is het doel van de wet bereikt. Voor hen heeft de Wsnp gewerkt: zij zijn *empowered* door de wet, de crediteuren moeten hun vordering afboeken en de deurwaarder hebben ze al drie jaar niet meer gehoord of gezien.

Het regime waaronder zij gedurende de saneringsperiode moeten leven, is strenger dan dat van de minnelijke schuldhulpverlening voordat de Wsnp in werking trad. Van een massale *run* door lichtzinnige consumenten op de rechtbanken is geen sprake geweest. De verliezen aan crediteurenzijde hebben evenmin aanleiding gegeven tot publiek debat. Tot zover is er alle reden tot tevredenheid over de Wsnp.

8.2 Strategisch gedrag

Het zonnige beeld vertroebelt enigszins, als we ook een aantal niet door de wetgever bedoelde effecten in ogenschouw nemen. In de eerste plaats was een volkomen onver-

wacht effect dat sommige gemeenten minder gingen investeren in het minnelijk traject. Zij schaften bijvoorbeeld noodfondsen af waar debiteuren voorheen een beroep op konden doen in crisissituaties. Vanuit het gemeentelijk perspectief is de Wsnp een goedkoop alternatief. Via een verwijzing naar de rechtbank, lost een andere instantie (de rechtbank) de schuldenproblematiek van de gemeentelijke inwoners op. Dit strategische gedrag van gemeenten was in strijd met de bedoeling van de Wsnp, en dus in strijd met de wil van de wetgever, maar het gemeentelijk beleid was beslist niet illegaal. Integendeel, het is een uiting van de grondwettelijke gewaarborgde gemeentelijke autonomie. De afgelopen jaren hebben de meeste gemeenten flink geïnvesteerd in schuldhelpverlening, maar de onderlinge verschillen zijn nog groot.

Minstens zo verrassend was het strategisch gedrag van *crediteuren*. Wie verwacht had dat banken en andere kredietverstrekkers terughoudender zouden worden met kredietverlening door de Wsnp, kwam bedrogen uit: de kredietverlening groeit uitbundiger dan ooit. Nee, de Wsnp bleek voor commerciële crediteuren een aantrekkelijk incasso-instrument, een te prefereren alternatief voor het minnelijk traject: meer openbaarheid, een grotere gelijkheid en bekostiging van de bewindvoering door de staat. Zij moesten wel een deel van hun juridische autonomie inleveren, maar daar stond een aantal duidelijke voordelen tegenover. De professionele financiële sector heeft belang bij een eerlijk incassosysteem dat op alle crediteuren gelijk van toepassing is (het collectieve actie-aspect) en de Wsnp heeft in dat opzicht crediteuren kennelijk meer te bieden dan het minnelijke traject.

Ook de *rechterlijke macht* stelde zich strategisch op. Een aantal enthousiaste R-C's omarmde de Wsnp aanvankelijk als een nieuwe sociale taak, waarmee rechtbanken zich konden profileren. De schone lei was een nieuw instrument om zwakke burgers rechtsbescherming te bieden. Bovendien was er veel geld beschikbaar voor de uitvoering.¹⁹ Deze voortvarendheid had echter als onbedoeld effect, dat het minnelijk traject al gauw door het wettelijk traject werd overschaduwd. Recofa wilde door haar voortvarende aanpak de Wsnp tot een succes maken, maar men realiseerde zich niet dat men hierdoor – onbedoeld – het minnelijk traject marginaliseerde. Pas in tweede instantie realiseerde de rechterlijke macht zich wat voor soort werk men zich op de hals had gehaald, veranderde Recofa van strategie en probeerde de klok terug te draaien.²⁰

Strategisch gedrag van belanghebbenden bemoeilijkt het werk van de centrale wetgever die ervan uitgaat dat iedereen de wet gehoorzaamt. Strategisch gedrag van actoren leidt tot allerlei onbedoelde effecten die vanuit het *topdown*-perspectief van Haagse regelgeving ongewenst zijn. Wanneer we echter vanuit het *bottomup*-perspectief van de burger, crediteuren en andere staatsmachten (gemeenten, rechters) naar de wet kijken, dan ver-

19 Zie Huls & Schellekens 2001.

20 Zie de brief van de minister van Justitie van 24 juni 2003, Kamerstukken II 2002/03, 28 558, nr. 6.

schijnt de Wsnp als een goede aanleiding om het eigen gedrag te heroverwegen en een ander gedrag te vertonen. In een samenleving waarin veel beslissingen aan marktpartijen worden overgelaten, is de overheid bepaald niet oppermachtig.

Dit alles zorgt voor een dynamisch patroon van bedoelde en onbedoelde effecten, waarmee rekening moet worden gehouden als invoering van een nieuwe wet wordt overwogen. Een degelijke analyse van het speelveld, alsmede van de belangen van betrokken actoren, kan ertoe bijdragen dat ook de onbedoelde effecten van een wet in beeld komen.

Goede bedoelingen zijn niet genoeg voor goede wetgeving. De wetgever doet er verstandig aan rekening te houden met de ‘wet van de onbedoelde gevolgen’.

8.3 Formele en informele instrumenten

De laatste tijd is er veel kritiek op de te ver doorgeschoten juridisering en wordt er naar allerlei informele alternatieven voor het recht gezocht, zoals *mediation*, ADR, convenanten, enzovoort. Het recht zou meer een reservefunctie moeten krijgen en moeten dienen als een *ultimum remedium*, als een stok achter de deur voor andere, niet juridische oplossingsmechanismen.²¹ We zagen dat ook de Wsnp gepresenteerd werd als een stok achter de deur voor het minnelijk traject.

Deze ervaringen met de Wsnp leren echter, dat de harde en formele karakteristieken van het recht ook voordelen hebben. Dit geldt in ieder geval voor actoren die in de positie zijn om een keuze te kunnen maken tussen de formele en de informele weg.

Voor gemeenten is het wettelijk traject vanwege de kostenaspecten een stuk aantrekkelijker dan de minnelijke hulpverlening. Het wettelijk traject vraagt slechts een ‘285-verklaring’ van de gemeenten en in tijden van bezuinigingen is dat politieke winst voor een wethouder die zijn begroting sluitend moet krijgen. Een puur juridisch antwoord op een sociaal probleem is – zeker op de korte termijn – voor de gemeente goedkoper dan het onderhouden van een stelsel van sociale schuldhulpverlening.

Maar de formele weg was ook voor crediteuren een stuk aantrekkelijker. Landelijk opererende financiële instellingen hadden meer vertrouwen in rechters en bewindvoerders, dan in de lokale schuldhulpverleners. De grotere openbaarheid van de procedure, de rechtsgelijkheid door de Recofa-richtlijnen, maar ook het vertrouwen dat lokale schuldeisers niet langer bevoordeeld werden, droegen daar toe bij, en natuurlijk ook de fiscale voordelen. Maar het belangrijkste voordeel voor crediteuren is, dat het wettelijk traject hen ontslaat van allerlei kostbare onderhandelingen met lokale hulpverleners. Het personeel dat hiervoor nodig was, kan men voortaan elders in de organisatie inzetten.

21 Zie voor deze benadering Adriaanse 2006.

De Wsnp heeft de stok achter de deur van het traject dat moest worden versterkt, juist verzwakt. De kenmerken die vanuit het softe perspectief van de hulpverlening onaantrekkelijk zijn aan het wettelijke traject, te weten formalistisch, kaal en juridisch, zijn vanuit het perspectief van gemeentelijk beleid en het incassobeleid van crediteuren, even zovele harde voordelen.

Rechtssociologen zijn vaak sceptisch over de effectiviteit van juridische interventies en benadrukken de kracht van bestaande gewoontes en handelingspraktijken in de samenleving.²² De Wsnp is echter een voorbeeld van een juridische maatregel die een bestaande wereld (het semi autonoom sociaal veld), die zijn eigen informele regels (de Gedragscode schuldregeling) opstelt en handhaaft, totaal heeft veranderd. De (aantrekkings)kracht van het recht is kennelijk groter dan velen denken.

Misschien moeten we in het algemeen wel kritisch staan tegenover wetgeving die gepresenteerd wordt als stok achter de deur van een bestaande informele praktijk: recht maakt soms meer kapot dan sociale normen goed kunnen maken.

8.4 De sociale constructie van problemen en de gebezigde terminologie

De Wsnp werd destijds door de voorstanders gezien als overwinning voor de consument. In plaats van de keiharde en uitzichtloze privaatrechtelijke levenslange aansprakelijkheid voor schulden, bood het recht nu een sociaal geïnspireerde schone lei. Aan het eenzijdige crediteurenrecht van de oude Fw was een einde gemaakt. De crediteuren hadden in juridisch opzicht een zware nederlaag geleden: aan hun invorderingsrechten werden vergaande beperkingen gesteld.

Wat de optimisten over het hoofd zagen, was dat crediteuren niet individueel, maar collectief denken. Onbetaalde rekeningen zijn voor de ondernemer *the costs of doing business*. Hij weet dat hij elk jaar een bepaald percentage vorderingen moet afschrijven. In de prijsstelling van zijn producten houdt hij daar rekening mee en verlieskosten mag hij voor de belasting aftrekken. Zolang het incassosysteem eerlijk is en zijn bedrijfsvoering niet in gevaar komt, heeft hij geen problemen met een beperkt verlies. Onbetaalde rekeningen zijn voor professionele crediteuren geen hulpverleningsprobleem, maar een goeddeels voorzien- en beheersbaar kostenprobleem, dat onderdeel uitmaakt van de totale bedrijfsvoering.

Maar ook in een ander opzicht denken ondernemers collectief. Zij weten dat een overbelaste schuldenaar doorgaans meer crediteuren heeft. De ondernemer moet het verlies

22 Griffiths & Weyers 2006.

van een insolvente debiteur delen met verschillende andere crediteuren. Dat is voor de ondernemer een boekhoudkundige realiteit, en geen moreel of juridisch probleem.

Voor de hulpverlening werd het perspectief van crediteuren pas echt relevant toen de Wsnp een alternatief bood. Tot die tijd was die hulpverlening monopolist die debiteuren als zijn klanten zag. Toen de crediteuren echter met hun voeten stemden en voor het wettelijke traject kozen, werd duidelijk dat zij juist de klanten van de hulpverleners waren! Het economisch perspectief dat na de invoering van de Wsnp ging domineren, verzwakte positie van de hulpverleners. De rechtbanken waren een concurrent geworden en de klanten – de crediteuren – lieten hen in de steek.

Wat dit alles betekent voor de positie van debiteuren in financiële moeilijkheden – om wie het allemaal begonnen was – is niet helemaal duidelijk. In juridisch opzicht staan zij zeker sterker en de 6000 debiteuren die jaarlijks via de rechtbank een schone lei verkrijgen, hebben dit onmiskenbaar te danken aan de Wsnp. Maar de verhoudingen in de wereld van de schuldhulpverlening zijn een stuk zakelijker geworden. De sociale aspecten verdwenen naar de achtergrond. Ook dit is een onbedoeld effect van de Wsnp.

8.5 Een nieuw rechtspoliteik klimaat

Nadat de departementen van Justitie, Sociale Zaken en Financiën jarenlang langs elkaar heen werkten, lijkt er onder het vierde kabinet Balkenende eindelijk sprake te zijn van een gezamenlijke aanpak om het wettelijk en minnelijk traject beter op elkaar af te stemmen. Er worden extra middelen vrijgemaakt voor minnelijke schuldhulpverlening.²³ Op 19 oktober 2007 zonden staatssecretaris van Sociale zaken Aboutaleb en minister van Financiën Bos een brief naar de Kamer met een groot aantal maatregelen ter preventie en bestrijding van stille armoede en sociale uitbuiting.²⁴ Daarin brengen zij ook de Wsnp ter sprake:

‘Het wettelijke stelsel van schuldsanering in de Wsnp maakt op dit moment bijna negen jaar deel uit van onze rechtsorde. Het biedt perspectief op een schuldenvrije toekomst aan personen die zich in een uitzichtloze (minnelijk niet oplosbare) schuldensituatie bevinden. Uit de Monitor schuldsanering blijkt dat dit perspectief – in de vorm van een schone lei eindvonnis – aan ruim 70 % van de aanvragers geboden worden. Ook bleek uit deze monitor

23 Tweede Kamerlid Noorman-den Uyl diende in december 2006 een motie in om structureel € 25 miljoen extra vrij te maken voor de uitvoering van minnelijke schuldhulpverlening. (Kamerstukken II 2005/06 30 300 XV, nr. 39). In de jaren 2007-2009 geeft staatssecretaris Aboutaleb gemeenten nog eens € 65 miljoen extra voor de uitvoering (zie de brief van 19 oktober, genoemd in volgende noot).

24 Kamerstukken II 2007/08, 24 515, nr. 119.

dat voor een groot deel van de schuldenaren de schone lei een duurzaam einde betekent van een moeilijke periode met hoge schulden. De Wsnp kan daarvoor als succesvol worden bestempeld.

Ook de aanpassingen in de Wsnp zullen naar verwachting bijdragen aan een versterking van het minnelijk traject. Een van de nieuwe instrumenten die de Wsnp biedt is de mogelijkheid van een moratorium als zich een noodsituatie voordoet, bijvoorbeeld bij een dreigende uitzetting. De schuldhulpverlener heeft vervolgens (maximaal zes maanden) de gelegenheid om een minnelijke regeling te bereiken, zonder dat de schuldeiser incasso-maatregelen neemt.

Een tweede impuls voor het minnelijk traject verwachten we van de gedwongen schuldregeling oftewel het dwangakkoord. Een onredelijke weigering van de schuldeiser om mee te werken aan een minnelijke regeling kan hiermee worden voorgelegd aan de schuldsaneringsrechter. De rechter kan de weigerende schuldeiser veroordelen om mee te werken aan een minnelijke regeling. Deze gewijzigde regels van de schuldsaneringsregeling treden per 1 januari 2008 in werking.'

De politiek wil van de Wsnp graag een succesverhaal maken. Wij zijn benieuwd of dit enthousiasme overslaat op de schuldhulpverleners en – vooral – op de crediteuren.

LITERATUUR

Adriaanse 2006

J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands* (diss. Leiden), Kluwer 2006.

Ackermann, Huls & van der Weel 1993

H. Ackermann, N. Huls & P. van der Weel, *Naar een offensieve aanpak van de schuldenproblematiek*, in *Socialisme en Democratie*, 1993, p. 391 e.v.

Von Bergh 2006

M. von Bergh e.a., *Monitor WSNP. Tweede meting*, IVA, Tilburg november 2006.

Van der Graaf & Hoppe 1992

A. van der Graaf & R. Hoppe, *Beleid en politiek. Een inleiding tot de beleidswetenschap en beleidskunde*, Coutinho, Muiderberg (1992).

Griffiths & Weyers 2006

J. Griffiths & H. Weyers (red.), 2006, *De sociale werking van recht. Kennismaking met de rechts-sociologie en rechtsantropologie*, Ars Aequi Libri, vierde druk.

BEDOELDE EN ONBEDOELDE EFFECTEN VAN DE WSNP

Huls 1999

N.J.H. Huls, *Make my day. Een rechtssociologische herwaardering van faillissementswaarden*, (oratie Leiden), Kluwer 1999.

Huls & Schellekens 2001

N. Huls & V. Schellekens, *Je ziet de gaten in hun handen... De eerste ervaringen van de rechtbanken en de gerechtshoven met de Wsnp*, Lemma 2001.

Janssen, Kersten & Vermeulen 1999

J. Janssen, A. Kersten & H. Vermeulen, *Problematische schulden; zicht op het onzichtbare*, Den Haag, Ministerie van Sociale Zaken, 1999.

Jungmann 2006

N. Jungmann, *De Wsnp: Bedoelde en onbedoelde effecten* (diss. Leiden), 2006.

Martens & Schruer 2002

F.L. Martens & H.D.L.M. Schruer, *Schuld of geen schuld. Over schuldhulpverlening, inclusief de Wsnp*. Elsevier 2002.

Nelen 2000

J.M. Nelen, *Gelet op de wet. De evaluatie van strafwetgeving onder de loep*, (diss. VU), 2000.

Noordam 2007

A.J. Noordam, *Schuldsanering en goede trouw*, (diss. VU), 2007.

Posner 1992

R.A. Posner, *Economic analysis of law*, fourth edition, Boston 1992.

Segaar 1982

J.W. Segaar, *50 jaren gemeentelijke volkskrediet*, Almere 1982.

Wessels 1999

B. Wessels, *Insolventierecht. Deel IX, Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 1999.

HOOFDSTUK 20

ONBEDOELD EFFECT NIEUWE INSOLVENTIEWETGEVING: MEER IN PLAATS VAN MINDER FAILLISSEMENTEN¹

J.A.A. Adriaanse en J.G. Kuijl²

SAMENVATTING

In deze bijdrage wordt betoogd dat insolventiewetgeving amper geschikt is om ondernemingen in financiële moeilijkheden te redden. Sterker, presumptie van de schrijvers is dat het debiteurvriendelijker maken ervan – met als doelstelling het vergroten van de kans op overleving – eerder tot meer dan minder faillissementen zal leiden. Dit effect is het gevolg van te verwachten terugtrekkende bewegingen van banken en andere crediteuren. Doordat zij in een dergelijke nieuwe constellatie (nog) minder controle over de situatie hebben zien zij hun risico's (nog meer) stijgen. Consequentie is dat door hen op een eerder tijdstip wordt gestopt met financieren en leveren om daarmee mogelijke (grotere en) oncontroleerbare debiteurenverliezen te voorkomen. Gepleit wordt dan ook voor een meer buitengerechtere vorm van (her)onderhandeling tussen debiteuren en crediteuren in situaties van dreigende insolventie, evenals voor een meer gestructureerde aanpak van financiële problemen door bestuurders van ondernemingen (aan de hand van principes van turnaround management). De begrippen samenwerking, hernieuwd cashgenererend

- 1 Enkele delen van deze bijdrage zijn afzonderlijk en in een andere context gepubliceerd onder de naam Adriaanse, Kuijl, Moleveld 2007; Adriaanse 2007; Adriaanse 2006; Adriaanse & Lispet 2007.
- 2 Jan Adriaanse en Hans Kuijl zijn verbonden aan het Centrum voor Bedrijfswetenschappen, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Zij doen onderzoek naar en verzorgen onderwijs op het raakvlak van recht en bedrijfswetenschappen, meer in het bijzonder ten aanzien van herstructureringsprojecten van bedrijven in financiële moeilijkheden.

vermogen, evenals vertrouwen zullen daarbij altijd centraal moeten staan. Ondernemingen in financiële moeilijkheden kunnen alleen duurzaam worden gered wanneer zo veel mogelijk buiten wetgeving om naar passende oplossingen wordt gezocht, dit alles in samenspraak met relevante betrokken schuldeisers.

1 INLEIDING

Op 1 november 2007 werd door de Commissie Insolventierecht (hierna: de Commissie) een voorstel³ naar de minister van Justitie gestuurd inhoudende een voorontwerp ten aanzien van de inrichting van een ‘Insolventiewet’ ter modernisering van de bestaande ruim honderdjarige Faillissementswet. Belangrijk uitgangspunt hierin is versterking van het zogenoemde ‘reorganiserend vermogen’ van de Nederlandse insolventiewetgeving. Deze gedachte sluit aan bij een tendens die zowel nationaal als internationaal is waar te nemen, namelijk dat elk land idealiter zou dienen te beschikken over effectieve wet- en regelgeving gericht op ‘rehabilitatie van de schuldenaar’. Insolventiewetgevingen dienen derhalve instrumenten te bevatten om levensvatbare (delen van) ondernemingen te laten voortbestaan. Met haar voorontwerp tracht de Commissie, in vergelijking met de huidige Faillissementswet, hiertoe meer mogelijkheden te bieden. Een idee in dit kader is bijvoorbeeld om één uniforme insolventieprocedure in te voeren waarbij de bevoegdheid tot beheer en beschikking in beginsel exclusief aan een bewindvoerder toekomt, die zo snel mogelijk gaat onderzoeken of continuïteit van de betreffende onderneming mogelijk is, evenals de instelling van een afkoelingsperiode ‘van rechtswege’ en de verregaande mogelijkheid tot verkoop, gebruik en verbruik van goederen, inclusief die waaraan pand- en hypotheekrechten kleven. Daarbij is het de taak van de bewindvoerder om tot een akkoord met de schuldeisers te komen en de schulden (gedeeltelijk) te saneren. Op deze wijze wordt getracht te bewerkstelligen dat minder *levensvatbare* ondernemingen dan thans naar verluidt het geval is aan faillissement (in de nieuwe terminologie: *liquidatie*) ten prooi vallen. Door de bescherming van de schuldenaar op te voeren en daarmee op hetzelfde moment de crediteuren in hun handelingsvrijheid te beperken, is het beoogde effect dat de overlevingskans toeneemt. Een ongecontroleerde situatie wordt voorkomen en de onderneming – indien levensvatbaar – zal daardoor makkelijker in stand kunnen worden gehouden (althans dat is de gedachte).

De plannen van de Commissie lijken geheel in lijn te liggen met de gedachten van de wetgever, haar opdrachtgever. Zij wil namelijk ook dat de regeling van surseance van

3 Zie Voorontwerp Insolventiewet d.d. 1 november 2007, evenals de er aan voorafgaande brieven van S.C.J.J. Kortmann (voorzitter) d.d. 29 juni 2006, 13 juli 2005 en 8 september 2003. Te vinden op www.justitie.nl.

betaling zodanig in elkaar steekt dat deze (weer) een duidelijk reorganiserend vermogen in zich herbergt. Bedrijven in moeilijkheden zouden daadwerkelijk bescherming moeten kunnen vinden tegen schuldeisers om op hetzelfde moment orde op zaken te kunnen stellen en te werken aan een surseance-akkoord om daarmee ‘met een schone(re) lei’ en een gesaneerde balans weer levensvatbaar te worden. Kern van deze uitgangspunten is dat de wetgever de schuldenaar betere mogelijkheden wil bieden om crediteuren een *dwangakkoord* op te leggen tijdens surseance van betaling. Dit is ook (impliciet) op te maken uit het feit dat de wetgever in 2005 het stemcriterium voor aanvaarding en dwang aan weigerachtige crediteuren fors heeft versoepeld naar slechts een gewone meerderheid. Hiervoor betrof het een gekwalificeerde meerderheid van crediteuren, te weten 2/3 van het totaal aan concurrente crediteuren die gezamenlijk ¾ van de vorderingen representeren.⁴ Kortom, als de helft van de crediteuren instemt met een aangeboden akkoord dan wordt het eveneens verbindend voor de weigerende andere helft. Met het daarbij tevens verlengen van de termijn van de afkoelingsperiode, heeft zij ook (wederom impliciet) aangegeven dat het gedrag van crediteuren (leveranciers en banken) in situaties van financiële moeilijkheden een belangrijke faalfactor vormt. Door maatregelen af te kondigen die deze groep van belanghebbenden tijdelijk of geheel vleugellam maakt (ten aanzien van incassomaatregelen), verwacht zij dat reddingsoperaties een grotere kans van slagen hebben en dat de doelstelling van de surseance van betaling – behoud van de boedel en voortzetting van de onderneming binnen dezelfde juridische entiteit⁵ – in elk geval gedeeltelijk weer wordt bereikt (in afwachting van een mogelijk geheel herziene insolventiewetgeving).

Als gezegd, ook de Commissie lijkt de voornoemde weg te bewandelen door in haar voorontwerp aan te geven dat een aan te stellen bewindvoerder in de toekomst meer macht zal moeten krijgen om een reorganisatie door te voeren – zij bedoelt hier feitelijk een al dan niet gedeeltelijke kwijtschelding van schulden mee – waarbij met name ook de fiscus en de banken (als separatisten) beduidend minder verhaalsmogelijkheden worden toebedeeld.⁶ Zij heeft hierover onder andere het volgende geschreven:

‘... In het voorontwerp krijgt de bewindvoerder, indien de onderneming wordt voortgezet, in beginsel een zelfstandige bevoegdheid om deze goederen te gelde te maken...’.

4 Zie Wet van 24 november 2004 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement.

5 Zie Wessels 2000, p. 2 e.v.

6 Zie brief Kortmann d.d. 29 juni 2006 en het Voorontwerp Insolventiewet d.d. 1 november 2007.

De bewindvoerder kan in dit voorstel derhalve verpande en verhypothekerde goederen verkopen en hoeft daarvoor geen toestemming te hebben van de pand- respectievelijk hypotheekhouders. Gezien de portee van de hiervoor beschreven recente wetwijziging is het niet ondenkbeeldig dat de wetgever het voorontwerp van deze commissie hieromtrent gaat overnemen.

2 COMMUNICERENDE VATEN

Het is in het voornoemde verband interessant de vraag te stellen wat eigenlijk onder een levensvatbare onderneming moet worden verstaan. Dat lijkt immers een belangrijk criterium te worden voor de beslissing wel of niet een procedure in gang te zetten om tot rehabilitatie van de schuldenaar te komen, al dan niet door sanering c.q. kwijtschelding van (een deel van) de bestaande schulden, of anderszins. Deze vraag past daarnaast in een bredere (algemene) gedachtegang omtrent reorganisaties van bedrijven in financiële moeilijkheden, bijvoorbeeld ten aanzien van de wenselijkheid van versoepeling van dwangakkoorden (ten gunste van de schuldenaar) of überhaupt de mogelijkheid tot het verkrijgen van wettelijke bescherming tegen schuldeisers. Faillissementswetgeving – in het bijzonder ten aanzien van reorganisaties – dient in onze ogen slechts gericht te zijn op bescherming van de debiteur indien de markt zelf onvoldoende in staat is een efficiënte(re) oplossing te vinden.⁷ Is dat echter in dit kader te bepalen? En kan beoogd debiteurvriendelijkere wetgeving ook het tegenovergestelde effect veroorzaken? Anders gezegd, wanneer bescherming van debiteuren toeneemt, ontstaat dan op hetzelfde moment niet een tegenkracht c.q. gedragsverandering bij betrokken crediteuren? Worden de ‘communicerende vaten’ niet dusdanig verstoord dat de ‘verbeterde’ reorganisatiewetgeving uiteindelijk ongunstiger voor de onderneming in financiële moeilijkheden uitpakt? Deze vraag staat hierna centraal. Onze presumptie luidt hierbij dat bankiers en andere crediteuren in een eerder stadium zullen stoppen met financieren en leveren, om daarmee te voorkomen dat ondernemers ‘in insolventiewetgeving vluchten’ waardoor grote(re) en oncontroleerbare debiteurenverliezen ontstaan. Vroegtijdiger en meer faillissementen zullen het onbedoelde maar onvermijdelijke gevolg zijn.

Onderstaand wordt allereerst kort beschreven welke methodologie ten grondslag heeft gelegen aan dit hoofdstuk (par. 3). Vervolgens wordt het begrip onderneming verder uitgewerkt (par. 4). Dan wordt ingegaan op de vraag wat levensvatbaarheid van bedrijven eigenlijk inhoudt (par. 5). Vervolgens staat het proces van waardeherstel centraal (par. 6). In paragraaf 7 wordt ingegaan op de begrippen samenwerking en vertrouwen en in para-

⁷ Zie over de discussie waarom faillissementswetgeving überhaupt bestaat onder anderen Korobkin, 1991, p. 717-789.

graaf 8 wordt op basis van het vorenstaande de vraag beantwoord of inderdaad meer in plaats van minder faillissementen zijn te verwachten bij gewijzigde insolventiewetgeving ten gunste van de debiteur in financiële moeilijkheden. Paragraaf 9 bevat ter afsluiting enkele concluderende opmerkingen.

3 METHODOLOGIE

Deze bijdrage is gebaseerd op een onderzoek dat in het kader van de discussie betreffende de herziening van de Faillissementswet en mede in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Justitie is uitgevoerd door de Universiteit Leiden. Het project met als titel 'Buitengerechtelijk traject faillissementsrecht' had als doel in kaart te brengen welke maatregelen in de praktijk worden genomen om te voorkomen dat ondernemingen/ondernemers in surseance van betaling, WSNP of faillissement terechtkomen, evenals te bezien welke knelpunten worden ervaren. Hiertoe is onderzoek gedaan bij de op dat moment vier grootste Nederlandse banken (*ABN-AMRO*, *Rabobank*, *Fortis* en *ING bank*), evenals bij enkele adviesbureaus (*KPMG*, *Resources Global Professionals* en *Zuidweg & Partners*). De grootte van de onderneming was niet relevant; een doorsnee van het Nederlandse bedrijfsleven is dan ook onderzocht. In totaal zijn 35 reddingspogingen door middel van casestudyonderzoek bestudeerd, hebben 23 interviews plaatsgevonden en zijn 465 enquêtes afgenomen (bij curatoren/bewindvoerders, accountants, credit managers en bedrijfsadviseurs).⁸ De resultaten zijn – mede ten behoeve van deze bijdrage – getoetst aan enkele standaardwerken in de *turnaround* literatuur zoals (niet-limitatief): Argenti (1976), Bibeaault (1982), Slatter & Lovett (1999), Sopers (1992), evenals het werk van Kilpi (1998) Baird & Rasmussen (2002/2003) en Ooghe & Waeyaert (2003).⁹

4 HET BEGRIIP ONDERNEMING

Het begrip onderneming kan als volgt worden gedefinieerd: (een onderneming is) een organisatie die voor haar voortbestaan afhankelijk is van de vraag of zij in staat is voldoende te ontvangen voor haar *outputs* (producten/diensten) om daarmee de leveranciers van de *inputs* (werknemers, handelsleveranciers, leveranciers van eigen en vreemd vermogen) te kunnen betalen.¹⁰ Uit deze definitie komt naar voren dat liquiditeit en

8 Zie voor een uitgebreide verantwoording van de onderzoeksopzet, evenals de resultaten Adriaanse e.a. 2004 op www.wodc.nl, evenals Adriaanse 2005.

9 Zie achtereenvolgens Argenti 1976, Bibeaault, 1982, Slatter, Lovett 1999, Sopers 1992, Kilpi 1998, Baird & Rasmussen 2002-2003 en Ooghe & Waeyaert 2003.

10 Ontleend aan Douma e.a. 2002, p. 8-11. Zie in algemene zin over ondernemingen en ondernemerschap ook Copeland, Koller, Murrin 2003, p. 49-56 en Sahlman e.a. 1999.

waardecreatie tot de belangrijkste aandachtsgebieden van bedrijven behoren. Artikel 213 van de Faillissementswet (Fw) bevestigt dit gegeven impliciet. Immers, daarin is te lezen dat de schuldenaar die voorziet dat hij met betalen van zijn opeisbare schulden *niet* zal kunnen voortgaan, uitstel (surseance) van betaling kan aanvragen. Artikel 1 Fw sluit hierop aan, daarin is namelijk te lezen dat de schuldenaar die ‘in den toestand verkeert dat hij heeft opgehouden met betalen’ bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement wordt verklaard. Een (vrijwel) failliete onderneming heeft dan ook een liquiditeitsprobleem¹¹ dat (uiteindelijk) is voortgevloeid uit haar onvermogen om voldoende waarde te creëren. Waardecreatie kan in deze context worden omschreven als het vermogen van de onderneming om met haar activiteiten positieve kasstromen te genereren en daarmee aan haar verplichtingen te voldoen. Vis stelt dat het begrip toegevoegde waarde alle additionele geldstromen bevat (zowel inkomende als uitgaande) die door uitvoering van de gekozen activiteit(en) zijn te verwachten, en verder dat ondernemingen slechts kunnen overleven als – conform het menselijke gedrag – gestreefd wordt naar een betere positie (*nut*) en daarmee voor alle deelnemers aan de onderneming waarde wordt toegevoegd. Wanneer de deelnemers het nut van samenwerking niet meer inzien, dan wordt deze verbroken.¹²

In een hoofdstuk genaamd *What is Corporate Law?*¹³ beschrijven Hansmann en Kraakman – gebaseerd op Jensen en Meckling’s *Theory of the Firm* – de onderneming als een economische entiteit die fungeert als een ‘nexus van contracten’ voor leveranciers van *inputs* en de afnemers van de *outputs*. Het is in die opvatting een op zichzelf staande contracterende partij die als een coördinator dient voor leveranciers – waaronder de aandeelhouders/eigenaren en (huis)banken – en afnemers. Het ondernemingsrecht fungeert in deze constellatie als een middel om deze transacties mogelijk te maken. Bijvoorbeeld door de mogelijkheid van ‘*separate patrimony*’ te creëren waardoor vermogensbestanddelen (activa) van het eigendom van de leveranciers kunnen worden afgescheiden, verzameld, en vervolgens kunnen worden gebruikt om producten en diensten te produceren of om deze verzamelde activa (meteen) te verkopen. Ook geeft het twee belangrijke regels ten aanzien van de verhouding tussen leveranciers van eigen vermogen (aandeelhouders) en de leveranciers van vreemd vermogen (crediteuren). Namelijk, de zogenoemde ‘*priority rule*’ en de ‘*rule of liquidation protection*’. Beide principes zijn gericht op bescherming van de rechten van deelnemers aan de onderneming door de claims van crediteuren van een vennootschap automatisch boven die van persoonlijke crediteuren van de eigenaren te plaatsen, respectievelijk te bepalen dat aandeelhouders/eigenaren (en hun crediteuren) niet zomaar hun (eigendoms)rechten op de activa kunnen opeisen (waardoor belangrijke

11 Zie ook Van Eeghen 2006, p. 18 e.v.

12 Vrij weergegeven naar Vis 2006, p. 16. Zie ook Corbey, Van Hulst 2005, p. 44-49.

13 Zie Kraakman e.a. 2004, p. 6-8 en Jensen, Meckling, 1976, p. 305-360.

going concern waarde verloren zou kunnen gaan). Mede op deze manier kan de hiervoor vereiste waardecreatie worden gerealiseerd en ontstaat economische vooruitgang. Iedere leverancier/deelnemer wordt daarbij primair gedreven door eigenbelang, zijnde zo hoog mogelijk nut. Het is dan ook vervolgens aan de bestuurders van deze coördinerende entiteit (overigens zelf ook deelnemers) om dit nut voor betrokken externe partijen te allen tijde te maximaliseren.

Wanneer specifieker naar faillissementswetgeving wordt gekeken dan kan de kern ervan worden samengevat als 'een gezamenlijk pressiemiddel van crediteuren om een onderneming tot betaling te dwingen'.¹⁴ Wanneer betrokken partijen het vertrouwen in de onderneming en haar leiding verliezen – feitelijk dus in de levensvatbaarheid – zullen ze aandringen op (versnelde) betaling van openstaande rekeningen en/of aflossingen van geleende bedragen, evenals een definitief 'afscheid' ten aanzien van toekomstige leveringen. Ze zijn daarbij primair gericht op het veiligstellen van hun bestaande voorrechten en daarmee derhalve op het verkleinen van het risico van non-betaling (kortom, beperking van afschrijvingsverliezen op debiteuren). Om te voorkomen dat als gevolg van de hiervoor genoemde claims vervolgens een individuele en inefficiënte run op de activa ontstaat (ook wel *race to collect* genoemd) waardoor mogelijk juist *going concern* waarde verloren gaat, bestaat het fenomeen van de collectieve faillissementsprocedure en juridische reorganisatie-instrumenten als bijvoorbeeld surseance van betaling.¹⁵ Daarnaast heeft faillissementswetgeving ook een andere functie, namelijk om verschaffers van vreemd vermogen van beschikkingsmacht over de activa te voorzien, en daarmee de (economische) eigendom en leiding van de onderneming over te dragen. Dit past in bovenstaand geschetst beeld van opzegging van samenwerking wanneer onvoldoende toekomstig nut wordt gepercipieerd. De juridische entiteit waarin het plaatsvindt, wordt geforceerd opgeheven en de opbrengsten van de activa verdeeld onder de claimhouders. De distributie van de opbrengsten van verkoop van de activa is daarbij feitelijk maatgevend voor de onderlinge verhoudingen. Degenen die als eerste 'aan de beurt zijn' – vaak pand- en hypotheekhouders – hebben de meeste beschikkingsmacht, de verschaffers van eigen vermogen staan achteraan; zij verliezen volledige controle en moeten afwachten of zij nog een deel van de liquidatieopbrengst ontvangen.¹⁶ Het management/de ondernemer zal daarnaast ook volledig buitenspel staan (hoewel in surseance van betaling misschien nog sprake kan zijn van enige invloed, zal de bewindvoerder echter wettelijk en feitelijk *in control* zijn).

14 Ontleend aan Boot & Ligterink 2000, p. 3. Zie in dezelfde zin ook Baird en Jackson 1996, p. 29-38 respectievelijk p. 39-57.

15 Zie hierover onder meer Couwenberg 1997, p. 66 e.v., Couwenberg 2003, p. 1-19, Bhandari/Weiss 1996, p. 25 e.v., J. Armour, 'The law and economics of corporate insolvency: a review', in: Vriesendorp, McCahery & Verstijlen 2001, p. 113 e.v.

16 Zie in die zin ook Haugen & Senbet 1978, p. 383-393.

In het licht van het voorgaande kan worden gesteld dat wanneer de bedrijfsleiding en/of de aandeelhouders/eigenaren – in het Midden- en Kleinbedrijf veelal grotendeels verenigd in een of meerdere personen – hun beschikkingsmacht en daarmee de onderneming in stand willen houden, zij zullen moeten voorkomen dat crediteuren deze macht verwerven. In situaties van financiële moeilijkheden betekent dit dat zij alle zeilen zullen moeten bijzetten om deze groep ‘deelnemers aan de onderneming’ ervan te overtuigen dat liquidatie – feitelijk beschikkingsmachtsoverdracht – minder aantrekkelijk is dan instandhouding van de *status quo*.¹⁷ Dit kan evenwel alleen maar wanneer er enig bewijs is van deze ‘aantrekkelijkheid’ c.q. dit nut. Omdat de toekomst echter ongewis is, en derhalve niet bij voorbaat kan worden vastgesteld dat de toekomstige kasstromen voldoende zullen zijn om (weer) aan de verplichtingen te kunnen voldoen, zullen dan ook acties moeten worden ondernomen om in deze subjectieve realiteit enige objectiviteit aan te brengen en daarmee de verwachting van levensvatbaarheid te voeden. Van Eeghen verwoordt een en ander als volgt: ‘Het management zal (...) in staat moeten zijn om degenen die het eventuele tekort moeten financieren, te overtuigen van de te bereiken rentabiliteit’.¹⁸

5 LEVENSVATBAARHEID OF DE PERCEPTIE ERVAN?

Er bestaat geen objectief criterium voor de levensvatbaarheid van een onderneming in financiële moeilijkheden, hiervoor is de praktijk te weerbarstig. In het verleden is echter veelvuldig getracht om via insolventievoorspellingsmodellen tot een inschatting te komen van de vraag of een onderneming wel of niet op faillissement afstevent (in die zin impliciet de vraag beantwoordend of zij wel of niet levensvatbaar is). Probleem is echter dat in deze modellen zuiver met financiële parameters wordt gerekend, en vaak ook nog alleen op basis van cijfers uit het verleden. Daarmee worden de (positieve) gevolgen van te nemen reorganisatiemaatregelen – bijvoorbeeld ten aanzien van strategische herorientatie, rationalisatie van het productassortiment en/of het aantrekken van adviseurs – ontkend en neemt de voorspellende waarde in belangrijke mate af.¹⁹ Eerder is door ons – op basis van het genoemde WODC-onderzoek – beschreven wat succesfactoren van informele reorganisaties (ook wel *turnarounds* genoemd) zijn. Deze betroffen:

- 1 adequate reorganisatie van de (operationele) bedrijfsactiviteiten door het management (bij voorkeur met hulp van derden);

17 Zie ook Bibeault 1982, p. 118-119.

18 Van Eeghen 2006, p. 61.

19 Zie voor een uitgebreid overzicht van deze modellen, Vos 2003, p. 207-229. Overigens worden deze modellen in de huidige (commerciële) praktijk veelvuldig gebruikt en kunnen ze – naast andere analyses – zeker van enig nut zijn als signaleringsinstrument (‘early warning’).

- 2 het betrekken van belangrijke belanghebbenden (lees: financiers) in het reorganisatieproces;
- 3 transparantie (ten opzichte van belangrijke belanghebbenden) ten aanzien van de financiële situatie en de voorgenomen reorganisatie; en
- 4 inbreng van risicodragend kapitaal (al dan niet in de vorm van een overname door een andere partij).²⁰

De perceptie van toekomstige levensvatbaarheid is derhalve afhankelijk van veel meer factoren dan alleen financiële criteria, schuldsanering/kwijtschelding en cijferopstellingen; het gaat om een geïntegreerd proces van herstel van vertrouwen in de onderneming en haar management (interessant in het onderzoek was overigens dat de gevonden faalfactoren in de praktijk vrijwel exact spiegelbeeldig aan de genoemde succesfactoren waren).²¹ In aansluiting hierop, Bibeaault heeft vastgesteld dat de volgende vijf factoren bepalen of een onderneming in de basis levensvatbaar is: (1) uitzicht op positieve cashflow binnen drie tot zes maanden, (2) een faire kans dat verkoopvolumes tijdens de turnaround niet dramatisch afnemen, (3) een niet te verouderd productieproces, (4) mogelijkheden om kosten in balans te brengen en (5) voldoende *awareness* ten aanzien van veranderingen in het directe verleden en de toekomst (zowel binnen als buiten de onderneming).²² Ook hierin komt het belang van niet-financiële factoren terug.

Op basis van het vorenstaande kan worden gesteld dat om het vertrouwen te (her)winnen bij de direct betrokken partijen (om daarmee te overleven), concreet zal moeten worden getoond welke maatregelen zullen worden genomen om het proces van waardedestructie te stoppen, evenals de onderliggende argumentering van de keuzes/acties; daarnaast zal actief moeten worden gecommuniceerd over de voortgang. Een turnaround strategie moet worden ontwikkeld en het eruit voortvloeiende proces dient vervolgens interactief te zijn. Het gaat er hierbij niet zozeer om of de onderneming in de toekomst ook daadwerkelijk financieel herstelt – dat kan immers niet bij voorbaat worden gesteld – maar veeleer of betrokken partijen voldoende vertrouwen in een positieve uitkomst krijgen. De bedrijfsleiding dient derhalve aan de hand van zo veel mogelijk informatie een beeld te schetsen van de mogelijke toekomst, waarbij instandhouding van de huidige juridische entiteit als uitgangspunt in beginsel centraal staat. Kan zij dit niet of onvoldoende, of is zij

20 Zie Adriaanse & Kuijl 2004, p. 336-337, zie ook Santen & Verhoef 2006, p. 147-155, Van Eeghen 2006, p. 60-62, Couwenberg & de Jong 2005, p. 397-403 en Brockhoff & van Rijn 2006, p. 245-258 voor soortgelijke analyses van informele reorganisaties en/of bevestiging van de conclusies.

21 Zie onder anderen Adriaanse 2005, p. 58-65.

22 Bibeaault 1982, p. 116-117 en p. 203-228 (vrij vertaald).

te opportunistisch²³ (en dus niet geloofwaardig) dan zullen de crediteuren het vertrouwen (definitief) opzeggen omdat de perceptie van levensvatbaarheid onvoldoende aanwezig is. Samenwerking tussen de onderneming en haar financiers, adequate turnaround maatregelen, transparantie en uitwisseling van informatie, evenals een zoektocht naar (additionele) liquiditeit vormen dan ook – zoals hiervoor opgesomd – de noodzakelijke basisprincipes van reddingsoperaties. Kortom, de kern van de zoektocht naar toekomstige levensvatbaarheid is gelegen in het inzetten van een gestructureerd proces van *waardeherstel*, aan de hand van een *turnaround plan* en actief *stakeholder management*.²⁴

6 PROCES VAN WAARDEHERSTEL

Het hiervoor genoemde proces van waardeherstel kan in de context van bedrijven in financiële moeilijkheden worden omschreven als het vermogen van de onderneming om met haar activiteiten wederom structureel positieve kasstromen te genereren om daarmee aan haar financiële verplichtingen te kunnen voldoen; de weg daarheen is het turnaround proces. Feitelijk bestaan er twee elkaar versterkende mogelijkheden om tot herstel te komen. Allereerst bezuiniging c.q. kostenverlaging om daarmee de uitgaven te verkleinen, ten tweede het gericht zijn op het structureel verbeteren van de omzet om daarmee de potentiële instroom van kasgeld te verhogen; kortom, het nastreven van structurele groei. Dit laatste kan alleen maar plaatsvinden door in situaties van financiële moeilijkheden gericht te zijn op verbetering van contacten met bestaande klanten en het heroriënteren van de (marketing)strategie, evenals de verkoopinspanningen (*sales*) van de onderneming. In de praktijk ligt de focus bij (dreigende) financiële moeilijkheden

23 Zie bijvoorbeeld Bibeault 1982, p. 15 die op basis van Argenti 1976, p. 1-193 constateert dat veel ondernemingen in nood de lasten onder- en de baten overschatten.

24 Bedacht dient te worden dat de grootte van de onderneming dan wel de eigendomsstructuur – (groot) MKB, eenmanszaak/bv, beursgenoteerd of anderszins – feitelijk geen invloed heeft c.q. dient te hebben op de methodiek, inhoud en reikwijdte van de te nemen maatregelen. Kortom, elke onderneming/ondernemer zou de te beschrijven principes van turnaround en stakeholder management als uitgangspunt moeten nemen in geval van (dreigende) financiële moeilijkheden (vanzelfsprekend afgestemd op de specifieke situatie). Probleem is echter dat met name bij kleinere bedrijven de noodzakelijke (management)kennis hiervoor vaak niet aanwezig is en dat veelal ook onvoldoende financiële middelen aanwezig zijn om expertise van goede (turnaround) adviseurs ('derden') in te huren. Hierdoor neemt de kans van slagen van een reddingsoperatie bij voorbaat en in belangrijke mate af. Informatievoorziening, voorlichting en kennisoverdracht ten aanzien van mogelijkheden voor 'ondernemen in zwaar weer' dient voor deze doelgroep dan ook in het bijzonder – meer dan thans in de praktijk het geval lijkt – te worden gestimuleerd. Een belangrijke taak lijkt hier te zijn weggelegd voor organisaties als (niet-limitatief): MKB-Nederland, VNO-NCW, Stichting Ondernemersklankbord, de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de accountantsorganisaties NIVRA en SRA, de Kamers van Koophandel maar ook INSOLAD en de Stichting Turnaround Finance Group Nederland (een relatief jonge non-profitorganisatie gericht op bevordering van turnaround management in Nederland). Deze organisaties (en in het bijzonder hun leden) dienen niet alleen in het algemeen het belang van turnaround management te benadrukken en uit te dragen, maar in voorkomende gevallen ook pogingen te ondernemen om ondernemers (klanten) tot vroegtijdig ingrijpen te dwingen en hen, zoveel als mogelijk en (zakelijk) wenselijk, bij te staan in het te entameren proces van waardeherstel.

echter vaak vrijwel uitsluitend op het zo snel mogelijk doorvoeren van bezuinigingen. Hoewel dit psychologisch is te begrijpen, wordt dan veelal vergeten dat met het opvoeren van de omzet meestal sneller grotere mogelijkheden aanwezig zijn om de winstmarge te verbeteren en de daarmee gepaard gaande positieve(re) kasstroomontwikkeling.²⁵ Het gestructureerd en diepgaand nadenken over het vermogen van de onderneming om in de markt waarin zij opereert betere onderscheidende waarde te bieden – waardoor omzetvolumes en vraagprijzen zullen (kunnen) toenemen – dient in turnaround situaties dan ook te allen tijde voorop te staan. Vanzelfsprekend zal de mate van crisis – strategische, winst- of liquiditeitscrisis²⁶ – in hoge mate bepalen wat de volgorde en urgentie van te nemen maatregelen zullen zijn. Vergeten mag echter niet worden dat het bestaansrecht van de onderneming uiteindelijk is gebaseerd op het genoemde vermogen om haar *outputs* te verkopen tegen prijzen die competitief zijn en in lijn liggen met de te maken kosten. Klant en markt dienen in een turnaround situatie (wederom) geheel centraal te staan. Bevrediging van behoeften in de gekozen c.q. herkozen markt bepaalt immers uiteindelijk of de onderneming op langere termijn zal kunnen blijven voortbestaan en (weer) kan groeien. Kortom, in een proces van waardeherstel is de focus primair gericht op doelgroepen, waardecreatie en derhalve hernieuwde levensvatbaarheid.²⁷ Vanuit een integrale visie en strategie dienen de problemen te worden aangepakt. Financiële herstructurering – bijvoorbeeld in de vorm van een crediteurenakkoord (indien onvermijdelijk) – is dan ook altijd slechts een *middel* tijdens de zoektocht naar hernieuwd vertrouwen, aanwas van klanten(groepen) en daarmee het bestaansrecht van de onderneming op langere termijn. Niet meer dan dat.

Strategieformulering

Hierna wordt eerst besproken wat onder strategie kan worden verstaan en vervolgens wordt een model van strategieformulering uitgewerkt. Op deze wijze wordt het belang van een integrale *turnaround strategie* onderstreept en de hier vorenstaande stelling ten aanzien van crediteurenakkoorden verder onderbouwd.

Strategie kan worden omschreven als het integrale plan van een onderneming – meestal voor de langere termijn – waarin zij aangeeft welke doelstellingen ze wil realiseren, de wegen die daartoe bewandeld gaan worden, evenals de middelen welke zullen worden ingezet om de gestelde doelen te bereiken. In een zogeheten proces van strategieformulering worden principiële keuzes gemaakt ten aanzien van vragen als in welke markten de onderneming aanwezig wil zijn, en op welke wijze, met welke technologieën de onder-

25 Zie onder meer Blatz, Kraus & Haghani 2006, p. 17-20 en Barker III & Duhaime 1997, p. 13-38.

26 Zie Adriaanse, Leest & Seyger 2006, te vinden op www.turnaroundfinance.nl, p. 7-8.

27 Zie in die zin ook Pandit 2000, p. 31.

neming actief wil zijn, evenals de vraag hoe zij ten opzichte van haar concurrenten wil staan. Een strategie komt voort uit een visie, zijnde een kernachtige samenvatting van waar de onderneming voor staat (wil staan), en zegt daarmee feitelijk wat haar hoogste ambitie is.²⁸ Een bewust gekozen strategie helpt in een continu en noodzakelijk proces van bezinning op de toekomst, het is daarnaast een leidraad bij het nemen van tactische en operationele beslissingen en verder helpt het – in het bijzonder in een wat grotere organisatie – bij het afstemmen van de activiteiten van de verschillende onderdelen. Ondernemingen – zowel groot als klein – dienen een strategie te hebben om daarmee de kans te verkleinen dat zij met hun activiteiten niet (meer) met de omgeving ‘in de pas lopen’. Anders gezegd, dat zij aansluiting missen bij de markt en daardoor financieel slechter gaan presteren.²⁹

Veel bedrijven claimen een visie en strategie te hebben, maar in de praktijk blijkt dat vaak niet meer dan een ambitieuze en/of loze intentie in de trant van ‘de wens is de vader van de gedachte’.³⁰ Ondernemingen die echter strategisch ondernemerschap daadwerkelijk doorvoeren opereren vanuit een bewust strategisch plan van aanpak en zien erop toe dat in elke geleiding van de organisatie vanuit dit plan wordt gewerkt. Kortom, dat de gekozen strategie ook daadwerkelijk in actie wordt omgezet.

In een proces van waardeherstel zal versneld tot een visie moeten worden gekomen. Dit vormt vervolgens het uitgangspunt voor de te implementeren turnaround strategie. Hoewel feitelijk gesproken kan worden van een overlevingsstrategie behelst het dan de koers die de onderneming voor de lange termijn wil varen. Voor het proces van *strategieformulering* zijn in de theorie en praktijk verschillende modellen ontwikkeld. De een is hierbij meer gesofisticeerd dan de ander. Gezien de tijdsdruk en het *hands-on* karakter van reddingsoperaties blijkt het echter in de turnaround praktijk ondoenlijk en onwenselijk om verschillende van deze technieken tegelijkertijd en diepgaand toe te passen.³¹ De best te volgen techniek lijkt dan ook het volgen van de vijf volgende interactieve stappen (onder andere ontleend aan Porter, Dyson & O’Brien, Wissema, Douma en Slatter & Lovett):³²

28 Zie onder anderen Porter 1996, p. 61-68, Wissema 2001, p. 29, Johnson, Scholes & Whittington 2005, p. 6-34 en 523-526, evenals Dyson & O’Brien 1998, p. 39 e.v.

29 Zie bijvoorbeeld ook Ooghe & de Pijcker 2006, p. 21-22. De titel van de betreffende paragraaf lijkt veelzeggend: ‘The immediate environment of the company: a domino-effect dwindling a company’s survival chances’.

30 Porter stelt zelfs dat Nederlands ondernemingen helemaal geen strategie hebben. Zie Het Financieele Dagblad, Nederlandse bedrijven hebben geen strategie, 5 november 2004.

31 Zie in die zin Slatter & Lovett 1999, p. 215 en Sloma 2000, p. 69 e.v.

32 Zie Porter 1996, p. 61-78, Dyson/O’Brien 1998, p. 69 e.v., Wissema 2001, p. 222 e.v., Douma 2002, p. 66 e.v. en Slatter/Lovett 1999 p. 214 e.v.

- 1 Formuleren van een visie en missie voor de onderneming die vervolgens tot concrete doelstellingen worden uitgewerkt.
- 2 Analyseren van de externe omgeving en de inzichten formuleren in kansen en bedreigingen. De analyse moet gebaseerd zijn op een concurrentieanalyse, een technologieanalyse en een marktanalyse.
- 3 Analyseren van sterke en zwakke punten van de onderneming in het licht van de analyse van de omgeving.³³
- 4 Formuleren van aandachtspunten (*issues*) op grond van de inzichten van (2) en (3). Op basis hiervan worden vervolgens eventueel de visie en doelstellingen aangepast.
- 5 Formuleren van de turnaround strategie in termen van beslissingen ten aanzien van middelen die zullen (moeten) worden ingezet, evenals concrete stappen die zullen worden genomen.

Allereerst wordt bij (1) een uitdagende ondernemingsvisie geformuleerd. Hierbij dient voorop te staan dat deze concreet kan worden uitgewerkt in een missie (dit zal ook meteen moeten volgen). Een missie kan dan ook worden omschreven als: het samenstel (een ‘beginselverklaring’) van doelstellingen die voortkomen uit de geformuleerde visie. Doelstellingen moeten concreet en meetbaar zijn en beantwoorden kernvragen als in welke markten de onderneming actief wil zijn, met welke technologieën, wat de gewenste uiteindelijke financiële positie is, en hoe de onderneming de beoogde verhouding tot de concurrenten ziet. Voorbeelden betreffen doelstellingen voor marktaandeel, hoogte van de winst, solvabiliteit, liquiditeit en rendement op eigen vermogen, evenals de vraag in welk geografisch gebied de onderneming wil werken. In een turnaround zal overigens de nadruk veelal op financiële doelstellingen liggen (op korte termijn) hoewel niet mag worden vergeten dat uiteindelijk keuzes (moeten) worden gemaakt voor de lange termijn. De kernvraag in een reddingsoperatie is immers of de onderneming naar verwachting ook op lange termijn levensvatbaar is.

Ten aanzien van (2) kan worden gesteld dat feitelijk gezamenlijk drie analyses plaatsvinden – op het gebied van concurrentie, technologie en markt – die vervolgens integraal als kansen en bedreigingen voor de onderneming worden geformuleerd. In deze stap wordt dus in kaart gebracht hoe de onderneming verwacht dat de markt(en) waarin ze opereert zich gaat (gaan) ontwikkelen, hoe de concurrenten zich naar verwachting gaan ontwikkelen, hoe de onderneming ten opzichte van hen staat, evenals wat technologische ontwikkelingen zijn die van invloed zijn op de onderneming(sactiviteiten).

³³ Nummer (2) en (3) worden ook wel SWOT-analyse genoemd waarbij de S voor de sterke punten staat (Strengths), de W voor de zwakke punten (Weaknesses), de O voor de kansen (Opportunities) en de T voor de bedreigingen voor de onderneming (Threats). Zie onder anderen Johnson, Scholes, Whittington 2005, p. 102 e.v.

Anders gezegd gaat het feitelijk om de volgende vragen (ontleend aan Porter): Hoe is de felheid van de concurrentie tussen de bestaande ondernemingen? Hoe is de onderhandelingskracht van de afnemers? Hoe is de onderhandelingskracht van leveranciers? Is er dreiging van mogelijke toetreders? Is er dreiging van substituut-producten? En zijn er macro-economische, maatschappelijke, politieke, milieutechnische en arbeidsrechtelijke ontwikkelingen, evenals ontwikkelingen op de vermogensmarkt die (mogelijk) van invloed zijn op de onderneming?³⁴ Vervolgens is het de vraag hoe dit tot concrete kansen en/of bedreigingen voor de onderneming leidt.

In stap (3) wordt gezien – mede aan de hand van de externe analyse, vandaar dat deze volgorde wordt gekozen – wat de sterke en zwakke punten van de onderneming zijn. Feitelijk gaat het hierbij om een meting van de efficiëntie van de (operationele) processen van de onderneming en (daaruit voortvloeiend) haar concurrentiekracht. Het betreft vragen met betrekking tot aandachtspunten ten aanzien van de volgende onderwerpen: *marketing* en *innovatie*, *productie*, *personeel* en *informatie*.³⁵ Ten aanzien van *marketing* en *innovatie* gaat het bijvoorbeeld om de vraag wat het marktaandeel van de onderneming is en of er mogelijkheden zijn voor groei. Ook wordt de vraag gesteld hoe sterk het imago van de onderneming en haar producten is; dit alles gerelateerd aan de (directe) concurrenten. Verder wordt gezien hoe effectief de marketingactiviteiten van de onderneming zijn (is er bijvoorbeeld een systeem van effectiviteits- en kwaliteitsmeting)? Hoe gaat de onderneming met gegevens van de markt en haar concurrenten om; wordt voldoende naar 'buiten gekeken' en worden op basis daarvan beleidsbeslissingen genomen? Daarbij komt ook de vraag naar voren in hoeverre de onderneming überhaupt weet wat haar eigen klanten willen, en of daarop voldoende wordt ingespeeld. Verdere vragen betreffen (niet-limitatief): wat is de prijs-kwaliteitverhouding, wat is de kwaliteit van de leveringen, en hoe effectief en correct is de onderneming in afhandeling van klachten? Ook dient te worden bekeken hoe het innoverende vermogen van de onderneming is. Bestaat een gestructureerd beleid voor innovatie- en ontwikkeling (zowel ten aanzien van producten als dienstverlening), hoe groot is het aandeel in de omzet van jong ontwikkelde producten, hoe snel worden nieuwe producten en diensten op de markt gebracht, en hoeveel offertes en *leads* leiden tot (nieuwe) omzet? Beantwoording van bovenstaande vragen geeft een beeld van de concurrentiekracht van de onderneming (in casu met name het *gebrek* eraan) en daarmee ook ideeën voor oplossingen. Wanneer naar het *productieproces* van de onderneming wordt gekeken dan worden vragen gesteld als hoe hoog de kostprijs

34 Zie Porter 1979, p. 137-145.

35 Ontleend aan Wissema 2001, p. 225-226 (bewerkt). Zie in dezelfde zin ook Hagel & Singer 1999, p. 133-141. Zie over gebrekkige informatie bij ondernemingen in financiële moeilijkheden onder anderen Carter & van Auker 200 p. 493-512 en Adriaanse 2005, p. 43-67.

van de productie c.q. dienstverlening is, evenals hoe deze tot stand komt. Een daaruit voortvloeiende vraag is in hoeverre de productie efficiënt is georganiseerd en of er een adequaat systeem is voor kwaliteitsbewaking en verbetering van productiemethoden. De antwoorden geven een beeld van met name de kostenstructuur en het niveau van proces management van de onderneming, evenals de mogelijkheden om daarin wijzigingen aan te brengen. Ten aanzien van de vraag in hoeverre de personen in de organisatie voldoende geëquipeerd zijn om de onderneming in de toekomst de juiste koers te laten varen zal een analyse moeten worden gemaakt van de samenstelling en het functioneren van het *personeel*. Zitten de juiste personen op de juiste plaats, is sprake van hoog verloop en verzuim, heeft het personeel een flexibele houding? Meer in het algemeen dient een diagnose te worden gemaakt van de personeelskosten, de motivatie van het personeel en de cultuur van de organisatie (bijvoorbeeld ten aanzien van *resistance to change* en ondernemersgeest). Ook dient te worden bezien of er een ondernemingsraad is en wat de relatie daarmee is (in het bijzonder wanneer een ontslagronde onvermijdelijk lijkt). Een belangrijke oorzaak van financiële moeilijkheden komt voort uit het onvoldoende functioneren van het management informatiesysteem (MIS). De volgende vragen zullen dan ook in het kader van (3) moeten worden gesteld. Welke *informatie* moet uit het MIS naar boven komen? Wat is de praktijk? En wordt kennis gedeeld en systematisch gemanaged (is sprake van gestructureerd kennismanagement)?

Antwoorden op de bovenstaande vragen geven inzicht in de sterke en zwakke punten van de onderneming. In combinatie met de gevonden kansen en bedreigingen leiden deze tot de aandachtspunten onder (4). Hierin wordt vervolgens een rangorde aangebracht van hoogste prioriteit tot (iets) minder belangrijk. Deze *issues* vormen dan op hun beurt de belangrijke – zo niet de belangrijkste – uitgangspunten voor het langetermijnplan (de strategie) evenals het daaruit voortkomende concrete en operationele plan van aanpak. Dit behelst dan stap nummer (5).

Turnaround plan

Door het hierboven beschreven proces van strategieformulering te doorlopen, kunnen c.q. moeten in een turnaround situatie systematisch antwoorden worden gevonden op vragen als: wat zijn de oorzaken van financiële moeilijkheden en welke maatregelen zouden genomen moeten worden in het kader van de herstructurering van operationele bedrijfsactiviteiten en financiële herstructurering. Belangrijk hierbij is dat wanneer vanuit een visie- en strategiedachte wordt gewerkt, de onderlinge samenhang en volgorde van uit te voeren acties adequater zullen zijn, waardoor de effectiviteit uiteindelijk toeneemt. Door de uitkomsten van het analyseproces vervolgens vast te leggen in een turnaround plan, dit (vertrouwelijk) te communiceren naar de relevante belangheb-

benden en de uitvoering ervan gezwind aan te vangen, neemt de onderneming belangrijke stappen richting herstel van vertrouwen en daarmee de gewenste (perceptie van) levensvatbaarheid. Een turnaround plan kan op basis van het voorgaande als volgt worden gedefinieerd.

Een integraal ondernemingsplan voor een organisatie in financiële moeilijkheden dat als fundament dient voor een saneringsoperatie gericht op duurzaam herstel van de levensvatbaarheid. Het plan bestaat uit een beschrijving van de huidige stand van zaken, evenals een concreet plan van aanpak – inclusief tijdschema en prognoses – ten aanzien van te nemen operationele en financiële maatregelen, die zijn voortgevloeid uit een diepgaande analyse en herijking van de bestaande visie en ondernemingstrategie. Het plan is bij voorkeur op schrift gesteld en dient daarmee als belangrijk middel in de communicatie en behoeftebevrediging van externe betrokkenen, in het bijzonder de financiers.

Hoewel er een positief verband tussen (geschreven) ondernemingsplannen en (verminderde kansen op) falen van bedrijven bestaat, toonde het WODC-project overigens aan dat in de Nederlandse praktijk veelal weinig sprake is van gestructureerde reddingsoperaties die gebaseerd zijn op (het bovenstaande proces van) strategieformulering en planning. Ter indicatie, in de deelenquête onder curatoren/bewindvoerders bevestigde 71% dat bij een formele aanvraag van surseance van betaling bij de rechtbank vrijwel nooit een reorganisatieplan wordt ingediend waarin de mogelijke levensvatbaarheid van de kwakkelende onderneming wordt aangetoond.³⁶ Vaak lijkt de reden hiervoor te worden afgedaan als te tijdrovend, te academisch,³⁷ te onvoorspelbaar maar ook ‘gevaarlijk’. Met dit laatste wordt dan bedoeld dat met het beschrijven van de verslechterde situatie het bewijs ook is geleverd – bijvoorbeeld voor bankiers – dat de situatie daadwerkelijk deplorabel is. Hiermee wordt dan munitie voor financiers aangemaakt om bijvoorbeeld (meteen) het krediet te kunnen opzeggen of anderszins maatregelen te nemen. Deze gedachte is echter naïef. Met het gestructureerd uitdenken en vervolgens opschrijven van een turnaround plan wordt namelijk een krachtig middel gecreëerd – zowel voor kleine als grote ondernemingen – om planmatig en methodisch de problemen aan te pakken en daarmee *juist* het benodigde herstel van vertrouwen bij relevante belanghebbenden te creëren.³⁸ Het is

36 Zie Adriaanse 2005, p. 337 en Perry 2001, p. 201-208.

37 Zie bijvoorbeeld van Daal, 2007.

38 Zie onder meer Newton 2003 p. 11, Owsley & Kaufman 2005, p. 38 en Sloma 2000, p. 189 en 141, Carter, Van Auken 2006, p. 509 en T.P. Arkesteijn, H.J.M. Slot, ‘Methodologie en implementatie van turnarounds’, in: van Frederikslust, Huizink & Bakker (red.), 2004, p. 123 e.v.

een cruciaal middel om de levensvatbaarheid aan te tonen. Anderzijds helpt het ook in het analyseren van de eventuele onmogelijkheid ervan, waardoor sneller faillissement kan worden aangevraagd en verdere maatschappelijke en economische waardedestructie kan worden voorkomen.³⁹ Een turnaround plan dient onzes inziens uit de volgende tien elementen te bestaan.

<i>Inhoud turnaround plan</i>	
1	Profiel van de onderneming
2	Analyse van de omgeving
3	Turnaround strategie
4	Strategische intentie
5	Operationele analyse
6	Operationeel actieplan
7	Financiële prognoses
8	Tijdschema
9	Risicoanalyse
10	Samenvatting

Deze opvatting is gebaseerd op de eerder gememoreerde succesfactoren van informele reorganisaties, evenals de gevonden veelvoorkomende oorzaken van financiële moeilijkheden en faalfactoren in de praktijk, te weten: gebrek aan visie en strategie, te weinig aandacht voor financiële informatie in het proces van waardeherstel, onvoldoende harde saneringsmaatregelen, te weinig aandacht voor marktontwikkelingen, onvoldoende aandacht voor communicatie met financiers en onvoldoende concretisering van te behalen operationele doelen. De indeling is daarnaast gebaseerd op in de literatuur gevonden elementen, categorische indelingen en criteria (waaronder Slatter & Lovett).⁴⁰ Samen vormen de hierboven genoemde elementen/stappen van het turnaround plan – waarin het beschreven proces van strategieformulering volledig is verwerkt – het *noodzakelijke* raamwerk c.q. referentiekader voor het management en andere belanghebbenden (financiers) in het proces van waardeherstel. Hierin schuilt dan ook het *werkelijke* reorganiserende vermogen, dat aantoonbaar en aanzienlijk verder gaat dan alleen balanssanering middels een crediteurenakkoord.

39 Zie in die zin ook Van Eeghen 2006, p. 487 en 515.

40 Wij sluiten met de categorische indeling (grotendeels) aan bij Slatter, Lovett 1999, p. 194-195, Owsley & Kaufman 2005, p. 35-55, Blatz e.a. 2006, p. 7 en 70-71, Pate & Platt 2002, p. 11-16, Davis & Sihler, p. 45-67, Chatterji & Hedges 2001, p. 119-133, R.S. Paul, K. Coghlan, 'Lender services: let the lender beware!' in: DiNapoli 1999, p. 192-195, DiNapoli 1991, p. 61 e.v., Finkin 1988, p. 171 e.v., Schmeisser & Eichhorn 2006, p. 80 e.v. en Platt 2001, p. 265 e.v.

In het voorgaande is al meerdere malen het aspect van vertrouwen aan de orde geweest. Het mag duidelijk zijn dat waardeherstel – of breder, het redden van bedrijven in financiële moeilijkheden – grotendeels afhankelijk is van de vraag of relevante belanghebbenden, zowel intern als extern, voldoende fiducia in de levensvatbaarheid van de onderneming hebben, evenals in de personen die de onderneming (gaan) leiden. Het uitwerken van een turnaround plan, vanuit een visie en proces van strategieformulering, is één van de middelen om te bouwen aan dit vertrouwensherstel, daarnaast dient met belangrijke belanghebbenden regelmatig in contact te worden getreden (het *'stakeholder management'*). Informatie en transparantie vormen in die zin de 'zuurstof' voor de turnaround en het gedrag van betrokkenen – in het bijzonder het management – is in dat kader dan ook cruciaal. Wanneer belangrijke klanten dreigen te vertrekken, leveranciers weigeren te leveren (of alleen nog onder zeer strikte voorwaarden), kredietverstrekkers met opzegging van financieringsovereenkomsten dreigen, dan wel niet (meer) bereid zijn additionele financiering te verstrekken, en/of sleutelpersonen in de organisatie (dreigen te) vertrekken, is immers de bodem onder de onderneming verdwenen. In contact treden om dat te voorkomen moet dan ook leidend zijn naast de te nemen turnaround maatregelen. Dit betekent echter ook bemoeienis. Overleg met financiers, leveranciers, klanten en overige belanghebbenden maakt dat de ondernemingsleiding zich kwetsbaar moet opstellen en dat kritiek, inzichten en wensen van externe partijen daadwerkelijk in overweging moeten worden genomen. Dit is in de praktijk niet altijd even gemakkelijk voor ondernemers en hun adviseurs, en nu juist dat gegeven lukt dan ook uit om te vluchten in een beschermingsconstructie (zoals surseance van betaling). Echter, nimmer mag worden vergeten dat met name de schuldeisers – zoals we eerder zagen (zie par. 4) – in een turnaround situatie economisch gezien feitelijk mede-eigenaar zijn geworden en daarmee in een positie terecht zijn gekomen waarbij het mede van hen afhangt of de onderneming überhaupt kan blijven voortbestaan. De roep om (meer) zeggenschap en inzicht in deze constellatie is van hieruit dan ook goed te verklaren en zal dan ook te allen tijde serieus moeten worden genomen. Belangrijk voor ondernemers/directies is dan ook zich te realiseren dat het serieus nemen van de bezorgdheid van crediteuren – van welke aard dan ook – uiteindelijk van groot belang is voor de vraag of wel/niet aan de hersteloperatie wordt meegewerkt. Communicatie over de voortgang en het denken in belangen betreffen derhalve basisvoorwaarden voor succes. Wat beweegt de betreffende bank(en) en/of leveranciers? Waarom doet de huisbank eigenlijk moeilijk? Waarom twijfelt de belangrijkste leverancier of klant over voortgang van de relatie? Dát zijn de wezensvragen in een situatie van financiële moeilijkheden om achter te komen. Enkel door deze handelwijze van actief stakeholder management, in combinatie met een

gestructureerd turnaround plan zoals hierboven beschreven, kan de ondernemingsleiding vertrouwen en daarmee tijd creëren om problemen op te lossen en druk van schuldeisers en andere belanghebbenden af te laten nemen. Niet vluchten dus maar verdedigen. De kans op werkelijke duurzame levensvatbaarheid neemt hiermee vanzelf toe.

8 MEER IN PLAATS VAN MINDER FAILLISSEMENTEN

Waar wringt nou precies de schoen bij de verwachte verscherpte wettelijke reorganisatieprocedure (ten gunste van de debiteur)? Het fundamentele probleem betreft dat deze vorm van regelgeving nogal eenzijdig gericht is op het (in de openbaarheid) op afstand houden van crediteuren en het slechts bieden van mogelijkheden om tot gedwongen kwijtschelding⁴¹ van schulden te komen (dit alles waarschijnlijk voortkomende uit de onterechte gedachte dat anders altijd een *race to collect* ten detrimente van de schuldenaar zal ontstaan). Deze nogal negatieve methodiek werkt echter niet in de praktijk omdat het grote belang van samenwerking met en vertrouwen van schuldeisers – zoals we hiervoor zagen – daarmee volledig wordt miskend. Ook bestaat in deze constellatie weinig tot geen aandacht voor het daadwerkelijk wegnemen van de bedrijfseconomische oorzaken en evenmin voor de inhoud en haalbaarheid van gemaakte turnaround plannen – zoals hiervoor ook uitgebreid beschreven – en wordt slechts gefocuseerd op een enkel onderdeel, namelijk de financiële kant. Andere aspecten lijken volledig over het hoofd te worden gezien; het *werkelijke* succes van reddingsoperaties staat of valt hier echter mee. De strategische turnaround- en gedragsaspecten hebben derhalve te weinig aandacht en de focus ligt te veel op traditionele schuldsanering, het simpel op afstand houden van crediteuren (in het bijzonder de banken) en daardoor *polarisatie* van partijen. Hiermee wordt dan ten onrechte de suggestie gewekt dat insolventiewetgeving als een *panacee* voor financiële problemen kan werken en bevordert het daarmee – ongetwijfeld onbedoeld maar wel als gevolg – ongewenste strategisch gedrag van ondernemers en hun adviseurs. Dat dit vervolgens consequenties voor het gedrag van betrokken banken en handelscrediteuren heeft – zowel *ex ante* als *ex post* – is dan ook niet meer dan een logisch en begrijpelijk resultaat.

Wanneer banken hun invloed in reorganisatieprocessen zien afnemen – in tegenstelling tot het nog wel eens heersende beeld is er overigens geen sprake van misbruik van macht door banken in de Nederlandse insolventiepraktijk⁴² – zullen zij zich eerder terugtrekken uit een reorganisatie en daarmee eerder het krediet opzeggen. Handelsleveranciers

41 Hoewel theoretisch en praktisch toch ook andere mogelijkheden bestaan gaat het in dit kader bijna altijd over kwijtschelding. Zie voor een uitgebreid overzicht hiervan Wessels 1999.

42 Zie bijvoorbeeld Couwenberg & de Jong 2005, p. 397-403 en van Amsterdam 2004, p. 247-274.

zullen daarnaast bij voorbaat terughoudender worden ten aanzien van leveringen op krediet. Dit alles is grotendeels te verklaren uit het feit dat met deze vorm van strengere wetgeving – althans ten aanzien van crediteuren – twee belangrijke basisprincipes van het zakendoen volstrekt worden genegeerd, namelijk:

- 1 het groundbeginsel dat partijen bij een contract afspreken en erop (zouden moeten kunnen) vertrouwen dat de ene partij dat wat is overeengekomen levert (bijvoorbeeld in de vorm van een dienst of bepaalde goederen) en de andere contractspartij in ruil daarvoor betaalt;⁴³ en
- 2 dat een belangrijk verschil bestaat tussen enerzijds risicodragende financiering (eigen vermogen) en anderzijds risicomijdende financiering (vreemd vermogen).

Crediteuren verwachten bij het aangaan van contracten dat zij enerzijds binnen de afgesproken termijn(en) worden betaald, daarbij (impliciet of expliciet)⁴⁴ rente ontvangen en anderzijds dat zij zo min mogelijk risico op non-betaling lopen (vandaar de term ‘risicomijdend’). Het ondernemersrisico dient in deze constellatie door de eigenaren van de onderneming te worden gelopen; zij ontvangen dan ook – in tegenstelling tot crediteuren – een fluctuerende vergoeding (dividend)⁴⁵ en daarnaast worden verschaffers van het eigen vermogen (aandeelhouders) pas voldaan nadat alle crediteuren zijn betaald (vandaar de term ‘risicodragend’). Hoewel dit in de context van deze bijdrage wellicht onaantrekkelijk lijkt, moet niet worden vergeten dat de waardeestijging van een onderneming te allen tijde ten goede komt aan de aandeelhouders (eigenaren). Een investering van € 18.000 in eigen vermogen heeft dan ook in theorie de potentie om € 18 miljard (of meer) waard te worden; een investering van € 18.000 in vreemd vermogen (‘uitlenen’ c.q. ‘leverancierskrediet’) zal echter slechts rente en aflossing van hoogstens de nominale waarde opleveren. De beleving van te lopen risico’s zal voor de verschaffers van beide categorieën dan ook geheel anders moeten zijn.

Bij financiële moeilijkheden komen bovenstaande principes en belevingen echter in het gedrang, temeer wanneer de vigerende reorganisatiewetgeving wordt aangescherpt ten gunste van de debiteur. Allereerst zullen zowel de eigenaren als de crediteuren – wanneer

43 Zie onder anderen Kilpi 1998, p. 177-191, Adriaanse 2005, p. 26-29 en 129-133, evenals Kraakman e.a. 2004, p. 71-99.

44 In dit hoofdstuk wordt er van uitgegaan dat ondernemingen voornamelijk worden gedreven in juridische vormen als de Besloten en Naamloze vennootschap. Vanzelfsprekend geldt de besproken problematiek evenzeer voor ondernemers die middels een eenmanszaak een onderneming drijven. Voor hen is dan sprake van ‘onttrekking’ en ‘eigenaar’ in plaats van ‘dividend’, respectievelijk ‘aandeelhouder’.

45 Met name in het geval van leverancierskrediet wordt nog wel eens ten onrechte gedacht dat dit gratis (rentevrij) is. Feit is echter dat de betreffende leverancier zijn uitstaande debiteurensaldo zal moeten financieren. Vermogenskosten die daarmee samenhangen zullen altijd in de prijs zijn doorgerekend. Omdat dit meestal niet expliciet gebeurt – door middel van rente die letterlijk in rekening wordt gebracht – wordt dan ook over impliciete rentekosten gesproken.

zij kennis nemen van de verslechterde situatie – gaan wegen in hoeverre risico's op faillissement zijn toegenomen en de daarmee gepaard gaande kans op non-betaling. Vervolgens rijst de vraag op welke wijze deze risico's kunnen worden gemitigeerd. Aandeelhouders zullen redeneren dat de kans op verlies van het bijeengebrachte kapitaal toeneemt als gevolg van het feit dat zij bij een eventueel faillissement pas een deel van de opbrengst van de failliete boedel zullen ontvangen nadat alle schuldeisers zijn voldaan. Gezien het feit dat de liquidatiewaarde van een failliete onderneming veelal sterk lager is dan in een *going concernsituatie* – als gevolg van daling van aanwezige goodwill door het faillissement evenals gedwongen verkoop van de boedel met daarmee gepaard gaande discontinuïteit in waarderinggrondslagen – en het feit dat bij faillissement de verplichtingen doorgaans überhaupt vrijwel gelijk of groter zijn dan de waarde van de bezittingen van de onderneming (als gevolg van geleden verliezen), bestaat bij hen dan ook een *incentive* om de onderneming in stand te houden, in de hoop dat betere tijden zullen aanbreken. Deze hoop kan en zal toenemen wanneer het management van de onderneming tracht de verliesgevende onderneming weer winstgevend te maken om zodoende voldoende positieve kasstromen te genereren en daarmee (weer) aan betalingsverplichtingen te kunnen voldoen. Mocht deze herstructureringsoperatie niet of onvoldoende vruchten afwerpen (lees: *cash* genereren) dan kan gekozen worden voor inbreng van *fresh money* door de aandeelhouders (in de vorm van eigen en/of vreemd vermogen). Bezien kan verder worden of nieuwe aandeelhouders (investeerders) geheel of gedeeltelijk de onderneming willen overnemen, maar *ook* kunnen bestaande crediteuren worden verzocht c.q. *gedwongen* tijdelijk en/of definitief uitstel van betaling te verlenen (al dan niet met behulp van gunstiger reorganisatiewetgeving). Hierdoor neemt de druk op de liquiditeit af en kunnen inkomende liquide middelen worden gebruikt voor het betalen van personeel, reorganisatiekosten, nieuwe verplichtingen uit hoofde van de bedrijfsactiviteiten enzovoort. De risico's op faillissement worden hiermee – bezien vanuit het perspectief van de eigenaren van de onderneming – gereduceerd.⁴⁶ Wanneer echter vanuit het oogpunt van de crediteuren wordt geredeneerd dan ontstaat het volgende beeld. Allereerst zullen crediteuren bij een verslechterde gang van zaken verwachten dat het management van de onderneming alles in het werk stelt om de situatie te veranderen. Door een turnaround plan te maken – zoals hiervoor besproken – en de implementatie ervan zo snel als mogelijk te initiëren, zal het tij moeten worden gekeerd. Daarnaast zal de *initiële* en *gerechtvaardigde* verwachting bestaan dat de onderneming ondertussen gewoon doorgaat met het voldoen aan haar betalingsverplichtingen. Immers, financiering is verstrekt op risicomijdende basis; ondernemingsrisico's dienen door de eigenaren zelf te worden gedragen. De optie om (tijdelijk) uitstel van betaling toe te staan of kwijtschelding van een deel van

46 Zie ook Couwenberg 1997, p. 28.

de vorderingen te verlenen, zal dan ook niet meteen, en zeker niet uit zichzelf, worden geopperd. De onderneming zal eerst zelf tot het *uiterste* moeten gaan om de aangegane verplichtingen na te komen. Slechts wanneer alle mogelijkheden hiertoe zijn onderzocht maar blijken te zijn opgedroogd, ontstaat pas het perspectief om *wellicht* over herziening van de schuldposities te *onderhandelen*. Het is derhalve – althans in de visie van een schuldeiser – een ‘*option of last resort*’.⁴⁷ Leveranciers van geld, goederen en diensten dienen er vanuit deze perceptie derhalve zo veel mogelijk op te kunnen vertrouwen dat hun vorderingen zullen worden voldaan opdat de ‘rekening wordt betaald’ door de klant en niet door de leverancier zelf.⁴⁸ Ondernemersrisico’s kunnen in deze gedachte dus niet zomaar op crediteuren worden afgewenteld nochtans aan hen worden opgelegd. En dit laatste wordt nu juist feitelijk met reorganisatiewetgeving beoogd.

Resumerend, het aanscherpen van corrigerende mechanismen in de Faillissementswet zodat een onderneming in ogenschijnlijk betrekkelijker rust – lees: zonder al te veel rekening te hoeven houden met haar crediteuren – een reorganisatie kan doorvoeren zal averechts uitwerken.

Doordat feitelijk getracht wordt een samenwerking tussen de onderneming en de crediteuren, evenals de crediteuren onderling, te forceren – voor zover op dat moment van samenwerken kan worden gesproken – ontstaat het tegenovergestelde van wat wordt beoogd. Crediteuren zullen zich in een eerder stadium terugtrekken, dan wel überhaupt strenger worden ten aanzien van financieringen van ondernemingsactiviteiten. Dit alles wordt nog versterkt door het feit dat tevens twee andere belangrijke elementen van reddingsoperaties hierbij over het hoofd worden gezien, namelijk (1) dat de onderneming in de toekomst met veel van haar huidige crediteuren weer zaken zal moeten doen, en (2) dat in deze trajecten veelal onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn om op korte termijn de rekeningen te voldoen. Een overbruggingskrediet van een bank is dan ook dikwijls nodig. Wanneer dit niet door aandeelhouders noch door externe investeerders kan worden gefourneerd – in het licht van kwijtscheldingsakkoorden is dit meestal

47 Het is in die zin ook vanzelfsprekend dat het (internationale) ondernemingsrecht crediteuren ex-ante in bescherming neemt, bijvoorbeeld door onder meer regels te stellen voor de publicatie van jaarrekeningen, zekerheidsrechten en bestuurdersaansprakelijkheid. Op deze wijze worden garanties in het economische verkeer ingebouwd, gericht op bevordering van vertrouwen tussen contracterende partijen. Immers, door (jaarlijkse) verplichte publicatie van financiële gegevens, het kunnen verstrekken van zekerheid in de vorm van bijvoorbeeld pand- of hypotheekrecht, evenals het (kunnen) bestraffen van bestuurders voor misbruik en fraude nemen kansen op non-betaling in potentie af omdat partijen elkaar beter kennen en direct(er) verhaal kunnen halen, tevens leidt het tot enige gewenste risicoaversie en verantwoordelijk(er) gedrag. Dat dit geen garanties voor 100% succes betreffen bewijzen overigens de drama’s rondom bijvoorbeeld Enron, Parmalat en Ahold. Zie voor interessante verbanden tussen deze ondernemingen onder anderen van de Bunt & Huisman 2004. Zie ook Kraakman 2004, p. 71-99 over *creditor protection* in het recht.

48 Zie voor een relatie tussen maatschappelijke welvaart, incasso en rechtspraak onder anderen van Velthoven 2006, p. 77-87.

het geval – zullen veelal dezelfde schuldeisers moeten worden benaderd om hierin te voorzien. Kortom, er dienen partijen te zijn die mee willen werken aan toekomstgerichte oplossingen en/of het risico durven te nemen additionele liquiditeiten ter beschikking te stellen. Het benodigde vertrouwen hiervoor zal echter nooit onder wettelijke druk kunnen worden geforceerd, dit moet worden verdiend. Door crediteuren op afstand te houden en (in sommige gevallen) te forceren tot kwijtschelding zal dit vertrouwen in elk geval niet snel ontstaan.

9 TER AFSLUITING

Een onderneming heeft geen natuurlijk recht om te bestaan. Zij existeert dan ook bij de gratie van de betrokken eigenaren, management, leveranciers, banken, handelscrediteuren, klanten en werknemers. Wanneer zij het gevoel hebben dat hun *nexus of contracts* in stand moet blijven dan heeft de onderneming bestaansrecht. Dit willen ze echter alleen wanneer dit enig nut voor hen oplevert. Een onderneming kan dan ook slechts overleven indien voor alle deelnemers waarde wordt toegevoegd. Zolang dat het geval is, bestaat immers de neiging om de organisatie in stand te houden. Door het niet verbreken van de bestaande samenwerking – in casu het niet liquideren door middel van faillissement – tonen de betrokken partijen aan dat het samenwerken nut oplevert. Andersom geredeneerd, wanneer wél tot liquidatie wordt besloten, dan zien de beslis-sers daarvan – bijvoorbeeld een huisbankier die het krediet opzegt, werknemers die het faillissement aanvragen, al dan niet gelijktijdig met (een groep van) handelscrediteuren – het nut er niet meer van in en is de levensvatbaarheid van de onderneming daarmee verdwenen: de samenwerking is opgezegd en het einde is nabij. Wanneer het management dit scenario wil voorkomen zal zij het nut dan ook moeten aantonen in de periode van financiële moeilijkheden. De enige manier om dit te doen is door enerzijds een gestructureerd en methodisch proces van waardeherstel in te zetten – zoals hiervoor beschreven – en anderzijds door actief aan stakeholder management te doen (waaronder overigens ook het onderhandelen met ondernemingsraden en vakbonden moet worden verstaan). Op deze wijze is de kans het grootst dat de onderneming op enige termijn daadwerkelijk weer in staat is om zelfstandig voort te bestaan, geld te verdienen en daarmee haar ware levensvatbaarheid te bewijzen. Vluchten naar een beschermende omgeving in de vorm van surseance van betaling is dan ook exact datgene wat *niet* moet worden gedaan. Het werkt polarisatie in de hand en bereikt het omgekeerde effect. Werkelijk herstel ontstaat alleen door waardecreërende actie en vertrouwen. Het is dan ook te hopen dat in discussies rondom modernisering van insolventiewetgeving – niet alleen in Nederland maar ook daarbuiten – te allen tijde voldoende aandacht voor niet-juridische aspecten en gedragingen zal bestaan, en belangrijker dat de wijdverbreid bestaande denkfout ten

aanzien van ‘vlucht, bescherming en kwijtschelding’ wordt weggenomen. Het gevaar bestaat anders dat de nadruk in de gedachtegang, besluitvorming en praktijk rondom reorganisaties van bedrijven in financiële moeilijkheden te veel hierop blijft of zal komen te liggen. Daarmee wordt het beoogde effect van een groter ‘reorganiserend vermogen’ in elk geval nooit bereikt. Sterker, het zal meer faillissementen tot gevolg hebben waardoor dit reorganiserende vermogen – zo het thans al bestaat – feitelijk en (ogenschijnlijk) paradoxaal genoeg kleiner wordt. Samenwerking, hernieuwd cashgenererend vermogen, evenals vertrouwen dienen dan ook altijd leidend te zijn. Dit is juridisch echter niet af te dwingen, het zal moeten worden verdiend. Gedrag laat zich niet gemakkelijk sturen, en in een ‘snelkookpan’ van financiële moeilijkheden al helemaal niet.

LITERATUUR

Adriaanse 2004

J.A.A. Adriaanse, e.a., *Informele reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Adriaanse 2005

J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the Shadow of the Law, informal reorganisation in the Netherlands* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

Adriaanse 2006

J.A.A. Adriaanse, ‘Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden’, *Tijdschrift voor Mediation*, 2006.

Adriaanse 2007

J.A.A. Adriaanse, ‘Waarom weigeren crediteuren mee te werken?’, *Tijdschrift voor Schuldsanering*, 2007.

Adriaanse & Kuijl 2004

J.A.A. Adriaanse & J.G. Kuijl, ‘Informele reorganisatie in Nederland’, *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2004, p. 336-337.

Adriaanse, Kuijl & Moleveld 2007

J.A.A. Adriaanse, J.G. Kuijl, W.P. Moleveld, ‘Faillissementswetgeving redt bedrijven niet’, *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2007.

Adriaanse, Leest & Seyger 2006

J.A.A. Adriaanse, G.J. Leest & R.R. Seyger, *Trojan Horses of Decline, Study on Strategic Risk Management*, Utrecht: Turnaround Finance Group 2006, te vinden op www.turnaroundfinance.nl, p. 7-8.

Adriaanse & Lispet 2007

J.A.A. Adriaanse & L.C. Lispet, *Entrepreneurship & Financial Distress, A Framework for Business Planning in a Turnaround Context*, paper, Aachen: Interdisciplinary Entrepreneurship Conference 2007.

Amsterdam, van 2004

A.M. van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 247-274.

Argenti 1976

J. Argenti, *Corporate Collapse: The Causes and Symptoms*, London: McGraw-Hill 1976.

Baird & Rasmussen 2002

D.G. Baird & R.K. Rasmussen, 'The End of Bankruptcy', *Stanford Law Review*, 2002-2003.

Barker III & Duhaime 1997

V.L. Barker III & I.M. Duhaime, 'Strategic change in the turnaround process: theory and empirical evidence', *Strategic Management Journal*, Vol. 18, 1997, p. 13-38.

Bhandari & Weiss 1996

J.S. Bhandari & L.A. Weiss (red.), *Corporate Bankruptcy, Economic and Legal Perspectives*, New York: Cambridge University Press 1996, p. 29-38 respectievelijk p. 39-57.

Bibeault 1982

D.B. Bibeault, *Corporate Turnaround. How managers turn losers into winners*, New York: McGraw-Hill Book Company 1982 (herdruk 1998).

Blatz, Kraus & Haghani 2006

M. Blatz, K.J. Kraus & S. Haghani (red.), *Corporate Restructuring. Finance in Times of Crisis*, Berlin/Heidelberg: Springer, 2006, p. 17-20.

Boot & Ligterink 2000

A.W.A. Boot & J.E. Ligterink, *De efficiëntie van de Nederlandse Faillissementswetgeving*, Amsterdam Amsterdam: Center for Corporate Finance 2000, p. 3.

Brockhoff & Van Rijn 2006

G.C. Brockhoff & R. van Rijn, *Strategie vanuit visie. Groei en herstructurering van organisaties*, Deventer: Kluwer 2006, p. 245-258.

Bunt, van de & Huisman 2004

H. van de Bunt & W. Huisman, 'Organisatiecriminaliteit', *Tijdschrift voor Criminologie*, 2004.

Carter & Van Auken 2005

R.B. Carter & H. van Auken, 'Small Firm Bankruptcy', *Journal of Small Business Management* 2006/44(4), p. 493-512 en Adriaanse 2005, p. 43-67.

Chatterji & Hedges 2001

S. Chatterji & P. Hedges, *Loan workouts and debt for equity swaps, A framework for successful corporate rescues*, New York: John Wiley & Sons 2001, p. 119-133.

Copeland, Koller & Murrin 2003

T. Copeland, T. Koller & J. Murrin, *Waardering, Het meten en managen van de waarde van ondernemingen*, Amsterdam: Uitgeverij Nieuwezijds 2003, p. 49-56.

Corbey & Van Hulst 2005

M. Corbey & W. van Hulst, *Bedrijfseconomie. Grondslagen en perspectieven*, Deventer: Kluwer 2005, p. 44-49.

Couwenberg 1996

O. Couwenberg, *Incomplete contracten: een rechtseconomische benadering* (oratie Groningen) 2003, p. 1-19, Bhandari/Weiss 1996, p. 25 e.v.

Couwenberg 1997

O. Couwenberg, *Resolving Financial Distress in the Netherlands* (diss. Groningen) 1997, p. 66 e.v.

Couwenberg & De Jong 2005

O. Couwenberg & A. de Jong, 'De 'black box' van de stille reorganisatie geopend', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 397-403.

Daal, van 2007

G.C. van Daal, 'Boekbespreking J.A.A. Adriaanse, Turnaround Management, Praktijkboek Insolventierecht Deel 14', *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2007.

DiNapoli 1991

D. DiNapoli e.a., *Workouts & Turnarounds: The Handbook of Restructuring and Investing in Distressed Companies*, Homewood: Business One Irwin 1991, p. 61 e.v.

Douma 2002

S.W. Douma e.a., *Basisboek Bedrijfskunde, Een inleiding in management en ondernemerschap*, Schoonhoven: Academic Service 2002, p. 8-11.

Dyson & O'Brien 1998

R.G. Dyson & F.A. O'Brien, *Strategic Development: methods and models*, John Wiley & Sons, Chichester, 1998, p. 39 e.v.

Eeghen, van 2006

L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement. Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalsrisico's van de onderneming vóór faillissement*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 18 e.v.

Finkin 1988

E.F. Finkin, *Successful Corporate Turnarounds*, New York: Praeger Publishers 1988, p. 171 e.v.

Van Frederikslust, Huizink & Bakker 2004

R.A.I. van Frederikslust, J.B. Huizink & H.J.C. Bakker (red.), *Herstructurering van ondernemingen*, Amsterdam: Lexis Nexis 2004, p. 123 e.v.

Hagel & Singer 1999

J. Hagel & M. Singer, 'Unbundling the Corporation', *Harvard Business Review*, March-April, 1999, p. 133-141.

Haugen & Senbet 1978

R.A. Haugen, L.W. Senbet, 'The Insignificance of Bankruptcy Costs to the Theory of Optimal Capital Structure', *The Journal of Finance*, Vol. 33, No. 2, 1978, p. 383-393.

Jensen & Meckling 1976

M.C. Jensen & W.H. Meckling, 'Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure', *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, p. 305-360.

Johnson, Scholes & Whittington 2005

G. Johnson, K. Scholes & R. Whittington, *Exploring Corporate Strategy*, Essex: Pearson Education/FT Prentice Hall 2005, p. 6-34 en 523-526.

Kilpi 1998

J. Kilpi, *The Ethics of Bankruptcy*, London: Routledge 1998, p. 177-191.

Korobkin 1991

D.R. Korobkin, 'Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy', *Columbia Law Review*, 1991, p. 717-789.

Kraakman 2004

R.R. Kraakman e.a., *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 6-8.

Newton 2003

G.W. Newton, *Corporate Bankruptcy. Tools, Strategies, and Alternatives*, Hoboken: John Wiley & Sons 2003, p. 11.

Ooghe & De Prijcker 2006

H. Ooghe & S. de Prijcker, *Failure processes and causes of company bankruptcy*, Working paper, Gent: Vlerick Leuven Gent Management School 2006/21, p. 21-22.

Ooghe & Waeyaert 2003

H. Ooghe & N. Waeyaert, *Oorzaken van faling en falingspaden: literatuuroverzicht en conceptueel verklaringsmodel*, Working paper, Gent: Vlerick Leuven Gent Management School 2003.

Owsley & Kaufman 2005

H.F. Owsley, P.S. Kaufman, *Distressed Investment Banking. To the Abyss and Back*, Washington D.C.: Beard Books 2005, p. 38.

Pandit 2000

N.R. Pandit, 'Some recommendations for improved research on corporate turnaround', *Management*, Vol. 3, No. 2, 2000, p. 31.

Pate & Platt 2002

C. Pate & H. Platt, *The Phoenix Effect, 9 revitalizing strategies no business can do without*, New York: John Wiley & Sons 2002, p. 11-16.

Perry 2001

S.C. Perry, 'The relation between written business plans and the failure of small businesses in the U.S.', *Journal of Small Business Management*, 39(3), 2001, p. 201-208.

Platt 2001

H. Platt, *Principles of Corporate Renewal*, Michigan: The University of Michigan Press 2001, p. 265 e.v.

Porter 1979

M.E. Porter, 'How competitive forces shape strategy', *Harvard Business Review* 1979/57(2), p. 137-145.

Porter 1996

M.E. Porter, 'What is strategy?', *Harvard Business Review*, 1996/74(6), p. 61-68.

Sahlman 1999

Sahlman e.a., *The Entrepreneurial Venture*, Boston: Harvard Business School 1999.

Santen & Verhoef 2006

B.P.A. Santen & T.J.M.L. Verhoef, 'Surseance van betaling: nooit méér dan een stok achter de deur', *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2006, p. 147-155.

Slatter & Lovett 1999

S. Slatter, D. Lovett, *Corporate Turnaround, managing companies in distress*, London: Penguin Books 1999.

Sloma 2000

R.S. Sloma, *The Turnaround Manager's Handbook*, Washington D.C.: Beard Books 2000, p. 69 e.v.

Sopers 1992

J.M.M. Sopers, *Turnaround Management. Het saneren van ondernemingen in moeilijkheden*, Leiden: Stenfert Kroese 1992.

Velthoven, van 2006

B.C.J. van Velthoven, 'Incassoproblemen in het licht van de rechtspraak', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2006, p. 77-87.

Vis 2006

J. Vis, 'Werken met waarde. Analyseren van economische waarde', Deventer: Kluwer 2006, p. 16.

Vos 2003

P. Vos, *Kredietopvraging en insolventierisico, overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 207-229.

Wessels 2000

B. Wessels, *Surseance van betaling*, Deventer: Kluwer 2000, p. 2 e.v.

Wissema 2001

J.G. Wissema, *De kunst van strategisch ondernemerschap*, Groningen/Houten: Stenfert Kroese 2001, p. 29.

Vriesendorp, McCahery & Verstijlen 2001

R.D. Vriesendorp, J.A. McCahery & F.M.J. Verstijlen (red.), *Comparative and international perspectives on bankruptcy law reform in the Netherlands*, Schoordijk Instituut, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 113 e.v.

RECHTSPLEGING

HOOFDSTUK 21

HOEVEEL RECHT KUNT U BETALEN?

Over verklaringen van geschilgedrag en het gebruik
van procedures

B. Niemeijer en C. Klein Haarhuis¹

SAMENVATTING

In deze bijdrage willen we komen tot een beter begrip van de factoren die het gebruik van rechtspraak en andere procedures bepalen. Het totale gebruik van dergelijke arrangementen beschouwen we als het product van allerlei individuele beslissingen. We onderscheiden een drietal tradities in de literatuur over dit onderwerp, de rechtseconomische, de rechtspsychologische en de rechtssociologische traditie. In het door ons voorgestelde model worden deze drie tradities geïntegreerd. Het model berust op de veronderstelling dat individuen een afweging maken tussen de kosten en baten van gedragsopties. Deze kosten en baten zijn echter niet alleen financieel of materieel, maar kunnen ook psychologisch en sociaal van aard zijn. We illustreren de werking van dit model met de bevindingen uit een onderzoek over geschillen bij of na oplevering van koopwoningen. In de afweging en keuze van kopers voor een geschilbeslechtsingsarrangement blijken niet alleen materiële factoren maar ook sociale (bijvoorbeeld reputatie) en psychologische (bijvoorbeeld ervaren rechtvaardigheid) factoren een rol te spelen.

1 INLEIDING

In het vermakelijk en tevens leerzaam boek over ‘*lawyer jokes*’ van Marc Galanter staat een cartoon, waarin de advocaat tegen zijn cliënt zegt: ‘*you have a pretty good case, Mr. Pitkin, how much justice can you afford?*’.² Deze grap kan op verschillende manieren

1 Carolien Klein Haarhuis is als onderzoeker verbonden aan het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Justitie. Bert Niemeijer is werkzaam bij de Directie Algemene Justitiële Strategie van het ministerie van Justitie en tevens bij de Vrije Universiteit Amsterdam als hoogleraar empirische rechtssociologie.

2 Lande 2006, p. 213.

worden geïnterpreteerd. Galanter zelf ziet in deze cartoon vooral de boodschap dat recht en rechter de rijken bevoordelen. Dit in lijn met zijn beroemde artikel uit 1974 waarin hij de voorsprong van repeatplayers op oneshotters in het gebruik van het juridisch systeem analyseert.³ De cartoon is ook op te vatten als product van het in Amerika – maar in toenemende mate ook in Nederland – diepgewortelde wantrouwen jegens advocaten: zakkenvullers die zich niet bekommeren om de belangen van de cliënt. *'Rent seeking professionals'* zoals dat heet in de (rechtseconomische) literatuur.

Grappen hebben altijd een verrassingselement waarin de draak wordt gestoken met vanzelfsprekendheden. Beide interpretaties hebben gemeen dat ze de grap ervan nu juist daarin zien dat de vraag *'how much justice can you afford'* ingaat tegen iets wat wordt geacht vanzelfsprekend te zijn. Recht, rechtvaardigheid en rechtspraak zijn van onschatbare waarde en kunnen niet op geld worden gewaardeerd. Recht is niet te koop en waar dat wel gebeurt, heet het corruptie. De cartoon maakt het idee belachelijk dat het alleen financiële overwegingen zouden zijn die een rol spelen bij de beslissing van partijen om een beroep op recht en rechter te doen.

Het is echter de vraag of dit idee nu echt zo belachelijk is. Wetgevers en beleidsmakers lijken in ieder geval te vinden van niet. Zij proberen althans gedrag te sturen met financiële prikkels, door het heffen van griffiegelden, door het geven van meer of minder subsidie voor rechtsbijstand of mediation. Op deze manier worden bepaalde keuzen van burgers aantrekkelijk dan wel onaantrekkelijk gemaakt. Een voorbeeld is de keuze voor het wettelijk dan wel het minnelijk traject van de Wet schuldsanering natuurlijke personen. Voor rechtseconomen is de assumptie dat mensen kosten en baten afwegen zelfs fundamenteel. De economie is er immers op gebouwd. Zo bezien is het idee inderdaad niet belachelijk. Maar als we willen weten hoe recht en rechtspraak functioneren dan is het wel veel te simpel. Want we zijn immers niet of niet uitsluitend geïnteresseerd in die ene individuele beslissing op dat ene moment, maar willen weten hoe al dergelijke beslissingen uiteindelijk het functioneren en de effecten van recht en rechtspraak bepalen. Dan zijn er veel meer keuzen relevant dan alleen het al dan niet naar de rechter stappen, hebben veel meer factoren en overwegingen invloed dan alleen financiële en zijn er doorgaans meer (soorten) partijen bij betrokken dan dat ene individu.

Neem de beslissing om, na een daartoe strekkende suggestie van de rechter, een geschil met mediation op te lossen. Voor het zo ver is zijn daaraan allerlei beslissingen voorafgegaan. Stel partijen Mulder en Groen kunnen het niet eens worden over de betaling

3 Galanter 2005.

van de diensten die Groen heeft geleverd. Volgens Mulder heeft Groen niet de kwaliteit geleverd die hij had beloofd. Mulder heeft besloten het er niet bij te laten zitten en om actie te ondernemen. Beiden hebben inmiddels her en der advies ingewonnen. Mulder bij zijn brancheorganisatie en Groen bij zijn broer die jurist is. Ook hebben Mulder en Groen inmiddels een aantal keren geprobeerd er onderling met onderhandelingen uit te komen. Dit alles heeft niet geleid tot (uitzicht op) overeenstemming en Mulder heeft besloten naar de rechter te stappen. Daartoe heeft hij een advocaat moeten zoeken, griffiegelden en andere kosten moeten betalen en allerlei administratieve handelingen moeten verrichten. Als de zaak eenmaal bij de rechtbank op de rol staat verwacht zowel Mulder als Groen dat de rechter een beslissing zal nemen. Het kan echter zijn dat Mulder een uitnodiging ontvangt om mediation te proberen en dan moet hij daarover beslissen. Het kan ook zijn dat dit verzoek gedaan wordt op een zitting, door de rechter uitgeschreven teneinde een poging te doen om partijen tot een schikking te laten komen.

Deze korte casus illustreert tal van factoren die de keuze voor en uiteindelijk daarmee het gebruik van het gebruik van mediation bepalen. Het voorbeeld laat zien dat er allerlei beslissingen (en andere gebeurtenissen) zijn voorafgegaan aan de beslissing van een partij om het geschil met mediation af te doen. Of het uiteindelijk tot mediation komt is bovendien niet alleen afhankelijk van betreffende partij, maar ook van de tegenpartij, van de advocaten van partijen, van de doorverwijzende rechter, enzovoort. En de keuzen van al deze betrokkenen hangen weer samen met de alternatieven die zij hebben, hun kennis, ervaring en vertrouwen, enzovoort.

In deze bijdrage willen we komen tot een beter begrip van de factoren die het gebruik van rechtspraak of andere privaatrechtelijke procedures bepalen. Gedragsassumpties zijn daarbij essentieel. Maar, in hun eenvoud en uit de context gelicht, zijn het gebrekkige voorspellers van gedrag. In dit stuk ontwikkelen wij een model waarin de uiteenlopende factoren die van invloed zijn op deze beslissingen zijn geïncorporeerd. Daartoe werpen we eerst een korte blik op de literatuur over dit onderwerp. Hierin is een drietal tradities te onderkennen, de rechtseconomische, de rechtspsychologische en de rechtssociologische traditie. Het model dat we vervolgens introduceren is gebaseerd op de veronderstelling dat individuen een afweging maken tussen kosten en baten van gedragsalternatieven.⁴ Wanneer we de kosten en baten in dit model niet beperkt maar ruim opvatten, niet alleen als financieel of materieel maar ook als psychologisch en sociaal, kunnen inzichten uit elk van deze drie tradities worden geïntegreerd.⁵ Daarna illustreren we de werking van

4 Coleman 1990.

5 Vgl. Lindenberg 1996.

het model aan de hand van een empirische studie over geschillen bij of na oplevering van koopwoningen. We eindigen met enkele conclusies.

2 DRIE TRADITIES

Voor het gebruik van geschilbeslechtsarrangementen worden doorgaans verklaringen aangedragen vanuit verschillende wetenschappelijke invalshoeken. Wij onderscheiden hier het rechtseconomische, het rechtspsychologische en het rechtssociologische perspectief.

Rechtseconomie

De belangrijkste gedragsassumptie van (rechts)economen is dat individuen *doelrationeel* handelen. Verondersteld wordt dat geschilpartijen (en soms ook advocaten en rechters) hun (procedeer)beslissing funderen op een afweging van kosten en baten. Rechtseconomen beperken zich daarbij tot de materiële kosten en baten van procedures, zoals geld, tijd en zaaksbelangen. Het totale beroep op procedures, bijvoorbeeld rechtszaken, wordt in deze traditie beschouwd als een samenstel van individuele keuzen. Het individu maakt zodanige keuzen dat zijn kosten zo gering mogelijk en zijn opbrengsten zo groot mogelijk zijn. Deze individuele keuzen worden beïnvloed door het systeem van geschilbeslechting, bijvoorbeeld door de kosten van rechtspraak of door de lengte van doorlooptijden. Traditioneel leggen rechtseconomen het accent op de mate waarin het aanbod van procedures economisch efficiënt is ingericht.⁶ Klassieke vragen in de rechtseconomische traditie zijn: welke (procedurele) kenmerken zijn bepalend voor de kosten van rechtspraak en rechtshulp? Wat zijn de gevolgen van die kosten voor individuele beslissingen? Wanneer wordt geschikt, wanneer geprocedeerd? Wanneer wordt in hoger beroep gegaan?⁷ De nadruk ligt daarbij op de financiële en materiële kosten en opbrengsten van procedures, zoals griffierechten, advocaatkosten, proceskostenveroordeling, doorlooptijden, bewijslast en zaaksbelang. De invloed van dergelijke factoren op individuele beslissingen is inmiddels goed gemodelleerd. Daarbij zijn ook onderlinge verbanden tussen de factoren onderzocht.⁸ De feitelijk het vaakst gemaakte keuze, die voor *informele* oplossingsarrangementen, is overigens grotendeels onderbelicht gebleven in de rechtseconomie.⁹ In het toetsen van verbanden tussen procedurekenmerken en individuele procedeerkeuzen laten rechtseconomen andere aspecten van de sociale werkelijkheid buiten beschouwing. Omgevingsfactoren, individuele voorkeuren en sociale relaties worden

6 Coase 1960; Landes 1971; Tullock 1975.

7 Vgl. De Mot en De Geest 2004.

8 Ibid.

9 O.a. Shavell 1995; Benson 2000.

bijvoorbeeld doorgaans constant verondersteld. Rechtseconomen bedienen zich in de regel van abstracte modellen waarin relaties tussen systeem- en procedurekenmerken en individuele keuzen in symbolen worden uitgedrukt. Empirisch onderzoek naar de houdbaarheid van deze modellen is schaars en meestal beperkt tot de toetsing van verbanden op het niveau van het systeem als geheel (macro).

Een centraal vraagstuk in de rechtseconomie is: 'wanneer schikken, wanneer procederen'? Bij de keuze tussen een schikking of een gerechtelijke procedure staan de afweging tussen de kosten van rechtspraak, de kosten van schikken en de verwachte baten van beide centraal.¹⁰ Zo vormen *proceskosten* een prikkel om af te zien van rechtspraak en wordt alleen een rechtszaak gestart als de verwachte baten (de kans op winst maal het zaaksbelang) deze overstijgen.

Traditioneel wordt met de veronderstelling van (doel)rationaliteit aangenomen dat individuen beschikken over perfecte informatie en onstuitbare wilskracht. Ze zijn in dit model in staat om meerdere alternatieven, bijvoorbeeld schikken en procederen, systematisch op meerdere aspecten te beoordelen en op grond hiervan het meest gunstige alternatief te kiezen. Intussen heeft dit rationele model meer en meer plaatsgemaakt voor een *beperkt*-rationeel model.¹¹ Steeds vaker wordt aangenomen dat informatie en wilskracht beperkt zijn. Ook ontstaat er in de rechtseconomie ruimte voor het opnemen van 'systematische denkfouten' in modellen, zoals risico-aversie en de invloed van onzekerheid. Deze zijn ontleend aan de psychologie. Zo kunnen partijen door optimisme of omdat zij onzeker zijn over hun positie ten opzichte van de wederpartij, ervoor kiezen om niet te schikken maar de rechter in te schakelen.¹² Bovendien wordt steeds vaker verondersteld dat partijen behalve materiële aspecten ook factoren uit hun *sociale omgeving* laten meewegen. Denk aan het behoud van persoonlijke of handelsrelaties op de korte of langere termijn. Dergelijke verfijningen zijn ontleend aan de rechtssociologie.

Rechtspsychologie

Rechtspsychologen beogen de voorkeuren en het gedrag van mensen in juridische situaties en in allerlei rollen te beschrijven en te verklaren.¹³ Individuele voorkeuren en gedragingen zijn de belangrijkste variabelen. Dit is anders dan in de rechtseconomie, waar juist assumpties over gedrag worden gemaakt om de effecten van bijvoorbeeld procedurele kenmerken te kunnen bestuderen. Typerende rechtspsychologische vragen zijn:

10 Priest en Klein 1984; Cooter en Rubinfeld 1989.

11 O.a. De Geest e.a. 2004.

12 Schweizer 1989; Hay 1995, p. 31.

13 Van Koppen e.a. 2002, p. 2; Griffiths 1996, p. 107.

Aan welke soorten procedures geven mensen feitelijk de voorkeur? In hoeverre ervaren partijen verschillende procedures als rechtvaardig? Hoe werken specifieke kenmerken van procedures door in de bereidheid van partijen om samen te werken?

Wat rechtspsychologen gemeen hebben met rechtseconomen is dat zij doorgaans focussen op zeer specifieke aspecten van juridische beslissingen en andere aspecten en omgevingsfactoren constant veronderstellen. Omdat het individu centraal staat in het rechtspsychologisch onderzoek doet zich vaak de mogelijkheid tot experimenten voor, in een psychologisch laboratorium of in het veld.¹⁴

De rechtspsychologische traditie is tot dusverre sterk gericht geweest op het strafrecht, maar tegenwoordig in toenemende mate ook op andere vormen van rechtspleging.

Van belang voor de verklaring van de vraag naar procedures is (sociaal)psychologisch onderzoek naar de mate van rechtvaardigheid (fairness) die partijen verwachten of ervaren.¹⁵ Doorgaans worden twee typen rechtvaardigheid onderscheiden. 'Procedurele' rechtvaardigheid richt zich op de vorm van het proces, zoals mogelijkheden tot inspraak en horen, of getuigenverklaringen. Hier is bijvoorbeeld het onderscheid relevant of de partijen zelf hun informatie (kunnen) aandragen bij de rechter, zoals in accusatoir ingerichte processen of niet, zoals in meer inquisitoir ingerichte processen. 'Uitkomst'-rechtvaardigheid richt zich op de inhoudelijke uitkomst van een proces, op de belangenafweging die is gemaakt. Belangrijke vragen in het psychologisch onderzoek naar rechtvaardigheid zijn: wat maakt dat mensen een procedure als (on)rechtvaardig beoordelen?¹⁶ Wat is de relatie tussen ervaren rechtvaardigheid en andere menselijke motieven zoals eigenbelang, emotie en onzekerheid?¹⁷

Een andere belangrijke stroming in de rechtspsychologische traditie betreft onderzoek naar hoe procedurele kenmerken doorwerken in de geneigdheid van partijen om samen te werken.¹⁸ Zo luidt een hypothese dat partijen 'in de schaduw van een vonnis' vaak toch nog tot overeenstemming komen. *Onzekerheid* over de inhoud van de uitspraak zou hen hiertoe bewegen. Een saillant rechtspsychologisch inzicht is ten slotte dat partijen hun kansen op verlies of winst van een procedure '*framen*'¹⁹ (meer of minder zwaar laten wegen) en daardoor risicozoekend of juist risicomijdend worden in hun keuze voor een procedure.

14 Van Koppen e.a., 2002, p. 3.

15 Thibaut en Walker 1975; Lind en Tyler 1988; Tyler 1990, 1997.

16 O.a. Tyler 1990, 1997; Van den Bos, 1999.

17 O.a. Van den Bos 2001, 2003.

18 Barendrecht en Klijn e.a., 2004, p. 33-4; Steinel en De Dreu 2004.

19 O.a. Guthrie 2000; Shestowsky 2004.

Rechtssociologie

Rechtssociologen onderscheiden zich van rechtseconomen en rechtspsychologen, door juridische keuzen te *contextualiseren*. Zij zijn met name geïnteresseerd in de invloed van sociale context op het verloop van het geschil en op (juridische) keuzen daarin.²⁰ Daarbij spelen gedragsassumpties over de mens als ‘sociaal wezen’ een grote rol. Mensen zijn ingebed in sociale structuren, knopen relaties aan met andere mensen en worden gereguleerd door sociale normen.

Een veel onderzocht aspect van sociale context binnen de rechtssociologie is wederzijdse afhankelijkheid tussen partijen. Zo is gebleken dat de informele relatie tussen twee contractpartijen hun gedrag doorgaans in grotere mate bepaalt dan de geschreven contractbepalingen. Als partijen elkaar bijvoorbeeld nodig blijven hebben voor handel of vriendschap, zullen zij minder snel kiezen voor juridische oplossingen. In navolging van Macaulay (1963) hebben (economisch) sociologen onderzoek verricht naar de vraag, hoe het kan dat ruilrelaties bevredigend functioneren terwijl er betrekkelijk weinig aandacht is voor gedetailleerde contractuele planning of formeel-juridische procedures (o.a. Raub en Weesie, 2000; Rooks, 2002). In deze onderzoeksstroming worden verklaringen onder meer gezocht in de kenmerken van de relaties en netwerken van partijen en het vertrouwen en de (wederzijdse) afhankelijkheid die daarmee gepaard gaan.

Rechtssociologen contextualiseren tevens door te benadrukken dat een bepaalde beslissing er één is in een hele reeks beslissingen gedurende een geschil. Met andere woorden, in de rechtssociologie wordt een geschil gezien als een proces. Vanuit dit perspectief wordt het geschilproces vaak opgedeeld in meerdere mogelijke *beslismomenten*. Zo zijn bekende momenten in het ontstaan van geschillen ‘naming, blaming en claiming’.²¹ In (potentieel) juridische geschillen kunnen bijvoorbeeld de volgende beslismomenten worden onderscheiden: voorkómen of vermijden, actie of niet, overleggen met de wederpartij of niet, wel of niet tot overeenstemming komen, wel of geen (juridische) procedure starten en wel of niet tot een bevredigende uitkomst geraken.

Recent is in Nederland empirisch onderzoek verricht naar de wijze waarop individuen hun geschillen oplossen. Het beroep op de rechter blijkt een relatief zeer weinig voorkomende keuze in geschillen, zo bleek uit het onderzoek van de zogenoemde geschilbeslechtingsdelta.²² Het beeld van de delta verwijst naar de grote variëteit aan wegen die burgers kunnen bewandelen om hun geschil op te lossen. Bijna 10% van de mensen met problemen blijft passief. Bijna de helft pakt het probleem aan zonder professionele

20 Griffiths 1983; 1996, p. 70.

21 Felstiner 1981.

22 Van Velthoven en Ter Voert 2004, p. 117, 124.

hulp. Uiteindelijk start maar ongeveer 10% een officiële procedure waarvan de helft een rechterlijke procedure. In de andere helft van deze gevallen wordt een buitengerechtelijke procedure gestart. Er bestaan tal van dergelijke buitengerechtelijke arrangementen in ons land. Zo bestaan er alleen al voor consumentenproblemen tientallen commissies, zijn er speciale mediation- en arbitrage-instituten voor bouwzaken en bestaan er meerdere deelcommissies voor problemen in het onderwijs. Deze doen jaarlijks duizenden zaken af. Het aantal geschillen dat in dergelijke semi-juridische procedures wordt afgedaan lijkt gestaag te groeien.²³

Het van oorsprong (rechts)economische rationele-keuzemodel heeft ook in de rechts-sociologie terrein gewonnen. Steeds vaker wordt verondersteld dat actoren een kosten-batenafweging maken. Deze afweging heeft betrekking op meer dan materiële factoren alléén en omvat tevens sociale kosten en baten, bijvoorbeeld reputatie of relatiebehoud. Bovendien worden hulpbronnen in de afweging betrokken.

3 EEN MULTIDISCIPLINAIR PERSPECTIEF

Volgens sommigen zijn voorgenoemde tradities onverenigbaar.²⁴ Zo komt gedrag volgens rechtssocioloog Griffiths tot stand door aangeleerde sociale normen en niet door een kosten-batenafweging.²⁵ Ook rechtspsychologen nemen vaak afstand van de rationele keuzegedachte. Zo acht Tyler de theorievorming rond rechtvaardigheid er niet goed mee verenigbaar.²⁶ Volgens Tyler brengen procedurele kenmerken die volgens de rationele keuzetheorie rechtvaardigheid bevorderen niet per definitie een gevoel van rechtvaardigheid bij individuele partijen teweeg. Zo kan een sterke intrinsieke of principiële voorkeur voor sociale rechtvaardigheid het streven naar maximaal persoonlijk nut doorkruisen.

Hier nemen wij als uitgangspunt dat noch rechtseconomen, noch rechtssociologen of -psychologen in staat zijn om uitsluitend binnen hun disciplinaire grenzen geschilgedrag te verklaren. De grenzen tussen de drie tradities zijn bovendien aan het vervagen. Zo wordt in de rechtseconomische modellen meer ruimte genomen voor psychologische aspecten als onzekerheid, optimisme en risico-aversie. Ook lijken sociologische inzichten in de rechtseconomie door te werken. Zo wordt in sommige modellen rekening gehouden met de aard van de relatie tussen twee geschilpartijen. Omgekeerd zijn verklaringen in

23 Vgl. Van Erp en Klein Haarhuis 2006; Klein Haarhuis en Niemeijer 2006.

24 Coleman 1990, p. 6-8, 266-92.

25 Griffiths 1995.

26 Tyler 1997, p. 9-10.

rechtssociologisch onderzoek in toenemende mate geïnspireerd op de rechtseconomie.²⁷ Tegen deze achtergrond willen we in deze bijdrage een multidisciplinair verklaringsmodel uitwerken. Het model staat in de sociologie bekend als het macro-micro-macromodel van Coleman.²⁸ Het model illustreren we met een empirische studie van geschillen in de bouw.²⁹

De eerste stap is het maken van onderscheid tussen macroniveau en microniveau. Op macroniveau vormen regels en institutionele kenmerken van geschilprocedures voor individuen een mix van kosten en opbrengsten. Individuele partijen wegen bij hun keuzen, bijvoorbeeld om al dan niet naar de rechter te stappen, deze kosten en opbrengsten tegen elkaar af. Zo zal iemand die juridisch zwak staat, eerder kiezen voor onderhandelen dan voor een rechtszaak.

Ook individuele factoren (op microniveau) zijn op deze keuzen van invloed. Denk aan de financiële hulpbronnen waarover een partij beschikt of aan 'bureaucratische vaardigheden'. Ook maken 'repeatplayers' die vaak met geschillen te maken krijgen (bijvoorbeeld bedrijven of bestuursorganen) uit strategische overwegingen andere keuzen dan 'oneshotters'.

Op mesoniveau is verder de sociale omgeving, de netwerken waarvan geschilpartijen deel uitmaken van invloed op het verloop van een geschil. Te denken valt aan de mate waarin partijen van elkaar afhankelijk zijn voor handel of vriendschap of aan de invloed van derden, zoals vrienden of dorpsgenoten. Ook kunnen partijen hulpbronnen aan hun netwerken ontfemen, zoals geld, diensten en kennis. Hierdoor maken zij andere keuzen dan personen die niet over dergelijke hulpbronnen kunnen beschikken.³⁰

Gezamenlijk leiden deze individuele keuzen tot een collectieve uitkomst op macroniveau: het gebruik van procedures. De verklaring loopt dus van het macroniveau via het microniveau terug naar het macroniveau. Door kosten en baten ruim op te vatten als niet alleen materieel maar ook psychologisch en sociaal, kunnen inzichten uit elk van de drie genoemde tradities in het model worden geïncorporeerd.³¹ Het model is schematisch weergegeven in figuur 1. Met een verwijzing naar de vorm van het model wordt wel gesproken van 'het bootje van Coleman'.

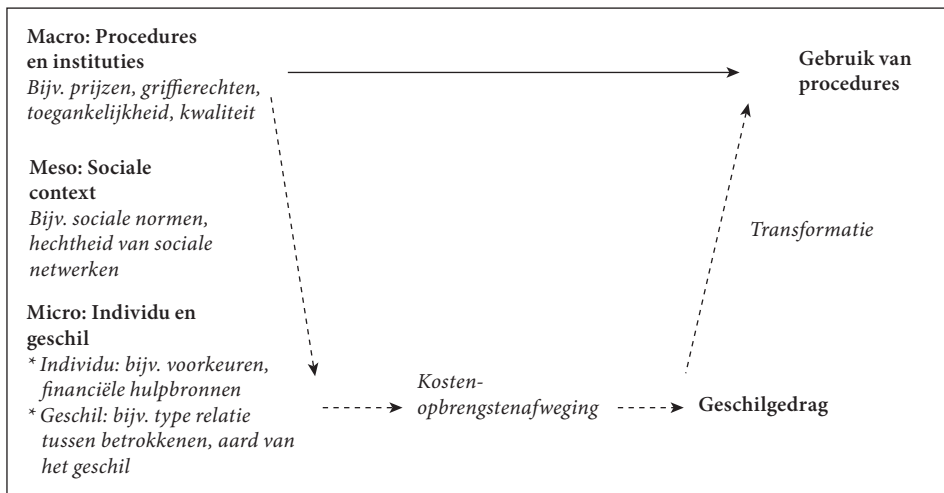
27 Macaulay 1963, p. Rooks, 2002; Van Velthoven en Ter Voert 2004.

28 Coleman 1990, p. 10 e.v.

29 Gezien de beperkte empirische gegevens is dat overigens slechts op onderdelen mogelijk.

30 Macaulay 1963, Burt 2000.

31 Vgl. Lindenberg 1996.



Figuur 1 Verklaringsmodel voor het gebruik van procedures

4 BOUWGESCHILLEN EN HUN VERLOOP

In het volgende illustreren we (onderdelen van) het model met empirisch materiaal uit een onderzoek van Companen (2002) over problemen tussen kopers van nieuwbouwhuizen enerzijds en de bouwers (aannemers) anderzijds.³²

4.1 Problemen en oplossingen

Uit het onderzoek van Companen blijkt dat 72% van de in totaal 300 ondervraagden problemen bij of na oplevering van de koopwoning heeft ondervonden.³³ In de praktijk betekent dit dat kopers van zo'n 40.000 koopwoningen met problemen werden geconfronteerd. Het gaat daarbij om problemen betreffende de afwerking (bijv. schilder-, timmer- en kitwerk (65%), problemen met technische installaties (32%), problemen met sanitair en keuken (30%), problemen met fundering, vloeren, muren, dak, meerwerk en overige problemen (60%).³⁴

32 Dit onderzoek lijkt in opzet en uitvoering sterk op de genoemde geschilbeslechtsingsdelta, maar beperkt zich tot een specifiek type geschil.

33 Companen 2002, p. 38.

34 Omdat één koper meerdere problemen kan tegenkomen, stijgt het totaalpercentage ver boven de 100 uit.

Op het moment dat een koper van een nieuwbouwhuis met een probleem wordt geconfronteerd, staan er verschillende wegen open. Allereerst kan de koper ervoor kiezen om de situatie actief aan te pakken, of om passief te blijven en zijn verlies te nemen ('slikken'). Als de koper het er niet bij wil laten zitten, is overleg met de bouwer een voor de hand liggende stap. Wanneer dit overleg niet mogelijk lijkt, of niet resulteert in een bevredigende uitkomst, kunnen kopers vervolgens bij twee buitengerechtelijke instanties of bij de rechter terecht voor een procedure.

De eerste buitengerechtelijke instantie is het Garantie Instituut Woningbouw (GIW).³⁵ Bij geschilbeslechting via het GIW kan gebruik worden gemaakt van meerdere procedures. In eerste instantie van bemiddeling door een van de aangesloten organisaties van het GIW. Als dat niet lukt, kan gebruik worden gemaakt van bemiddeling of arbitrage door het GIW zelf.³⁶ De tweede buitengerechtelijke instantie is de Raad van Arbitrage (RvA).³⁷

De weg naar de rechter staat open in die gevallen waarin in de koop- of aannemingsovereenkomst géén arbitrageclausule is opgenomen. Arbitrale vonnissen van het GIW en de RvA zijn bindend.³⁸ De uitspraken van RvA en GIW zijn dus doorgaans het eindstation.

Figuur 2 geeft een totaaloverzicht van de wegen die kopers feitelijk hebben bewandeld bij problemen bij of na de oplevering van de woning. Ongeveer 87% van de kopers met een probleem ondernam actie naar aanleiding van de problemen, door met de bouwer te overleggen. Van de consumenten die daarbij niet tot overeenstemming kwamen, vroeg 18% bemiddeling aan bij een van de bij het GIW aangesloten organisaties. Pas na deze bemiddelingsfase kan de koper het probleem ter bemiddeling of arbitrage aan het GIW zelf voorleggen. Zo'n 38% van de kopers zette deze stap.³⁹

Het overgrote deel (82%) van de 16.000 kopers voor wie overleg met de bouwer geen bevredigende oplossing opleverde, vroeg géén bemiddeling aan bij de aangesloten organisaties van het GIW. In bijna al deze gevallen (96%) werd geen nadere actie ondernomen.

35 Het GIW verschaft waarborgen voor de kwaliteit van koophuizen en -appartementen en biedt oplossingen indien er 'iets mis gaat'. De waarborgen worden uitgegeven via waarborgcertificaten, die de kwaliteit van nieuwbouwhuizen garanderen. Treden er gebreken op, dan kunnen huizenkopers via de GIW-certificaten bedingen dat zij recht hebben op herstel daarvan. Bouwbedrijven kunnen zelf kiezen of ze zich aansluiten bij het GIW. Dit geeft hen een 'garantie-keurmerk'.

36 Gemiddeld heeft het GIW jaarlijks een kleine 800 zaken in behandeling.

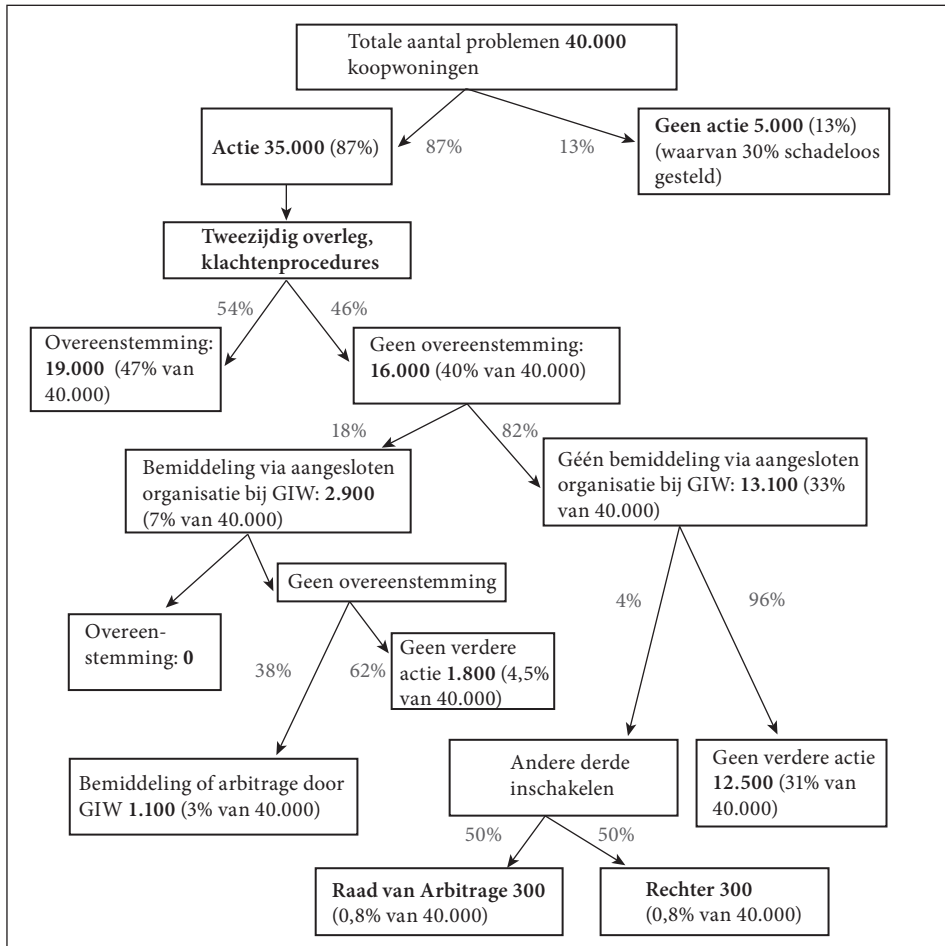
37 De RvA is het belangrijkste arbitrageorgaan voor bouwzaken in Nederland. In de meest gebruikte algemene voorwaarden in de bouw wordt de RvA als arbiter aangewezen. De RvA doet jaarlijks rond de 1100 zaken af, waarvan ongeveer 37% geschillen betreft tussen bouwers en particuliere kopers.

38 Wel kan een koper alsnog aan de rechter verzoeken om het vonnis nietig te verklaren. In de afgelopen jaren is dat met enkele uitspraken van de RvA en niet een van het GIW gebeurd.

39 Companen 2002, p. 9-10.

Van de overgebleven actieven (4%) vroeg de helft arbitrage aan bij de RvA en stapte de helft naar de rechter.

Uit het voorgaande valt vooral op dat de oplossing van het overgrote merendeel van de problemen *niet* via het GIW verloopt. Van deze problemen stranden er veel, zonder dat bouwers verder worden aangesproken.



Figuur 2 Door kopers gezette stappen na problemen bij of na oplevering (in 2000)

Bron: Companen (2002: 42).

Wanneer we deze cijfers over de bouw vergelijken met de hiervoor genoemde geschilbeslechtingsdelta, het onderzoek naar alle mogelijke soorten problemen van natuurlijke personen, dan vallen vooral de overeenkomsten op.⁴⁰ In de geschilbeslechtingsdelta ging ruim 77% van de personen met een probleem over tot actie. Bij bouwproblemen gebeurt dat nog iets vaker, namelijk in 87% van de gevallen. Zowel in de geschilbeslechtingsdelta als in het onderzoek naar bouwgeschillen komt men in bijna de helft van de gevallen tot overeenstemming. Ook het aantal personen dat een officiële procedure start bij een rechter, arbiter of mediator, bijna 11%, komt in beide onderzoeken overeen. Ten slotte is ook het aantal personen dat uiteindelijk een onbevredigende situatie 'slikt' nagenoeg gelijk: ca. 45%.

4.2 Partijen, factoren en beslismomenten

Welke factoren bepalen nu de beslissingen van kopers als blijkt dat hun nieuwe huis gebreken vertoont? Wat maakt bijvoorbeeld dat relatief veel problemen in overleg worden afgedaan? Hoe valt het te verklaren dat zoveel huizenkopers op zeker moment hun probleem slikken en geen verdere actie meer ondernemen? Waarom maken maar zo weinig huizenkopers gebruik van de buitengerechtelijke procedures bij het GIW en de RvA en waarom komen er uiteindelijk maar zo weinig zaken bij de rechter terecht?

In het volgende onderscheiden we drie beslismomenten in het geschilproces: (1) actie- of niet (2) overleg en overeenstemming, (3) gebruik van een procedure. Met een procedure bedoelen we hier dat het geschil wordt voorgelegd aan een derde. We bezien vervolgens *per beslismoment*, welke factoren een rol (kunnen) hebben gespeeld in de keuzen van de huizenkopers.⁴¹ Per beslismoment spelen meerdere factoren een rol, op verschillende niveaus. Het eerste niveau van factoren (macro) betreft kenmerken van de regels en de beschikbare procedures, het tweede (meso) betreft kenmerken van de sociale en normatieve context en het derde niveau (micro) betreft kenmerken van het geschil en van de betrokken partijen.

Beslismoment I Actie of passief blijven?

87% van de huizenkopers met een probleem ondernam actie, 13% bleef passief. Wat maakt nu dat mensen passief blijven? Uit het onderzoek blijkt dat 5000 kopers, zo'n 30% van de gevallen, zonder dat zij daarvoor extra moeite hoefden te doen, alsnog een

⁴⁰ Van Velthoven en Ter Voert 2004, p. 117.

⁴¹ Uiteraard zijn de beslismomenten niet geheel los van elkaar te zien. Wat er op beslismoment I gebeurt is immers vaak mede bepalend voor beslismoment II enzovoort.

schadeloosstelling van de bouwer hebben ontvangen.⁴² Passief blijven betekent dus niet automatisch nadeel of verlies.⁴³ 15% van de passieve huizenkopers gaf aan te denken niet opgewassen te zijn tegen de bouwer. Men verwachtte dat de bouwer, gezien zijn expertise, ervaring en relaties, hen eenvoudig buiten spel zou zetten. Met andere woorden, de 'one-shotter' denkt maar weinig kans te hebben tegen de 'repeatplayer' en ziet daarom af van enige actie.⁴⁴ In de literatuur is relatief weinig aandacht voor deze fase in een geschil. Op de motieven van de resterende 55% van de passieve kopers wordt door Companen niet ingegaan.

Beslismoment II Overleg en overeenstemming?

Het merendeel (87%) van de kopers met een probleem blijkt zich te wenden tot de bouwer voor overleg. In de literatuur worden verschillende verklaringen aangedragen die licht werpen op de factoren die een rol spelen bij deze keuze.

In de eerste plaats factoren op het niveau van het rechtssysteem, de zogenoemde 'schaduwwerking' van het recht.⁴⁵ Partijen weten dat een beroep op het recht vaak relatief dure, langdurige en onvoorspelbare procedures met zich mee brengt. Met dit beeld voor ogen kiezen zij doorgaans voor rechtstreeks overleg. Zij hebben dan zelf de regie, het is veel goedkoper en het levert wellicht eerder resultaten op. Overigens is, naarmate de juridische weg toegankelijker is, de dreiging ermee geloofwaardiger. Daardoor stijgt de kans dat men in het informele traject tot overeenstemming komt. Ook het zaaksbelang is een belangrijke factor. Naarmate dit belang toeneemt, zal men eerder bereid zijn hogere kosten te maken en zal méér gebruik van procedures worden gemaakt.⁴⁶

De keuze voor overleg wordt voorts bepaald door factoren op mesoniveau. Wanneer partijen deel uitmaken van dezelfde netwerken, zullen zij willen voorkomen dat hun reputatie wordt geschaad door het voeren van openbare procedures. Bovendien zal men, om toekomstige transacties niet in gevaar te brengen, de zaak zo veel mogelijk in onderling overleg willen oplossen.⁴⁷

Er zijn verschillende factoren op het niveau van het geschil (micro) die overleg en overeenstemming beïnvloeden. Zo bestaat er in het begin van een geschil vaak informatieongelijkheid tussen partijen. Partijen weten niet goed hoe sterk of zwak hun posities zijn.

42 Companen 2002, p. 9-10.

43 De Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling (2004) lijkt in passiviteit eerder onvoldoende toegang tot het recht te zien.

44 Vgl. Galanter 1974.

45 Vgl. Mnookin and Kornhauser 1979.

46 Vgl. Eshuis en Paulides 1999; Van Velthoven en Ter Voert 2004.

47 Macaulay 1963; Rooks 2002.

Naarmate er tijdens de overlegfase tussen de partijen meer informatie wordt uitgewisseld, stijgt de kans op overeenstemming. Partijen schatten geleidelijk hun kansen beter in, wat overoptimisme en blufgedrag kan temperen.⁴⁸ Ook de aard van de relatie tussen partijen is van invloed. Wederzijdse afhankelijkheid en onderling vertrouwen doen partijen naar overeenstemming streven en formele procedures (een potentieel gevaar voor de relatie) mijden.⁴⁹

Ten slotte spelen verschillen tussen partijen een rol. Culturele verschillen tussen partijen kunnen leiden tot verschillende interpretaties van de situatie en het bereiken van overeenstemming in de weg staan.⁵⁰ Mensen met een hogere sociaaleconomische status en meer sociale vaardigheden zijn beter in staat om in het overleg met een wederpartij tot overeenstemming te komen.⁵¹ Overleg leidt vaker tot succes wanneer één of beide partijen coöperatief zijn ingesteld en zich bovendien willen inspannen voor een oplossing.⁵²

De schaduw van het recht lijkt inderdaad te werken bij problemen bij oplevering van koophuizen. Overleg met de bouwer is in de praktijk eenvoudig en laagdrempelig. Iets meer dan de helft (54%) van de kopers bereikte een bevredigende oplossing door met de bouwer te overleggen.⁵³ Hierbij lijkt het zaaksbelang echter een belangrijke factor. Kleinere problemen, zoals de afwerking van de woning en technische installaties werden veel vaker opgelost dan bijvoorbeeld problemen met de fundering. Voor de bouwer-verweerder brengt het verhelpen van kleinere problemen aan woningen relatief weinig kosten met zich mee.

Beslismoment III Procedure?

Welke factoren maken nu dat iemand zijn geschil in een procedure aan een derde voorlegt? Bij de factoren op macroniveau speelt allereerst de *kostenfactor* een rol. Hoe lager de kosten, hoe toegankelijker de procedure. Financiële kosten, informatieverzameling, bewijsvoering, doorlooptijd van een procedure, het zijn allemaal kostenposten die een dempende werking op de vraag hebben.⁵⁴ Dat een ruim en toegankelijk aanbod van procedures ook daadwerkelijk leidt tot meer gebruik, vindt voorlopig bevestiging in de literatuur.⁵⁵ Tegemoetkomingen in de vorm van subsidies en verzekeringen zouden dit

48 Volgens rechtseconomen geven partijen met een sterke zaak vaker informatie prijs dan partijen met een zwakke zaak (Shavell, 1989).

49 Macaulay 1963; Niemeijer 1991; Rooks 2002.

50 Barendrecht en De Vries 2004.

51 Van Velthoven en Ter Voert 2004, p. 129-131.

52 Nauta, De Dreu en Van der Vaart 2003; Steinel en De Dreu 2004.

53 Companen 2002, p. 43, 47.

54 O.a. De Mot en De Geest 2004.

55 George en Guthrie 2004.

bevorderen.⁵⁶ Procedures brengen ook *sociale* kosten en baten met zich mee. Denk aan eventuele relatie- of reputatieschade. Dit type kosten wordt hoger naarmate de procedure formeler wordt. Zo biedt de relatief informele mediation procedure meer gelegenheid voor relatiebehoud of -herstel dan arbitrage of rechtspraak.

Ook het gevoel van *rechtvaardigheid* dat procedures teweeg kunnen brengen is een immateriële opbrengst. Procedures worden als meer rechtvaardig ervaren naarmate partijen meer controle over de procedure hebben, goed geïnformeerd worden en bijvoorbeeld in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunt toe te lichten.⁵⁷ Daarnaast speelt de derde partij een rol. Het gaat dan om de mate waarin de derde partij betrouwbaar, onafhankelijk, onpartijdig en deskundig overkomt op de partijen en de wijze waarop zij zijn bejegend. Hoe meer een procedure dit soort opbrengsten genereert, des te aantrekkelijker deze voor partijen wordt.

Ook kenmerken van de sociale netwerken (meso) waarvan partijen deel uitmaken bepalen mede of de stap naar een procedure wordt gezet of niet. Een hecht netwerk waarin sprake is van goede communicatie en onderling vertrouwen bevordert een informele wijze van geschilbeslechting. In de eerste plaats omdat partijen uit angst voor reputatieverlies binnen het netwerk formele procedures liever vermijden. In de tweede plaats maakt het netwerk het voor bedrijven of vrienden gemakkelijker om op zoek te gaan naar een geschikte andere partij. Hierdoor laten partijen een probleem minder gauw uit de hand lopen.⁵⁸ In de derde plaats zijn binnen een 'rijk' netwerk sneller bondgenoten en deskundigen te vinden die een bijdrage kunnen leveren aan de oplossing van het geschil.

Factoren op het niveau van het geschil (micro) zijn eveneens van invloed op de keuze voor een procedure. Allereerst is een gezamenlijk verleden van partijen van belang. Naarmate partijen meer afhankelijk van elkaar zijn geworden voor bijvoorbeeld handel of vriendschap, zullen ze vaker voor informele oplossingstrajecten kiezen. Voorts speelt het zaaksbelang mee. Hoe groter het zaaksbelang, hoe vaker wordt gekozen voor arbitrage of rechtspraak in plaats van bemiddeling of overleg.⁵⁹ Ten slotte speelt een scala van *individuele* kenmerken een rol bij de keuze voor een procedure. Uit empirisch onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat persoonskenmerken als een 'competitieve' (strijdlustige) motivatie, overoptimisme en een voorkeur voor rechtvaardigheid⁶⁰ de keuze voor een procedure waarschijnlijker maken. Factoren die het gebruik van formele procedures afremmen zijn

56 De Mot en De Geest 2004, p. 59-60.

57 Thibaut and Walker 1975; Tyler 1990, p. 137, e.v.; 1997, p. 93.

58 Rooks 2002.

59 Rooks 2002, p. 116, 132.

60 O.a. Tyler 1990.

bijvoorbeeld onzekerheid en risico-aversie,⁶¹ goed ontwikkelde sociale vaardigheden en een coöperatieve (op samenwerking gerichte) motivatie in de oplossing van het geschil.

Bemiddeling door bij het GIW aangesloten organisaties

18% van de kopers die het met de bouwer niet eens konden worden (7% van alle kopers met een probleem), vroeg bemiddeling aan bij één van de bij het GIW aangesloten organisaties.⁶² Dit leidde echter in geen enkel geval tot overeenstemming. Vermoedelijk ligt de oorzaak hiervan in de aard van de uitkomst van bemiddeling: een *compromis*.⁶³ Beide partijen moeten dan water bij de wijn doen en kopers blijken daartoe (in deze fase) niet bereid. Zij vinden het oneerlijk om dat van hen te verlangen. Het is dan ook niet verrassend dat 75% van de kopers ontevreden is over het resultaat van de bemiddeling. De resterende 25% was slechts gedeeltelijk positief. De betrokken *bouwers*, daarentegen, vonden de bemiddelingsprocedure unaniem zinvol en de oplossingen 'redelijk'.

Veruit de meeste (82%) van de kopers met een probleem maakte na mislukt overleg met de bouwer *geen* gebruik van bemiddeling door een aangesloten organisatie bij het GIW. Als belangrijkste reden geven kopers aan dat bemiddeling geen zin heeft of te ingewikkeld is. Het overgrote deel van de kopers (96%) onderneemt vervolgens ook geen enkele andere actie. De resterende 4% begint een arbitrage- of gerechtelijke procedure.

Arbitrage en bemiddeling door het GIW zelf

Zo'n 38% van de kopers wier probleem bij de aangesloten organisaties niet (bevredigend) is opgelost, start een arbitrage- of bemiddelingsprocedure bij het GIW zelf.⁶⁴ Deze keuze lijkt samen te hangen met de (financiële) omvang van een probleem. Bij problemen van grote omvang wordt bijna drie keer zo vaak van het GIW gebruikgemaakt dan bij kleine problemen.⁶⁵

Veel huizenkopers blijken niet tevreden over het functioneren van het GIW als arbitrage- en bemiddelingsorgaan (80%). De bouwer-verweerdere, daarentegen, zijn opnieuw wél redelijk tevreden (78%). Anders dan bij de bemiddelingsprocedure door de aangesloten organisaties valt de (on)tevredenheid in dit geval juist niet te verklaren door de materiële uitkomst. In 80% van de zaken kregen de (ontevreden) kopers namelijk gelijk.⁶⁶

61 O.a. Guthrie 2000, p. 167, 182.

62 Veel van deze kopers bleken bij de opstelling van het bouwcontract op de hoogte geraakt te zijn van de mogelijkheid van bemiddeling.

63 Companen 2002, p. 44.

64 Dat komt neer op 3% van alle kopers met een probleem.

65 Companen 2002, p. 47.

66 Companen 2002, p. 35.

Kennelijk zijn hier procedurele factoren, zoals accuraatheid⁶⁷ of de tijdens de procedure ervaren rechtvaardigheid doorslaggevend. Een alternatieve verklaring is dat bouwers, de repeatplayers, door hun ervaring ook andere verwachtingen hebben en daarom meer tevreden zijn.

De Raad van Arbitrage

Een zeer klein percentage (2%) van de huizenkopers wendt zich na mislukt overleg met de bouwer tot de RvA. Dit is het belangrijkste arbitrageorgaan voor bouwzaken in Nederland.

Onwetendheid is een belangrijke reden van dit zeer geringe gebruik. Relatief weinig kopers (41%) bleken van deze procedure op de hoogte.⁶⁸ Andere redenen voor niet-gebruik zijn dat kopers denken dat het toch geen zin heeft (26%) en dat het te ingewikkeld zou zijn (9%). Het geringe gebruik zal daarnaast samenhangen met de hoge kosten en doorlooptijden. De kosten van een procedure bij de RvA liggen gemiddeld rond € 3000.⁶⁹ Dat is veel meer dan de eenmalige bijdrage van € 40 die wordt gevraagd voor procedures van het GIW.⁷⁰ Ook zijn de doorlooptijden bij het GIW aanzienlijk korter dan bij de RvA.

De rechter

Van de huizenkopers die hun geschil niet aan het GIW of de RvA voorleggen gaat slechts 2% naar de rechter. De overige kopers waren vaak van mening dat deze stap geen zin heeft of te veel rompslomp oplevert (51%). Ook vonden nogal wat kopers het financiële belang van de zaak te klein (12%). Over de gang naar de rechter bleken bouwers tevreden in termen van redelijkheid, zorgvuldigheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid.⁷¹

5 CONCLUSIE

Met deze bijdrage beogen we meer greep te krijgen op de factoren die bepalend zijn voor het gebruik van (privaatrechtelijke) arrangementen voor geschilbeslechting. In de literatuur hierover zijn drie tradities te onderscheiden, rechtseconomie, rechtspsychologie en rechtssociologie. Elk van deze invalshoeken kenmerkt zich door eigen assumpties. Rechts-economen gaan er bijvoorbeeld van uit dat individuen doelrationeel handelen en dat zij hun keuzen baseren op een afweging van (vooral materiële) kosten en baten. Rechtsso-

67 vgl. De Mot en De Geest 2004, p. 39.

68 Companen 2002, p.27, 64.

69 Voor een claim met een omvang kleiner dan € 3000 wordt € 250 in rekening gebracht. Boven de € 45.000 liggen de kosten tussen de 3% en 14% van het zaaksbelang (Companen 2002, p. 56).

70 Wint de klager, dan wordt dit bedrag weer terugbetaald. Deze kosten zijn gewijzigd met de komst van het Arbitrage Instituut GIW, per 1 januari 2007.

71 Over de tevredenheid van de kopers over de procedure bij de rechter biedt het onderzoek van Companen geen informatie.

ciologen benadrukken de invloed van de sociale context op de afwegingen die mensen maken. Wij menen dat noch rechtseconomen, noch rechtssociologen of -psychologen in staat zijn om uitsluitend binnen hun disciplinaire grenzen geschilgedrag te verklaren. Wij stellen daarom een multidisciplinair verklaringsmodel voor, waarin inzichten uit verschillende tradities worden geïntegreerd.

Ons model stoelt op de assumptie dat het totale gebruik van dergelijke arrangementen is op te vatten als de som van allerlei individuele beslissingen. Voorts wordt aangenomen dat individuen een afweging maken tussen de kosten en baten van gedragsalternatieven. Deze kosten en baten zijn echter niet alleen financieel of materieel, maar kunnen ook psychologisch en sociaal van aard zijn. Zo zal een partij zich bij de keuze tussen een buitengerechtelijke procedure en de rechter niet alleen afvragen welk alternatief het goedkoopst is, maar (mogelijk) ook welk alternatief het meest aantrekkelijk is uit procedureel oogpunt of de minste schade oplevert voor de relatie met de tegenpartij. De kosten en baten van gedragsalternatieven zijn mede afhankelijk van de sociale en normatieve context van het probleem of geschil. Indien partijen deel uitmaken van dezelfde netwerken zullen zij bijvoorbeeld uit angst voor reputatieverlies eerder kiezen voor overleg dan voor een formele procedure, ook al zou dat eventueel financieel nadelig zijn.

We illustreren dit verklaringsmodel met empirische kennis uit een onderzoek naar problemen bij of na oplevering van koopwoningen. Daarbij vallen allereerst de grote overeenkomsten op met de resultaten van eerder onderzoek naar alle mogelijke soorten problemen van natuurlijke personen (de geschilbeslechtingsdelta). De overgrote meerderheid van personen met een probleem gaat over tot actie. In bijna de helft van de gevallen komt men tot overeenstemming. Een vergelijkbaar aantal 'slikt' uiteindelijk een onbevredigend resultaat. Een relatief klein aantal problemen belandt uiteindelijk in een procedure. De empirische studie illustreert dat in de kosten- en batenafweging van kopers uiteenlopende factoren een rol spelen. De financiële dimensie is daarbij weliswaar een belangrijke factor, maar zeker niet de enige.

LITERATUUR

Barendrecht & Klijn 2004

Barendrecht, J.M. & Klijn, A. (red.), Brenninkmeijer, A., F. Bruinsma, C. De Dreu, R. Eshuis, N. Huls, L. de Groot-van Leeuwen, F. Leeuw, F. van, *Balanceren en vernieuwen, een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Procesrecht*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2004.

Barendrecht & De Vries 2004

Barendrecht, J.M. & B. de Vries, *Fitting the forum to the fuss with sticky defaults: failure on the market for dispute resolution services?*, Tilburg Law and Economics Center 2004.

Bouckaert & De Geest 2000

Bouckaert, B. & G. de Geest (eds.) *Encyclopedia of Law and Economics, The economics of crime and litigation*, Volume V, Cheltenham/Nothampton: E. Elgar 2000, p. 159-95.

Van den Bos 1999

Bos, van den, K., 'What are we talking about when we talk about no-voice procedures? On the psychology of the fair outcome effect', *Journal of Experimental Social Psychology* 35, 1999, p. 560-577.

Van den Bos 2001

Bos, van den, K., 'Uncertainty management: The influence of uncertainty salience on reactions to perceived procedural fairness', *Journal of Personality and Social Psychology* 80, 2001, p. 931-941.

Van den Bos 2003

Bos, van den, K., 'On the subjective quality of social justice: The role of affect as information in the psychology of justice judgments', *Journal of Personality and Social Psychology* 2003, 85, p. 482-498.

Burt 2000

Burt, R.S., 'The network structure of social capital', in: R.I. Sutton, M. Staw (eds.), *Research in organizational behavior*, Greenwich C: JAI Press 2000.

Coase 1960

Coase, R., 'The Problem of Social Cost', *Journal of Law and Economics*, jrg. 3, nr. 1, 1960, p. 1-44.

Coleman 1990

Coleman, J.S., *Foundations of social theory*, Cambridge MA: Harvard University Press 1990.

Consumentenbond 2003

Consumentenbond, *Van recht hebben naar recht krijgen*, Jubileumonderzoek, Den Haag: maart 2003.

Cooter & Rubinfeld 1989

Cooter, R. & D. Rubinfeld, 'Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution', *Journal of Economic Literature* 27, 1989, p. 1067-1097.

Van Erp & Klein Haarhuis 2006

Erp, J.G. van & C.M. Klein Haarhuis, *De filterwerking van buitengerechtelijke procedures. Een verkennend onderzoek*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC, Cahier 2006, nr. 6.

Eshuis & Paulides 2002

Eshuis, R.J.J. & G. Paulides, *Van rechtbank naar kanton. Evaluatie van de competentiegrensverhoging voor civiele handelszaken in 1999*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC, Onderzoek en Beleid, 2002, nr. 204.

Felstiner, Abel & Sarat 1981

Felstiner, W.L.F., R.I. Abel & A. Sarat, 'The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming', *Law and Society Review*, jrg. 15, 1981, p. 631-654.

Galanter 1974

Galanter, M., 'Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change', *Law and Society Review*, jrg. 9, 1974, p. 95-160.

Galanter 2005

Galanter, M., *Lowering the bar. Lawyer jokes and legal culture*, Madison: University of Wisconsin Press 2005.

George & Guthrie 2004

George, L. & C. Guthrie, Induced Litigation, *Northwestern University Law Review*, jrg. 98, nr. 2, 2004, p. 548-578.

Griffiths 1983

Griffiths, J., 'The general theory of litigation: a first step', *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, jrg. 4, 1983, p. 145-202.

Griffiths 1995

Griffiths, J., 'Normative and Rational Choice Accounts of Human Social Behavior', *European Journal of Law and Economics*, jrg. 2, 1995, p. 285-299.

Griffiths 1996

Griffiths, J. (red.), *Een kennismaking met de rechtsantropologie en rechtssociologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

Guthrie 2000

Guthrie, C., 'Framing frivolous litigation: a psychological theory', *The University of Chicago Law Review*, jrg. 67, 2000, p. 163-216.

Hay 1995

Hay, B.L., 'Effort, Information, Settlement, Trial', *Journal of Legal Studies*, jrg. 24, 1995, p. 29-62.

Klein Haarhuis & Niemeijer 2006

Klein Haarhuis, C.M. & Niemeijer, E., 'Vanishing or increasing trials in the Netherlands?', *Journal of Dispute Resolution*, Symposium Edition, 2006, nr. 1, p. 71-106.

Van Koppen, Hessing, Merckelbach & Crombag 2002

Koppen, P. van, D.J. Hessing, H. Merckelbach & H.F.M. Crombag (red.), *Het recht van binnen: Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002.

Lande 2006

Lande, J., 'How much justice can we afford?: Defining the courts' roles and deciding the appropriate number of trials, settlement signals, and other elements needed to administer justice', *Journal of Dispute Resolution*, 2006, nr. 1, Symposium edition, p. 213-252.

Landes 1971

Landes, W.M., 'An Economic Analysis of the Courts', *Journal of Law and Economics*, jrg. 14, 1971, p. 61-107.

Lind & Tyler 1988

Lind, E.A. & T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum 1988.

Lindenberg & Ganzeboom 1996

Lindenberg, S. & H.B.G. Ganzeboom (red.), *Verklarende sociologie: opstellen voor Reinhard Wippler*, Amsterdam: Thesis Publishers 1996.

Macaulay 1963

Macaulay, S., 'Non-contractual relations in business: a preliminary study', *American Sociological Review*, nr. 28, 1963, p. 55-67.

Mnookin & Kornhauser 1979

Mnookin, R.H. & L. Kornhauser, 'Bargaining in the Shadow of the law: the case of divorce', *Yale Law Journal*, 88, 1979, p. 950-997.

De Mot & De Geest 2004

Mot, J.P.B. de & G.A.A. de Geest, *Internationale vergelijking van kenmerken vd juridische infrastructuur en maatschappelijke effecten*, Den Haag: WODC, Ministerie van Justitie, 2004.

De Nauta Dreu & Van der Vaart 2002

Nauta, A., C.K.W. de Dreu & T. van der Vaart, 'Social value orientation, organizational goal concerns and interdepartmental problem solving', *Journal of organizational behavior*, 23, 2002, p. 199-213.

Niemeijer 1991

Niemeijer, E., *Geschillen over bouwplannen. Een rechtssociologisch onderzoek naar de betekenis van regels en afhankelijkheid voor de beslechting van geschillen tussen burger en gemeente over bouwen en ruimtelijke ordening*, Deventer: Kluwer 1991.

Priest & Klein 1984

Priest, G.L. & Klein, B., 'The Selection of Disputes for Litigation', *Journal of Legal Studies*, jrg, 13, 1984, p. 1-55.

Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling 2004

Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Toegang tot het recht*, RMO-advies nr. 32, Den Haag: RMO, 2004.

Raub & Weesie 2000

Raub, W. & J. Weesie, *Management of matches: decentralised mechanisms for cooperative relations with applications to organisations and households (revised version)*, Utrecht University, ISCORE Paper nr. 1, 2000.

Rooks 2002

Rooks, G., *Contract en conflict, strategisch management van inkooptransacties* (diss.), Amsterdam: Thesis publishers 2002.

Schweizer 1989

Schweizer, U., 'Litigation and settlement under two-sided asymmetric information', *Review of Economic Studies* 56, 1989, p. 163-178.

Shavell 1989

Shavell, S., 'Sharing of Information Prior to Settlement or Litigation', *Rand Journal of Economics*, jrg. 20 nr. 2, 1989, p. 183-195.

Shavell 1995

Shavell, S., 'Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis', *Journal of Legal Studies*, jrg. 24, 1995, p. 1-28.

Shestowsky 2004

Shestowsky, D., 'Procedural Preferenes in Alternative Dispute Resolution. A closer, modern look at an old idea', *Psychology, Public Policy and Law*, jrg. 20 nr. 3, 2004, p. 211-49.

Steinel & De Dreu 2004

Steinel, W. & C.K.W. De Dreu, 'Social motives and strategic misrepresentation in social decision making', *Journal of Personality and Social Psychology*, jrg. 86, 2004, p. 419-434.

Thibaut & Walker 1975

Thibaut, J. & L. Walker, *Procedural justice – A psychological analysis*, Hillsdale, NJ: Erlbaum 1975.

Tullock 1975

Tullock, G., 'On Effective Organisation of Trials', *Kyklos*, jrg. 18, 1975, p. 745-762.

Tyler 1990

Tyler, T.R., *Why people obey the law*, New Haven: Yale University Press 1990.

Tyler 1997

Tyler, T.R., *Social Justice in a Diverse Society*, Boulder CO: Westview Press 1997.

Velthoven, van & ter Voert 2004

Velthoven, B.C.J. van & M. ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische geschillen van burgers*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC, Onderzoek en Beleid nr. 219, 2004.

HOOFDSTUK 22

GEDRAGSEFFECTEN VAN ANTI SOCIAL BEHAVIOUR ORDERS

M.T. Croes¹

SAMENVATTING

In dit artikel staan de gedragseffecten van Anti-Social Behaviour Orders (ASBOs) in het Verenigd Koninkrijk centraal. Met de Crime and Disorder Act werden ASBOs er in 1998 geïntroduceerd om de effectieve bestrijding van overlastgevend gedrag mogelijk te maken. De ASBO bestaat uit een rechterlijke opdracht die de overlastgever gebiedt zich in het vervolg van nader omschreven gedragingen te onthouden. De overtreding van de bepalingen van de eenmaal afgegeven ASBO wordt strafrechtelijk vervolgd en wordt bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar. De procedure die tot afgifte van de ASBO leidt, is ongebruikelijk. Hoewel het om een civielrechtelijke procedure gaat, kan de ASBO-aanvraag bij het gerecht slechts door vertegenwoordigers van de lokale gemeenschap, aanvankelijk alleen de lokale politie of het lokale bestuur, worden aangevraagd. De Britse regering verwachtte dat de invoering van de ASBO tot verschillende gedragseffecten zou leiden. De lokale autoriteiten zouden het nieuwe instrument op flinke schaal tegen overlastgevers gaan gebruiken en deze overlastgevers zouden als gevolg daarvan worden afgeschrikt. Het resultaat zou minder overlast zijn. In de praktijk pakte dit echter anders uit. De eerste paar jaar werd de ASBO nauwelijks toegepast. Pas nadat de regering extra maatregelen had genomen om de lokale autoriteiten tot meer activiteit te bewegen, werd het aantal aangevraagde en (uitgevaardigde) ASBOs substantiëler. Wat de afschrikwekkende werking van de ASBO betreft, lijken de effecten gemengd. Hoewel ongeveer de helft

1 Ministerie van Justitie, WODC, m.t.croes@minjus.nl.

van de ASBOs overtreden zou zijn, lijkt de maatregel gegeven de aard van de overtreder en de tijdsduur tussen afkondiging en overtreding niet onsuccesvol.

1 INLEIDING

In de *Observer* stond recent een interessant artikel van Andrew Anthony, *The day reality hit home*.² Het is het autobiografische relaas van een Britse journalist die zich, zoals veel van zijn generatiegenoten,³ in de eerste helft van zijn leven een aan de Franse Verlichting⁴ ontleende mens- en maatschappijbeschouwing had eigengemaakt. Een centrale assumptie binnen dit postmoderne wereldbeeld is dat de mens geen vaste natuur heeft. Mensen komen als een *tabula rasa* ter wereld en hun karakter en gedrag zijn naar believen te vormen. Dat het menselijk handelen in de praktijk stelselmatig bepaalde minder gelukkige varianten vertoont,⁵ wordt in dit verband door de tweede centrale assumptie verklaard. Volgens deze vooronderstelling zou het menselijk gedrag door de omstandigheden worden gedetermineerd. Dit betekent dat wanneer men een betere wereld tot stand zou willen brengen, een wereld waarbinnen het gedrag van mensen altijd 'goed' of 'rechtvaardig' is, de omstandigheden zouden moeten worden aangepast. De gewenste verbetering in het menselijk gedrag zou hierop automatisch volgen. In Anthony's geval richtte deze gedachtegang zich met name op de Verenigde Staten, de samenballing van de krachten die de verbetering van de omstandigheden wereldwijd in de weg zou staan:

*'From where I came from, the United States was always the culprit. There was Vietnam, Chile and the dreadful support for repressive and often debauched regimes right across Latin America, Africa and Asia. I was a veteran of CND anti-cruise missile marches in the 1980s. I had gone to Nicaragua to defend the Sandinista cause against American imperialism. America was the bad guy, right? America was always the bad guy.'*⁶

De terreuraanslagen van 11 september 2001 op het *World Trade Center* in New York en het Pentagon in Washington sloegen Anthony's mens- en wereldbeeld aan gruzelementen. Met de klap waarmee de vliegtuigen zich in de gebouwen boorden, realiseerde hij zich dat er in de wereld slechtere krachten bestaan dan Amerika. Dit besef had grote consequenties. Als Amerika niet altijd de *bad guy* was en zelfs een zo sterke macht als

2 *Observer*, 19 augustus 2007.

3 Lasch 1996.

4 Himmelfarb 2005.

5 Van der Heide & Eggen 2007.

6 *Observer*, 19 augustus 2007.

Amerika het gedrag van mensen niet kon determineren, dan moest dat betekenen dat de invloed van de omstandigheden op het gedrag van mensen minder groot was dan Anthony tot dan toe had aangenomen. Dit beduidde dat hij zijn uitgangspunten radicaal moest herzien. Als nieuwe centrale assumptie lag de gedachte dat mensen de vrijheid hebben om keuzes te maken nu meer voor de hand. Gedrag wordt vanuit dit idee door de omstandigheden niet verontschuldigd, laat staan gedetermineerd, en mensen worden verantwoordelijk gehouden voor de handelwijze die zij kiezen. Voor Anthony had de keuze voor deze zienswijze grote gevolgen, zowel voor hoe hij in het leven stond als voor hoe hij zich tot zijn werk verhield. In de *Observer* deed hij hiervan verslag.

Wanneer er, om met Anthony's eigen woorden te spreken, sprake is van 'a kind of atrophy of moral faculties, brought on by prolonged use of fixed ideas'⁷ is het niet verwonderlijk dat een fundamentele verandering van het wereldbeeld een grote schok behoeft. Dat wereldbeelden echter ook zonder dramatische gebeurtenissen kunnen omslaan, laat de in de jaren negentig van de vorige eeuw veranderde houding van de Britse *Labour Party* tegenover criminaliteit en overlast zien. Tot eind jaren tachtig, begin jaren negentig kreeg criminaliteit als maatschappelijk probleem van deze partij betrekkelijk weinig aandacht. Uitgaande van de socialistische mens- en maatschappijbeschouwing werd criminaliteit en overlast geacht het product van de maatschappelijke verhoudingen te zijn. Hieruit volgde dat het plaatsvinden van criminaliteit en overlast slechts toonde hoe het met deze verhoudingen was gesteld. De bestrijding van criminaliteit en overlast was dan louter symptoombestrijding,⁸ iets waar *Labour* weinig in zag omdat de partij zich op de vermeende *root causes* wilde richten. De specifieke maatregelen die de partij tegen criminaliteit en overlast wilde nemen, kwamen als gevolg hiervan niet veel verder dan subsidies voor huiseigenaren en huurders om hun huis met beter hang- en sluitwerk te beveiligen; meer agenten op straat door een hogere efficiëntie bij de politie te bewerkstelligen; meer straatverlichting; meer stadswachten en conciërges; en financiële compensatie voor slachtoffers.⁹

Toen Tony Blair in 1994 na het plotselinge overlijden van John Smith partijleider werd, veranderde dat. In zijn eerste speech als *Labour*-leider beloofde Blair 'tough on crime, and tough on the causes of crime' te zullen zijn.¹⁰ Dat het accent niet louter op het gebruikelijke tweede deel van deze belofte zou komen te liggen, maakte Blairs beklemtoning van persoonlijke verantwoordelijkheid duidelijk. De bestrijding van overlast werd door hem in dit verband nog niet genoemd, maar Blairs benadrukking van gedeelde waarden,

7 Ibid.

8 Dit gedachtegoed leeft aan sommige universiteiten nog sterk. Zie Croes 2007a.

9 1987 Labour Party Manifesto. <http://www.labour-party.org.uk/manifestos/1987/1987-labour-manifesto.shtml> [7-9-2007].

10 <http://australianpolitics.com/uk/labour/941004blair-new-labour-speech.shtml> [7-9-2007].

gemeenschap, familie en *law and order* maakte het voor de goede verstaander geen verrassing dat 'New' Labour het tot een belangrijk onderdeel van haar plannen zou gaan maken. Na tijdens de reeks voorgaande verloren verkiezingen de traditionele omstandighedenboodschap over criminaliteit te hebben verkondigd en te hebben ingezet op criminaliteitsbestrijdingbeleid dat dichtbij *laissez faire* kwam, ging Labour in 1997 overstag. De partij ging de verkiezingen van dat jaar in met de belofte door middel van streng optreden de criminaliteit en overlast terug te zullen dringen. Onderdeel van het voorgestelde pakket aan nieuwe maatregelen was een *community safety order* die effectief optreden tegen asociale burens mogelijk moest gaan maken.¹¹ De klinkende verkiezingsoverwinning van 1997 legde vervolgens de basis om deze plannen in beleid om te zetten. Dat gebeurde gezwind: krap een jaar na de verkiezingszege zag de *Crime and Disorder Act 1998*¹² het licht. Deze wet introduceerde een serie nieuwe instrumenten om overlast tegen te gaan, waaronder de *Anti Social Behaviour Order* (ASBO).

In deze bijdrage staat de ASBO als middel in de bestrijding van overlast centraal.¹³ De invoering van de ASBO in het Verenigd Koninkrijk¹⁴ betekende de introductie van een bijzondere civielrechtelijke procedure waarbij de politie en het lokale bestuur namens de gemeenschap als civielrechtelijke partijen optreden. Zij dienen bij de rechter het verzoek tot afgifte van de ASBO in, de rechter toetst dit verzoek en besluit vervolgens of het zal worden gehonoreerd. Diegene van wie voldoende aannemelijk is gemaakt dat hij overlast veroorzaakt, krijgt onder bedreiging met een strafrechtelijke vervolging bij overtreding van de ASBO de opdracht zich in het vervolg van het overlast veroorzakende gedrag te onthouden.

Hier is de ASBO met name interessant omdat de Britse regering verwachtte dat de introductie ervan bij verschillende actoren tot een gedragsverandering zou leiden. Dit gold niet alleen voor de 'asociale' tegen wie de ASBOs werden afgekondigd, maar ook voor de politie- en bestuursfunctionarissen die op lokaal niveau met de ASBO een nieuw instrument hadden gekregen om overlast te bestrijden. In het onderstaande is er in het kader van de vraag welke invloed civielrechtelijke regels hebben op het gedrag van individuen daarom aandacht voor zowel het gedrag van de 'asociale' als dat van de functionarissen.

Een opmerking vooraf over de bestaande ASBO-literatuur. De paradigmawisseling die de *Labour Party* en Anthony doormaakten, werd door velen in de wetenschappelijke

11 [Http://www.bbc.co.uk/election97/background/parties/manlab/labman6.html](http://www.bbc.co.uk/election97/background/parties/manlab/labman6.html) [7-9-2007].

12 [Http://www.england-legislation.hmso.gov.uk/acts/acts1998/19980037.htm](http://www.england-legislation.hmso.gov.uk/acts/acts1998/19980037.htm) [7-9-2007].

13 *Acceptable Behaviour Contracts* (ABC) (zie Bullock & Jones 2004) en andere maatregelen blijven hier goeddeels buiten beschouwing, mede omdat de ABCs een informele procedure kennen.

14 De aandacht blijft hier beperkt tot Engeland en Wales. Dat neemt niet weg dat in Schotland soortgelijke wetgeving van kracht is terwijl inmiddels ook in Ierland ASBOs zijn ingevoerd. In Nederland wordt momenteel geëxperimenteerd met de toepassing van de vergelijkbare 'doe normaal'-bevelen.

wereld niet nagevolgd. In verband hiermee hebben de ASBOs in het Verenigd Koninkrijk vanuit deze hoek flink wat kritiek gekregen. Wanneer er achter de introductie van de ASBO geen sinistere bedoelingen werden vermoed, zou deze tenminste blijf geven van kleinburgerlijkheid en intolerantie. De Britse autoriteiten zouden wat dat laatste betreft niet alleen overdreven veel aandacht hebben voor tot 'overlast' opgeblazen kleine onhoffelijkheden, maar zouden het daarbij bovendien gemunt hebben op de groepen aan de onderkant van de samenleving die het voortdurend al zwaar hebben te verduren.¹⁵ Dat neemt niet weg dat anderen er in het verlengde van de *broken windows*-theorie¹⁶ op hebben gewezen dat daar waar overlast ongehinderd kan plaatsvinden uiteindelijk ook meer misdaad wordt gepleegd.¹⁷ Hoewel er in dit verband weinig bewijs bestaat dat het tegen overlast gerichte *zero tolerance policing* de criminaliteit vermindert,¹⁸ bestaan er wel aanwijzingen dat het verband tussen overlast en criminaliteit niet ten onrechte wordt gelegd. Het percentage respondenten dat in de Britse politiedistricten volgens de *British Crime Survey* (BCS)¹⁹ van 2005-2006 meent dat asociaal gedrag een serieus probleem vormt, correleert bijvoorbeeld sterk met zowel het percentage respondenten dat per politiedistrict aangeeft in de onderzochte periode tenminste éénmaal slachtoffer van criminaliteit te zijn geworden ($r=0,63$ met $p<0,001$)²⁰ als met het in die periode geregistreerde aantal misdrijven per hoofd van de politiedistrictbevolking ($r=0,74$ met $p<0,001$). De vrees van sommige wetenschappers dat de invoering van de ASBO louter diende om onder het mom van overlastbestrijding zonder goede reden de vrijheid van (sommige groepen) burgers te kunnen beknotten, lijkt daarmee weinig grond te hebben. Deze bijdrage kent grofweg twee delen. In het eerste deel, bestaande uit de paragrafen twee tot en met zes, wordt aandacht besteed aan de geschiedenis van de ASBO, de wettelijke regelingen omtrent de ASBO en de mate waarin de ASBO in de periode 1999-2005 werd ingezet. Zeker in de eerste jaren gebeurde dit weinig. Waarom was dat het geval? Om deze kwestie inzichtelijk te maken, zal gebruik worden gemaakt van John Griffiths' theorie over de sociale werking van wetsregels. Vervolgens wordt aandacht besteed aan wat de Britse regering deed om het tij te keren, en wat hiervan de effecten waren. In het tweede deel van deze bijdrage, de paragrafen zeven tot en met negen, is de aandacht

15 Bijvoorbeeld Burney 2005; Squires & Stephen 2005.

16 Wilson & Kelling 1982.

17 Bijvoorbeeld Wong 2006.

18 Harcourt & Ludwig 2006.

19 Walker, Kershaw & Nicholas 2006.

20 Pearsons r is een associatiemaat die de mate van samenhang tussen twee variabelen uitdrukt. De waarde ligt tussen de 0 en 1. Hoe hoger de waarde, des te sterker het verband. De p is de overschrijdingskans. Deze drukt hier de kans uit dat het in de steekproef gevonden verband tussen de twee variabelen in de populatie waaruit de steekproef is getrokken niet bestaat en als een artefact van de steekproef zelf moet worden gezien. Een kans van één op twintig ($p<0,05$) wordt in de sociale wetenschappen gewoonlijk als voldoende klein beschouwd. De hier gepresenteerde cijfers zijn het resultaat van eigen analyses van publiek toegankelijke data van het *Home Office*.

gericht op de werking van de regels op het individu dat de ASBO heeft ontvangen. Op basis van Robert Ellicksons *theory of norms* wordt eerst een kader geschetst met behulp waarvan de beoogde werking van de ASBO beter kan worden begrepen. Voor de veronderstelde gedragseffecten zelf zal gebruik worden gemaakt van een aantal verschillende gedragstheorieën. In paragraaf 9 wordt vervolgens onderzocht of de ASBO werkte als beoogd. Een conclusie sluit de bijdrage af.

2 GESCHIEDENIS VAN DE ASBO

Het groeien van de aandacht van de Britse *Labour Party* voor overlast en de bestrijding daarvan ving rond 1988 aan. In een artikel in de *Times* van 12 april van dat jaar nam het toenmalige parlementslid Tony Blair stelling tegen het toenemende groepsgeweld van jongeren. Naar zijn mening was er sprake van een nieuw fenomeen. Het ging niet meer om jongeren die na een bezoek aan het café of het voetbalstadion elkaar opzochten om op de vuist te gaan, het ging nu om bendes die ‘with premeditated malice and intent’ eenlingen of zwakkeren in de samenleving aanvielen. De oorzaken van hun geweld zocht Blair met name in de teloorgang van de gemeenschap:

*[...] it surely has something to do with the decline in the notion of “community”, of the idea that we owe obligations to our neighbours and our society as well as ourselves [...] The members of the gangs, devoid of the discipline that comes from recognizing that the value of oneself is in some way related to the value given to others, prove their “worth”, that they are “somebody”, by inflicting fear upon someone else. It is a profound and corrosive form of alienation.*²¹

In strenger optreden tegen de daders zag Blair toentertijd in navolging van de traditie van *Labour* niet veel. Niet alleen omdat het slechts symptoombestrijding zou zijn zonder iets aan de achterliggende oorzaken te doen, maar ook omdat Blair destijds nog meende dat ‘the main difficulty is catching and identifying the criminals, not in sentencing them.’²² In 1995 was Blair echter van mening veranderd. In een nota die *Labour* dat jaar schreef, stelde de partij dat de Britse wetgeving onvoldoende sancties kende waarmee het overlastgevende gedrag van de chronisch ‘asocialen’ kon worden tegengegaan.²³ Mede als gevolg van een op lokaal niveau bestaand gebrek aan coördinatie tussen de politie, het bestuur, de huisvestingsorganisaties en andere instellingen en overheidsdiensten, werd

21 *Times*, 12 april 1988.

22 *Ibid.*

23 Thorp, Fiddick & Wood 1998; Campbell 2002.

er gebruikgemaakt van minder geschikte bestuurlijke maatregelen of civielrechtelijke remedies. Het ging hierbij met name om *injunctions*, civielrechtelijke sommaties welke het gerecht tegen bepaalde vormen van asociaal gedrag kon richten. Op zich was het geen gehoor geven aan de sommatie niet strafbaar, maar het kon tot een nieuwe veroordeling wegens minachting van het gerecht leiden. Hierop stond een maximumstraf van twee jaar gevangenis, beslaglegging van vermogen of een boete.

De toepassing van de *injunctions* tegen overlast kende in de praktijk echter een aantal problemen. Zo konden ze niet tegen alle vormen van overlast worden ingezet en waren ze duur in het gebruik. Bovendien was het voor de klagende partij moeilijk haar recht te halen wanneer de identiteit van de overlastgevende tegenpartij onbekend was. De politie bood in dergelijke kwesties meestal geen helpende hand: haar activiteiten waren gericht op het strafrechtelijke domein en zolang de zaak daartoe niet kon worden gerekend, stond de klagende partij er alleen voor.²⁴

De *Protection from Harassment Act*,²⁵ die in 1997 van kracht werd, bracht hierin weinig verandering. Deze nieuwe wet maakte het weliswaar mogelijk om het lastigvallen van en veroorzaken van angst bij anderen strafrechtelijk aan te pakken en met behulp van *restraining orders* tegen te gaan, maar omdat het hier om een strafrechtelijke procedure ging in plaats van een civielrechtelijke, was het aannemelijk maken van het ten laste gelegde niet voldoende: de rechter moest *beyond reasonable doubt* worden overtuigd. Dat was met overlast geregeld niet gemakkelijk. Wanneer bijvoorbeeld de ten laste gelegde feiten in groepsverband waren gepleegd, moest de individuele bijdrage eraan worden vastgesteld: vaak een onmogelijke opgave. Een bijkomend probleem was dat de rechter de verschillende incidenten afzonderlijk in plaats van in hun gezamenlijkheid woog. Het overlastgevende gedrag werd zo voor strafrechtelijke sanctiëring geregeld te onbeduidend gevonden.

Wanneer door de klagende partij op basis van de *civil proceedings* in de *Protection from Harassment Act* een civiele procedure werd gestart om hetzij eventueel geleden schade te verhalen, hetzij om een *injunction* te verkrijgen om herhaling van het overlastgevende gedrag te voorkomen, dan bleef het probleem van de niet geïdentificeerde dader bestaan.²⁶ Daarbij kwam dat slachtoffers soms te bang waren om actie te ondernemen tegen hun kwelgeest(en); dat het gedrag van de laatste(n) zich soms niet tegen individuen richtte,

24 Ibid.

25 <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1997/1997040.htm> [7-9-2007].

26 Was de *injunction* eenmaal gegeven en kon de klagende partij de rechter ervan overtuigen dat er van overtreding van de condities in de *injunction* sprake was, dan kon de dader in een nieuwe procedure worden veroordeeld tot een gevangenisstraf van maximaal vijf jaar, of een boete, of beide. De sancties die de niet-naleving van de *injunction* bedreigden, waren dus behoorlijk verscherpt.

maar tegen een gemeenschap; en dat het asociale gedrag soms niet als *harassment* kon worden gekwalificeerd.²⁷

Met het oog op deze tekortkomingen wilde *Labour* dat er een nieuwe *community safety order* zou komen die met behulp van afschrikking van de overlastgevende een betere bescherming tegen asociaal gedrag moest gaan bieden. Om het gevaar van intimidatie van de getuigen tegen te gaan, moest er nieuwe en uitgebreidere getuigenbescherming komen en moest het gebruik van ‘professionele getuigen’ (overheidsfunctionarissen en privédetectives) worden mogelijk gemaakt. Daarnaast moest het mogelijk worden om iemand aan te klagen op basis van series van gerelateerde voorvallen. *Mediation* en verzoening zouden daarbij intensiever moeten worden beproefd bij de incidenten met een relatief gering gewicht.²⁸

Een jaar nadat de voornoemde voorstellen het licht zagen, kwam *Labour* met een nieuwe paper, getiteld *Protecting our communities: Labour’s plans for tackling criminal, anti-social behaviour in neighbourhoods*. In deze paper werden de eerder gedane voorstellen in vrijwel ongewijzigde vorm gehandhaafd, maar werd het probleem dat *Labour* wilde aanpakken duidelijker omschreven:

‘Across Britain there are hundreds of thousands of people whose lives are being made a misery by those living nearby. A gang of youths, a group intent on racial harassment or a single household may act so selfishly, and without regard for others, as effectively to terrorise the neighbourhood. Burglaries, thefts from and of vehicles, and intimidation in the form of threats, abuse, assaults, loud noise or the use of aggressive dogs may occur. Neighbours may well be at their wits’ end, and so often are the police. To get the cases to court they require hard information within the rules of criminal evidence. But witnesses – other neighbours – are often intimidated into silence. And even where cases get to court, the charges and the punishments may rarely fit the crime.’²⁹

De *community safety order* moest het antwoord worden op deze problematiek. *Labour* streefde met deze *order* overigens niet alleen de bescherming na van mensen die ongestoord hun leven wilden kunnen leiden, maar ook een hogere mate van efficiëntie in het functioneren van de overheid. De partij veronderstelde namelijk dat als ‘bijvangst’ van de invoering van de *order* de hoeveelheid tijd die de politie, het lokale bestuur en andere instellingen en instanties aan overlast zouden moeten besteden kon worden terugge-

27 Home Office 1997.

28 Thorp, Fiddick & Wood 1998.

29 Ibid.

bracht. De maatregel zou de ‘asocialen’ immers ervan weerhouden het overlastgevende gedrag te herhalen.³⁰

3 DE CRIME AND DISORDER ACT 1998

Na de door *Labour* gewonnen verkiezingen van 1997 werden de hiervoor genoemde voorstellen in de *Crime and Disorder Act* van 1998 verwerkt. De civielrechtelijke *community safety order*, inmiddels ASBO geheten, vormde in deze wet onderdeel van een samenhangend pakket van maatregelen waarvan ook *sex offender orders* en *parenting orders* deel uitmaakten. De algemene filosofie achter de wet was ‘to empower local people to take control of the fight against crime and disorder in their area.’³¹ Anders dan deze formulering deed vermoeden, betekende dit niet dat burgers meer mogelijkheden kregen om zich tegen misdaad en overlast te weren, maar meer bevoegdheden voor de samenwerkende lokale overheidsinstanties. Een en ander was ruim gedefinieerd:

*‘Crucially, the Act will not prescribe in any detail what the agenda for the local partnership should be, nor what structures will be needed to deliver that agenda. The people who live and work in an area are best placed to identify the problems facing them and the options available for tackling those problems.’*³²

Wat onder deze ‘problems’ moest worden begrepen, was ook ruim geformuleerd. Hieronder werden gedragingen verstaan ‘in a manner that caused or was likely to cause harassment, alarm or distress to one or more persons’³³ die niet tot het huishouden van de dader(s) behoorden. De formulering ‘was likely to cause’ was in dit verband gekozen om de inschakeling van professionele getuigen mogelijk te maken. Op deze wijze was het niet meer noodzakelijk om de mensen die door de overlast waren getroffen zelf hierover te laten getuigen – iets waarvoor ze mogelijk te bang zouden zijn.³⁴

Als één van de ‘options available for tackling [...] problems’ kon nu ook de ASBO worden ingezet. De procedure hiervoor sluit een rechterlijke toets in en verloopt als volgt. De ASBO kan door óf de politie óf het lokale bestuur bij het *Magistrates Court* worden aangevraagd. De politie en het lokale bestuur treden hierbij op als vertegenwoordigers van de lokale gemeenschap. Hoewel het bij de ASBO om een civielrechtelijke opdracht gaat die via een civielrechtelijke procedure wordt aangevraagd, kunnen de aanvragers dus niet uit natuurlijke personen bestaan. Natuurlijke personen die zichzelf tegen overlast

30 Home Office 1997.

31 Home Office 1998.

32 Ibid.

33 Crime and Disorder Act 1998.

34 Home Office 1997.

willen weren, zijn ook na de introductie van de ASBO aangewezen op een procedure op basis van de *Protection from Harassment Act*. Voorafgaand aan indiening van de ASBO-aanvraag moeten de politie en het lokale bestuur elkaar consulteren. Het is echter niet vereist dat beide autoriteiten de noodzaak van de ASBO onderstrepen. De verplichte consultatie is met name bedoeld om te voorkomen dat er tegelijkertijd meerdere civiel- en strafrechtelijke procedures tegen dezelfde dader zouden worden aangespannen vanwege dezelfde gedragingen.³⁵ De rechter beoordeelt vervolgens de ASBO-aanvraag en het bewijsmateriaal ‘on the balance of probabilities’, de standaard voor de kwaliteit van de bewijslast in civielrechtelijke zaken. Volgens deze standaard moet het eerder wel dan niet waarschijnlijk zijn dat de persoon in kwestie het overlastgevend gedrag heeft vertoond. De beslissing van de rechter om al dan niet een ASBO af te geven, kan door zowel de klagende partij als de zich verwerende partij bij het *Country Court* worden aangevochten.

De minimumleeftijd voor een ASBO is tien jaar. Eenmaal afgegeven ASBOs worden door de politie met naam en toenaam bekendgemaakt, niet in de laatste plaats omdat zij voor de handhaving van de bepalingen in de ASBO mede afhankelijk is van de meldingen van het publiek. De ASBO heeft een geldigheidsduur van ten minste twee jaar. Schending van de voorschriften in de ASBO wordt bedreigd met ten hoogste vijf jaar gevangenisstraf of een onbeperkte boete bij een *conviction on indictment*, dan wel zes maanden gevangenisstraf of 5000 pond boete bij een *summary conviction*. Deze straffen waren streng:

‘It is to be hoped that the greater penalties which will be available to the courts to deal with breaches, over and above those which would normally apply to the conduct which led to the breach, will act as a deterrent [...] it should be regarded as a particularly serious matter that the terms of the Order have been breached whatever the conduct that led to the breach.’³⁶

De procedure die volgde op de overtreding van de bepalingen in de ASBO was een strafrechtelijke. De overtreding diende daarom ‘beyond reasonable doubt’ te worden vastgesteld.

4 DE ASBO INGEZET

Als wordt afgegaan op de BCS van 2006-2007, meent tegenwoordig 18% van de bewoners van Engeland en Wales dat asociaal of overlastgevend gedrag in hun buurt een zeer of tamelijk groot probleem is. De grootste problemen die in dit verband worden onderscheiden, zijn: rondhangende jongeren; verkeerd geparkeerde auto’s; rondslingerende rommel en afval; het dealen en gebruiken van drugs; vandalisme; graffiti of andere

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

moedwillig aan eigendommen toegebrachte schade; het afsteken van vuurwerk; openbare dronkenschap en ruw gedrag. Het zijn met name de mensen in de steden die hier last van hebben: van hen vindt 20% asociaal gedrag een zeer of tamelijk groot probleem, tegen slechts 8% van de mensen in een landelijke omgeving. Van de bewoners van sociale huurwoningen meent zelfs 31% dat, tegen 15% van de mensen die hun woning in eigendom hebben.³⁷ Zoals dat ook met criminaliteit het geval is, lijken het dus vooral de zwakkeren in de samenleving te zijn die door overlast worden getroffen.³⁸

Dit gebeurt tamelijk frequent: van de respondenten die in 2004-2005 meenden dat overlastgevend gedrag in hun buurt een (vrij) groot probleem was, had 94% te maken gehad met rondhangende jongeren (47% dagelijks); 85% met ruw gedrag of gedrag onder invloed van alcohol (9% dagelijks); 73% met rumoerige burens (21% dagelijks); 73% met vandalisme of graffiti (5% dagelijks); en 43% met drugsgebruik of het dealen van drugs (15% dagelijks).³⁹ Volgens een door het *Home Office* in 2003 uitgevoerde *one day count* van asociaal gedrag waaraan meer dan 1500 organisaties deelnamen, worden er in Engeland en Wales door het publiek dagelijks meer dan 66.000 meldingen van asociale gedragingen gedaan.⁴⁰ Het gaat hierbij om de in tabel 1 weergegeven typen gedrag.

Tegen welk gedrag wordt de ASBO precies ingezet? Afgaande op een *review* uit 2002, wordt de ASBO vooral gebruikt tegen gedragingen als: schelden; bedreigingen; lastigvallen; intimidatie; graffiti; vandalisme; geluidsoverlast; winkeldiefstal; geweldpleging; brandstichting; openbare ordeverstoring; dronkenschap; huisvredebreuk; en prostitutie.⁴¹ Als deze gedragingen worden vergeleken met het overlastgevende gedrag in tabel 1, dringt de indruk zich op dat de ASBOs met name tegen de ernstigere vormen van overlast worden ingezet. Dit gebeurt overigens niet vaak. Bij het totaal van 1.638.544 mensen dat alleen al in 2005 in Engeland en Wales werd veroordeeld of gewaarschuwd (exclusief verkeersovertredingen), steekt het totaal van 9.853 afgegeven ASBOs over de periode van 1 april 1999 tot 31 december 2005 schril af, zeker als wordt bedacht dat er uitgaande van de *one day count* in dezelfde periode bijna 163 miljoen asociale gedragingen moeten zijn gemeld. Ook wanneer hierbij rekening wordt gehouden met het feit dat een betrekkelijk kleine groep 'asociale' verantwoordelijk is voor onevenredig veel asociale gedragingen, lijkt de ASBO als beleidsinstrument vooralsnog weinig populair. Dat neemt niet weg dat

37 Nicholas, Kershaw & Walker 2007.

38 NAO 2006.

39 Upton 2006.

40 Harradine, Kodz, Lemmetti & Jones 2004. In totaal komt dit neer op 13,5 miljoen meldingen van asociale gedragingen per jaar. Hierbij zij aangetekend dat de mate waarin asociaal gedrag wordt gemeld betrekkelijk gering is. Afhankelijk van de gedraging gaat het om ongeveer de helft (geluidsoverlast) tot één op de vier (vandalisme) gevallen (Tarling, Dowds & Budd 2000). Dit is niet op intimidatie terug te voeren: intimidatie van getuigen en slachtoffers komt betrekkelijk weinig voor (Wood 2004, p. 23), bovendien is de mate waarin getuigen en slachtoffers zich door intimidatie van een gang naar de autoriteiten laten weerhouden gering (Tarling, Dowds & Budd 2000).

41 Campbell 2002, p. 13.

er over de tijd er een duidelijke ontwikkeling in de populariteit van de ASBO zit. In de eerste jaren na de introductie ervan was deze zeer gering: in 1999 (vanaf 1 april) werden er in totaal 104 ASBOs afgegeven; in 2000 gebeurde dat 137 maal; in 2001 350 maal; en in 2002 426 maal. Nadat de Britse regering haar ongenoegen had laten blijken over deze lage aantallen en een aantal wetwijzigingen had doorgevoerd, veranderde dit. Van 1.336 afgegeven ASBOs in 2003 en 3440 in 2004 steeg het aantal naar 4060 in 2005.⁴²

Achtergelaten voertuigen	4.994
Criminele schade/vandalisme	7.855
Dier gerelateerde problemen	2.546
Drugsmisbruik en drugshandel	2.920
Geluidsoverlast	5.374
Hinderlijk gedrag	7.660
Intimidatie en lastigvallen	5.415
Nep telefoontjes	1.286
Openbare dronkenschap en bedelen	3.239
Prostitutie, hoerenrijden en andere seksuele handelingen	1.011
Rommel/rotzooi	10.686
Ruw gedrag	5.339
Voertuig gerelateerde overlast en ongepast voertuiggebruik	7.782
Totaal	66.107

Tabel 1: Gedragingen gerapporteerd tijdens de 'one day count' van asociaal gedrag (2003)

Naar aanleiding van deze sinds 2003 stijgende cijfers hebben sommige auteurs gesugereerd dat de lokale autoriteiten in Engeland en Wales in toenemende mate op allerlei vormen van gedrag met een ASBO reageren en de toepassing niet meer beperkt houden tot de ernstigere overlastgevendende vormen van gedrag.⁴³ Voorbeelden als de prostituee in Manchester die het verboden werd om met condooms rond te lopen, de 87-jarige man die het verboden werd sarcastische opmerkingen tegen zijn burens te maken en de 23-jarige vrouw uit Bath die het na diverse zelfmoordpogingen werd verboden zich in de buurt van spoorwegen, rivieren, bruggen en meerdere verdiepingen tellende parkeergarages op te houden, moeten dat onderstrepen.⁴⁴ Het lijkt terecht bij de toepassing van de ASBO in de voornoemde gevallen vraagtekens te zetten, maar hoe vaak doen dergelijke

⁴² Data Home Office. Nieuwere cijfers zijn nog niet bekend.

⁴³ MacDonald 2006.

⁴⁴ NAPO 2005.

voorbeelden zich voor?⁴⁵ Het is in dit verband niet onbelangrijk erop te wijzen dat in de periode 1999-2005 het aandeel ingediende ASBO-aanvragen dat door de rechter werd afgewezen is gedaald van 1 op de 26 in 1999 naar 1 op de 193 in 2005.⁴⁶ Niet alleen meent de rechter dat er reden bestaat om veruit de meeste aanvragen te honoreren, maar ook is de mate waarin hij dat meent over de tijd flink toegenomen. Dat wekt de indruk dat het bij de voornoemde voorbeelden om incidenten gaat.

Naast het feit dat de mate waarin ASBOs de afgelopen jaren zijn toegepast varieerde, was er ook variatie over de plaats. In maar vier van de 42 politiedistricten die Engeland en Wales tellen,⁴⁷ is de ASBO in de periode 1999 tot 2005 op enige schaal toegepast. Dit betreft de regio's Greater-Manchester (1247 ASBOs), Greater-Londen (1177 ASBOs), West-Midlands (787 ASBOs) en West-Yorkshire (693 ASBOs). Wanneer echter rekening wordt gehouden met het aantal inwoners dat de verschillende politiedistricten kennen, ziet de ranglijst er anders uit (zie tabel 2). Greater-Manchester heeft ook per hoofd van de bevolking het grootste aantal afgegeven ASBOs over de periode 1999-2005, maar Greater-Londen vinden we nu pas terug op de twintigste plaats. Een aantal qua inwonertal kleinere districten blijkt in relatieve zin vaker gebruik te maken van de ASBO.

De mate waarin per duizend hoofden van de bevolking de ASBO in Engeland en Wales tussen 1999 en 2005 is toegepast, varieert blijkens tabel 2 tussen de 0,49 en 0,06 maal. In eerste instantie zou men verwachten dat deze variatie in de toepassing van de ASBO het gevolg is van de mate waarin het asociale gedrag zelf over de politiedistricten varieert. Een goede maat voor de omvang van dit gedrag per politiedistrict bestaat vooralsnog niet, maar als hiervoor als benadering (*proxy*) de mate wordt genomen dat respondenten van de BCS in 2005-2006 meenden dat overlast in hun buurt een (vrij) groot probleem vormt, blijkt het verband anders te liggen. De correlatie tussen de mate waarin de ASBO over de jaren 1999-2005 in Engeland en Wales per hoofd van de bevolking in de 42 politiedistricten is opgelegd en de *proxy* voor de mate van overlast is niet opvallend sterk ($r=0,40$ met $p<0,01$). Het verband tussen de mate van oplegging en de mate van zorg over inbraken bij de BCS-repsondenten in 2005-2006 is bijvoorbeeld sterker ($r=0,52$ met $p<0,001$). Een mogelijke verklaring voor de geringe sterkte van het eerst genoemde verband is dat de ASBO werkt. Wanneer de inzet van ASBOs op flinke schaal gebeurt en tot de beoogde effecten leidt, neemt de ernst en omvang van het asociale gedrag af en zal

45 Deze vraag rijst ook met betrekking tot het onlangs gepubliceerde boek ("The Asbo – wrong turning, dead end") van *chief superintendent* Neil Wain en Elizabeth Burney. Wain, werkzaam in de 'ASBO capital' Manchester, meent dat de ASBOs niet alleen onvoldoende werken, maar ook averechts kunnen werken: ze zouden jongeren in de richting van een criminele carrière drijven (*Guardian*, 10 september 2007). Gegeven het feit dat Wains en Burneys studie op 21 interviews zou zijn gebaseerd, hebben hun stellingen echter hooguit het karakter van een hypothese, niet van een conclusie.

46 NAPO 2005.

47 http://en.wikipedia.org/wiki/list_of_police_forces_in_the_united_kingdom [7-9-2007]

Tabel 2: ASBOs in Engeland en Wales, 1999-2005¹

politiedistrict	aantal ASBOs (1999-2005)	aantal ASBOs per 1.000 inwoners (1999-2005)	proportie geweigerde ASBOs	% overtredingen ASBOs (2000-2005)	% veel 'asociaal gedrag' 05/06
Greater-Manchester	1.247	0,49	0,00	55,9	19,4
West Yorkshire	693	0,33	0,00	39,8	17,4
West Midlands	787	0,31	0,00	48,1	26,0
Humberside	235	0,26	0,00	55,5	17,2
Nottinghamshire	260	0,25	0,00	49,3	20,7
North Wales	169	0,25	0,00	43,4	12,2
Lancashire	357	0,25	0,01	45,3	14,6
Suffolk	166	0,24	0,01	12,1	10,7
Cumbria	116	0,23	0,01	42,7	15,1
Merseyside	300	0,22	0,02	53,9	21,3
Northumbria	305	0,22	0,00	49,4	19,6
Cleveland	115	0,21	0,03	44,6	19,4
Cheshire	205	0,21	0,00	42,4	14,7
West Mercia	236	0,20	0,00	48,4	10,8
South Yorkshire	250	0,20	0,00	43,3	19,4
Durham	100	0,17	0,00	29,9	18,5
Warwickshire	87	0,17	0,00	39,4	10,3
Staffordshire	171	0,16	0,00	45,8	14,5
Sussex	244	0,16	0,04	39,4	14,4
Greater-London	1.177	0,16	0,01	43,2	25,0
Hampshire & i.o. W.	274	0,15	0,01	13,8	13,5
Norfolk	124	0,15	0,04	37,2	11,7
Hertfordshire	158	0,15	0,02	54,4	18,2
Avon & Somerset	224	0,15	0,00	40,1	13,7
Gwent	78	0,14	0,00	49,2	18,0
Cambridgeshire	101	0,14	0,01	38,5	18,6
Northamptonshire	88	0,14	0,02	40,8	18,5
Leicestershire	127	0,13	0,00	59,1	14,5
North Yorkshire	98	0,13	0,00	64,3	13,5
Bedfordshire	71	0,12	0,00	43,6	18,2
Derbyshire	117	0,12	0,00	35,4	15,1
Gloucestershire	67	0,12	0,00	74,0	10,4
South Wales	142	0,12	0,00	45,1	18,6
Dorset	80	0,11	0,00	10,7	14,0
Devon & Cornwall	177	0,11	0,01	55,2	13,0
Surrey	110	0,10	0,00	66,2	11,8
Kent	160	0,10	0,03	63,9	20,2
Essex	146	0,09	0,00	39,0	9,0
Wiltshire	52	0,08	0,08	60,3	12,4
Thames Valley	161	0,08	0,01	48,1	16,6
Dyfed-Powys	35	0,07	0,03	48,8	8,3
Lincolnshire	43	0,06	0,00	45,7	8,3
Totaal	9.853	0,19	0,01	46,9	17,4

1 Data Home Office. NB: het totaal aantal ASBOs en het percentage overtredingen van ASBOs betreffen niet geheel dezelfde periode. Het verschil is echter gering: van april 1999 tot 1 juni 2000, de periode die niet overlapt, werden slechts 104 ASBOs afgegeven.

naar verwachting ook de mate van onrust over de overlast dalen. Het verband tussen het totaal aantal afgegeven ASBOs en de onrust over asociaal gedrag wordt dan minder sterk.

Interessant is in dit verband dat de mate waarin ASBOs in de jaren 1999-2005 per politiedistrict zijn toegepast, het sterkst correleert met het totale in 2005-2006 geregistreerde aantal misdrijven per hoofd van de bevolking ($r=0,55$ met $p<0,001$), het aantal geregistreerde gevallen van vandalisme per hoofd van de bevolking (*criminal damage*, $r=0,62$ met $p<0,001$) en het aantal geregistreerde gevallen van inbraak per hoofd van de bevolking ($r=0,56$ met $p<0,001$). Dit kan betekenen dat 'asocialen' naast het plegen van een voor hen kenmerkende activiteit als vandalisme zich ook bezighouden met inbraken. Het zou echter ook kunnen betekenen dat 'asocialen' en inbrekers zich in elkaars nabijheid ophouden. Het kan tot slot betekenen dat zowel de mate waarin misdaad wordt geregistreerd als de mate waarin ASBOs worden aangevraagd samenhangt met de toezichhoudende en registrerende activiteit die de politie in het desbetreffende politiedistrict ontplooit.

Dat deze laatste mogelijkheid ook moet worden overwogen, volgt niet alleen uit de lijn van criminologisch onderzoek waarin wordt gewezen op de (potentiële) invloed van de politie op de geregistreerde criminaliteitscijfers,⁴⁸ maar ook uit de kans dat het hiervoor gevonden verband tussen de onrust over asociaal gedrag en de mate waarin ASBOs worden afgegeven niet sterk is als gevolg van een geringe bereidheid bij de politie om op asociaal gedrag überhaupt of met ASBOs te reageren.⁴⁹ Dat het geringe aantal afgegeven ASBOs het gevolg zou zijn van een gebrek aan bereidwilligheid bij de rechtbanken om aan de afgifte van ASBOs mee te werken, is niet waarschijnlijk. Niet alleen is het aantal geweigerde ASBO-aanvragen zeer gering, ook bestaat er per hoofd van de bevolking van de 42 politiedistricten geen statistisch significant verband tussen het aantal afgegeven en het aantal geweigerde ASBO-aanvragen. Evenmin bestaat er een statistisch significant verband tussen het aantal afgegeven ASBOs per hoofd van de bevolking en het relatieve aantal aanklachten dat door de rechter met een waarschuwing, een mogelijk alternatief voor de ASBO, wordt afgedaan.

De rechters lijken dus niet verantwoordelijk te zijn voor de geringe aantallen afgegeven ASBOs. Dat neemt niet weg dat er aanwijzingen bestaan dat de geringe mate waarin de ASBO wordt toegepast niet of in iedere geval niet alleen op het conto van de politie is te schrijven. Volgens de *review* van Campbell wordt 49% van de ASBOs aangevraagd door de politie en 51% door het lokale bestuur.⁵⁰ Wanneer deze cijfers worden vergeleken met de relatieve aantallen klachten over asociaal gedrag die tijdens de *one day count* door het

48 Bijvoorbeeld Egelkamp 2002.

49 Campbell 2002.

50 Ibid.

publiek werden gemeld, is opvallend dat bij de politie slechts 27% van deze meldingen binnenkwam tegen 42% bij het lokale bestuur.⁵¹ Dit wekt de indruk dat de politie op overlast bijna dubbel zo vaak als het lokale bestuur met een ASBO-aanvraag reageert. Een kanttekening hierbij is dat de politie en het lokale bestuur niet met dezelfde typen overlastzaken te maken krijgen. De meeste meldingen over intimidatie, lastigvallen en neptelefoontjes worden bij de politie gedaan en in ieder geval de eerste twee vormen van overlast behoren tot de ernstigere varianten. Dit betekent echter niet dat de meldingen die het lokale bestuur krijgt onschuldig zijn: de meeste gevallen van vandalisme, drugs-overlast, alcoholmisbruik, voertuig gerelateerde problemen (foutparkeren, *joyriding*, te hard rijden, brandstichting), geluidsoverlast, *rowdy behaviour* (schreeuwen, schelden, vechten, *hooliganism*), *nuisance behaviour* (in het openbaar urineren, brandstichting, voorwerpen gooien, belemmering van de toegang tot publieke ruimten, misbruik van luchtdrukpistolen en -geweren enz.) bij haar gedaan.⁵² De conclusie dat het lokale bestuur matter tegen asociaal gedrag optreedt dan de politie lijkt daarmee gerechtvaardigd. Hoe is deze matheid te begrijpen?

5 REGELS ALS BELEIDSINSTRUMENT

De effecten van wetgeving en haar effectiviteit als beleidsinstrument zijn onderwerpen die zich in een voortdurende belangstelling mogen verheugen. Dit is mede het gevolg van het feit dat de effecten van wetgeving lang niet altijd die zijn welke de wetgever beoogt te realiseren.⁵³ Voor John Griffiths is dit voldoende reden om in *the social working of legal rules*⁵⁴ zich af te vragen waarom wetten zo weinig effectief zijn in het beïnvloeden van menselijk gedrag:

*'Attempts to influence behavior [...] generally turn out to have few desired effects, or many undesired ones, and often both at the same time. If desired effects do occur, it is often unclear whether they were brought about by the rules in question.'*⁵⁵

Deze gebrekkige werkzaamheid van regels is volgens Griffiths niet zozeer een eigenschap van regels zelf, maar van de wijze waarop ze worden toegepast. Beleidsmakers hebben vaak weinig aandacht voor de werking van de causale mechanismen die zij achter de

51 De resterende meldingen werden bij *housing associations*, *street wardens*, de verkeerspolitie en andere lokale bestuursorganen gedaan.

52 Zie Home Office 2004 voor de definitie van overlast.

53 Bijvoorbeeld Prick 2006.

54 Griffiths 2003.

55 *Ibid.*, p. 3.

door hen geïntroduceerde regels vermoeden. De condities waarvan deze werking afhankelijk is, verliezen zij bijgevolg snel uit het oog. De reden hiervoor is dat beleidsmakers regels als hun gereedschap beschouwen. Zij nemen daardoor te snel aan dat deze regels ook ‘werken’ en dat niet de werking van het werktuig een verklaring behoeft, maar het afwijkende geval waarin de werking niet is zoals beoogt. De regels worden bijgevolg door beleidsmakers geregeld gezien als beschrijvingen van het gewoonlijk plaatsvindende gedrag. Daar komt bij dat zij over het algemeen weinig aandacht hebben voor de gedragseffecten van regels die niet direct relevant lijken voor de beleidsdoelen die zij nastreven. De bredere gevolgen van de introductie van nieuwe regels wegen daardoor in de besluitvorming vaak niet mee en leiden keer op keer tot nieuwe verrassingen.⁵⁶

Volgens Griffiths gaan beleidsmakers hierbij niet alleen voorbij aan wat wetenschappelijk onderzoek over dit feitelijke gedrag leert, ook zijn vier van de impliciet door hen gehanteerde assumpties onhoudbaar. De eerste assumptie is in dit verband die van het atomisch individualisme. De samenleving wordt in de gedachtegang van beleidsmakers verondersteld uit losse actoren te bestaan die slechts door de overheid bijeen worden gehouden: sociale normen zouden in hun gedrag geen rol spelen. De tweede aanname is die van de perfecte juridische kennis. Normadressaten worden geacht volledig op de hoogte te zijn van de opdrachten die zij van de overheid krijgen en deze opdracht bovendien zo te interpreteren als door de wetgever is bedoeld. De derde aanname is die van het juridisch monisme. De overheid wordt geacht een monopolie op regulering te hebben. Wanneer het gedrag van een normadessaat afwijkt van de opdracht die hem van overheidswege is verstrekt, wordt dit geweten aan het recalcitrante egoïsme of het afwijkende dan wel pathologische karakter van het desbetreffende individu. Er bestaat zo geen oog voor de effecten van gedragsregulering anders dan die van de overheid. De vierde aanname behelst de legislatieve autonomie. De wetgever wordt verondersteld geen deel uit te maken van de sociale context waarbinnen wetten worden gevormd en al dan niet effectief zijn. Zoals een schaakspeler achter het bord gezeten zijn zetten overweegt en zijn stukken schuift, het spel beheersend zonder er zelf deel van te zijn, zo zou de wetgever zijn wetten ontwerpen en inzetten om de maatschappelijke realiteit te construeren. Griffiths acht deze vier assumpties zo absurd, dat hij het niet nodig acht ze te weerleggen. ‘Nobody with his wits about him’ zou ze willen verdedigen en dat maakt het leveren van kritiek in feite overbodig.⁵⁷

Om tot een meer waarheidsgetrouwe analyse van de effecten van wetgeving te kunnen komen, stelt Griffiths als alternatief voor het instrumentalistische discours van de beleidsmakers het gebruik van het ‘sociale effecten’-paradigma voor. Net als de instru-

⁵⁶ Ibid., p. 13-15.

⁵⁷ Ibid., p. 17. Zie voor de discussie over wetgeving als beleidsinstrument ook Rosenberg 1991; Schultz & Gottlieb 1998; Canon 1998 en Rosenberg 1998.

mentalistische benadering kent de sociale effecten-benadering vier centrale assumpties, maar deze staan inhoudelijk diametraal op de aannamen van het instrumentalistische paradigma. De eerste assumptie is die van het fundamenteel sociale karakter van de mens. De samenleving bestaat niet uit geatomiseerde individuen, maar deze individuen vormen samen netwerken, regels en interpretatiekaders en beïnvloeden elkaar in hun gedragskeuzen. Een onderscheid tussen individu en samenleving, tussen individuele voorkeuren en sociale regels en tussen zelfbeheersing en sociale controle is volgens Griffiths daarmee oneigenlijk.

De tweede assumptie heeft betrekking op het instabiele karakter van juridische informatie. Dat wat de wetgever aan opdrachten produceert, arriveert bij de normadressaat vaak in verminkte wijze. Niet alleen omdat de overdracht van de informatie binnen het staatsapparaat op weg naar de normadressaat vaak reeds leidt tot verandering van de opdracht, maar ook omdat deze opdracht de normadressaat vervolgens niet rechtstreeks maar via intermediairs (advocaten, professionele organisaties, belangengroepen enz.) bereikt. Deze intermediairs hebben niet alleen beperkte middelen en capaciteiten, maar hebben ook een eigen agenda. De boodschap van de wetgever komt bijgevolg maar zelden ongeschonden door de laag van intermediairs heen.

De derde assumptie is gerelateerd aan de juridische pluraliteit. De overheid is niet de enige bron van regulering. Integendeel: voor het sociaal ingebedde individu is de druk die zijn omgeving op hem uitoefent meestal veel directer en dringender dan de vaak onduidelijke verwachtingen die de overheid jegens hem koestert.

De vierde en laatste assumptie behelst de verwevenheid van het proces van wetgeving met het sociale leven van de samenleving. Ondanks het feit dat het vormgeven van wetten het werk is van een kleine groep experts, meent Griffiths dat wetgeving bovenal moet worden gezien als een activiteit die door dezelfde factoren wordt beïnvloed als elke sociale activiteit. Wetgeving maakt onderdeel uit van de processen van ordening, bestendiging en verandering in de samenleving en is geen exogene kracht die op deze processen inwerkt.⁵⁸

Met deze rigoureuze omkering van de assumpties die ten grondslag liggen aan de instrumentalistische benadering komt Griffiths dicht in de buurt van het mens- en maatschap-pijbeeld waarvan de eerdergenoemde Anthony na de aanslagen op 11 september 2001 afscheid nam: het gedrag van mensen wordt bij Griffiths door de sociale omstandigheden bepaald, ruimte voor keuzevrijheid lijkt niet of nauwelijks te bestaan. Wanneer we daar even aan voorbijgaan, bestaat Griffiths' bijdrage uit het aandacht vragen voor het feitelijke gedrag van de normadressaat op de werkvloer in plaats van te veronderstellen dat dit gedrag in het verlengde van de intenties van de wetgever ligt. Daarmee biedt

58 Griffiths 2003, p. 17-19.

Griffiths' werkwijze houvast bij het begrijpen van het gedrag van normadressaten en de invloed die regels hierop uitoefenen. Dat geldt ook voor het gedrag van politieagenten en lokale bestuurders die middels nieuwe wetgeving in staat worden gesteld om met nieuwe instrumenten op te treden tegen overlast. De vier kanttekeningen die Griffiths bij wetgeving als beleidsinstrument plaatst, zijn ook op hen van toepassing. Voor de werking van de wetten is dit van groot belang. Burgers kunnen de nieuwe wetten weliswaar 'spontaan' naleven, maar waarschijnlijker is dat velen van hen zullen wachten totdat de overheidsfunctionarissen de omstandigheden veranderen. Als reactie op de nieuwe wetgeving zal het gedrag van de overheidsfunctionarissen dus eerst moeten veranderen om de gedragskeuzen van burgers te kunnen beïnvloeden. Deze gedragsverandering van overheidsfunctionarissen is echter niet vanzelfsprekend. Wanneer deze wordt nagelaten of wegens sociale normen, onvolledige kennis, conflicterende regels, onwil of anderszins, een andere inhoud heeft dan de wetgever beoogde, komt er van een verandering van het gedrag van de burgers in de gewenste richting weinig terecht. Dit geldt ook voor de praktijk van de ASBO. Wanneer de politie en het lokale bestuur geen aanvraag bij de rechter indienen, zal de rechter geen ASBO uitvaardigen en zal de gedragskeuze van de overlastgever geen nieuwe impuls krijgen.

Het is in dit verband de vraag of de lokale politie en het lokale bestuur in gelijke mate door deze problematiek worden getroffen. Dat de politie tweemaal zo vaak als het lokale bestuur genegen is om bij overlast een ASBO aan te vragen, kan erop wijzen dat de Britse regering bij het lokale bestuur met zijn veelheid aan organen meer obstakels moet overwinnen om de functionarissen op de werkvloer zich op de gewenste wijze te laten gedragen. Een andere mogelijkheid is dat de invloed van mens- en maatschappijbeelden zich hier doet gelden. De veronderstelling dat mensen keuzevrijheid hebben en als gevolg hiervan verantwoordelijk zijn voor hun gedrag, is een uitgangspunt dat aan de strafrechtelijke reactie op en het politietoetreden tegen ongewenste handelwijzen ten grondslag ligt. Voor agenten is het bijgevolg vanzelfsprekender om op overlastgevend gedrag te reageren met een ASBO dan om op zoek te gaan naar de vermeende *root causes* van dit gedrag. Bij functionarissen van het lokale bestuur ligt dat wellicht anders. Aan het begin van haar regeerperiode die tien jaar geleden aanving, stelde *Labour* zich op lokaal niveau tot doel de gemeenschap te versterken. De wijze waarop dit tot stand moest worden gebracht, was als vanouds door de omstandigheden waarin de burger leefde, lees: de diensten die de lokale overheid de burger bood, te verbeteren.⁵⁹ Het betere gedrag van de burger en een toename van het sociaal kapitaal van de gemeenschap zouden hierop moeten volgen. Aan de keuzevrijheid en de eigen verantwoordelijkheid van de burger, laat staan aan repressieve maatregelen tegen de door hem veroorzaakte overlast, werd

59 Demirkaya 2006.

in dit verband niet als eerste gedacht.⁶⁰ De relatief geringe geneigdheid van het lokale bestuur om ASBOs aan te vragen, zou hierop terug te voeren kunnen zijn.⁶¹

6 HERVORMINGEN EN HUN EFFECTEN

Naar aanleiding van zowel de geringe mate waarin de ASBO werd toegepast als Campbells⁶² kritische evaluatie van de uitvoeringspraktijk, rees bij de Britse regering de twijfel of op lokaal niveau de overheidsorganen zich wel voldoende naar de geest van de nieuwe wetten wilden of konden voegen. Het aan de lokale overheden aanbieden van nieuwe instrumenten om overlast te bestrijden betekende blijkbaar nog niet dat deze instrumenten daadwerkelijk werden gebruikt. De reactie hierop waren de *Police Reform Act 2002*⁶³ en de *Anti Social Behaviour Act 2003*.⁶⁴ Officieel moest hiermee de effectiviteit van de ASBOs zelf worden verbeterd,⁶⁵ maar veruit de meeste maatregelen waren gericht op het aanpassen van de procedures zodat meer ASBOs sneller konden worden uitgevaardigd. De belangrijkste maatregelen waren in dit verband: de introductie van interim-ASBOs die door de gerechten direct na ontvangst van de aanvraag konden worden uitgevaardigd voor de duur van de behandeling van de aanvraag; de verbreding van de bevoegdheid om ASBOs uit te vaardigen tot de *criminal courts* als onderdeel van een uitspraak in een strafzaak (CRASBO); het verlenen van de bevoegdheid aan de civielrechtelijke *country courts* om ASBOs uit te vaardigen als onderdeel van een civielrechtelijke procedure; en het verlenen van de mogelijkheid aan de *Transport Police* en geregistreerde sociale sectorhuisbazen om ASBOs aan te vragen. Om de effectiviteit van de ASBOs zelf te verhogen, werd het domein dat zij maximaal konden bestrijken vergroot tot geheel Engeland en Wales.

Bij deze maatregelen bleef het niet. De Britse regering meende klaarblijkelijk dat de belangrijkste *bottleneck* in de toepassing van de ASBO niet bij het lokale bestuur zat, maar bij de politie, want op haar werden een aantal initiatieven gericht die haar tot meer activiteit in de strijd tegen asociaal gedrag moesten bewegen. Dat de resultaten van het politieoptreden onvoldoende werden bevonden, bleek duidelijk uit de nota *Policing in*

60 DETRR 1998.

61 Hierbij zou opgemerkt kunnen worden dat de politie uitsluitend repressief op het gedrag van burgers kan reageren en dus geen mogelijkheden heeft om de veronderstelde *root causes* van dit gedrag aan te pakken. Deze gedachte kan in haar algemeenheid niet juist zijn: er bestaan aanwijzingen dat het strafrechtelijk apparaat in het Verenigd Koninkrijk in het algemeen, en de politie in het bijzonder, de taakopvatting van een maatschappelijk werker huldigt in plaats van die van een bewaker van de maatschappelijke vrede en veiligheid (zie Croes 2007c). Dat neemt niet weg dat wat overlast betreft de houding van de politie nog steeds repressiever kan zijn dan die van het lokale bestuur.

62 Campbell 2002.

63 <http://www.legislation.gov.uk/acts/acts2002/20020030.htm> [7-9-2007].

64 <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/20030038.htm> [7-9-2007].

65 Home Office 2003, p. 19.

*a new century*⁶⁶ die vooruitlopend op de *Police Reform Act 2002* werd gepubliceerd. Als doel van deze hervormingswet noemde deze paper het bouwen van

*'communities in which crime and the fear of crime is reduced and in which people have confidence that criminal and anti-social behaviour is effectively confronted.'*⁶⁷

Dat was blijkbaar sinds de invoering van de ASBO per 1 april 1999 nog niet gelukt, en dat werd niet in de laatste plaats geweten aan het feit dat deze ASBO maar weinig werd toegepast.⁶⁸ Naast *Policing in a new century* legde ook het *National policing plan 2003-2006*,⁶⁹ dat in de *Police Reform Act 2002* was aangekondigd en in november 2002 werd gepubliceerd, de bal bij de politie. Het verklaarde de strijd tegen asociaal gedrag tot nationale prioriteit en riep de politie met nadruk op actie te ondernemen. Ook de *white paper*⁷⁰ over asociaal gedrag van de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken Blunkett ademde deze geest:

*'The police's role in tackling anti-social behaviour is critical. Without their wholehearted support, energy and commitment, it is impossible for any community to tackle the behaviour of the very people that ruin their lives. Enforcement action – ASBOs or criminal proceedings – will create the backbone needed to shift the culture of resignation to some of these problems. We are asking police forces around the country to give priority to tackling anti social behaviour.'*⁷¹

De opdracht die de politie kreeg om een deel van de administratieve *Support Staff* als geüniformeerde *Community Support Officers* (CSO), een soort stadswachten, in te gaan zetten tegen overlast, vormde hiervan onderdeel.⁷² Om daarbij meer greep te krijgen op de prestaties die de politie leverde, werd een *policing performance assessment framework* geïntroduceerd dat de beoordeling van het functioneren van de politie in de 42 verschillende politiedistricten mogelijk moest gaan maken.

Werkten deze initiatieven? Met behulp van de data vergaard als onderdeel van het genoemde *assessment framework* kan hier iets meer over worden gezegd. Het gaat in dit

66 Home Office 2001.

67 Ibid., p. 12.

68 Ibid., p. 7, p. 102.

69 Home Office 2002.

70 Home Office 2003.

71 Ibid., p. 54.

72 Ibid., p. 19.

verband om de score op drie typen prestaties: het verminderen van de (zowel de door de politie geregistreerde als de in de BCS gemelde) misdaad, het bevorderen van de veiligheid (onder andere het reduceren van de – door het publiek gepercipieerde – mate van sociaal gedrag) en het algemene oordeel van het publiek over de prestaties van de lokale politie. Deze prestaties werden uitgedrukt met een score op een vierpuntsschaal: excellent, goed, redelijk of slecht. Redelijk kwam hierbij overeen met het gemiddelde, goed en excellent zaten hierboven, slecht zat hieronder.⁷³

Wanneer de prestatiepunten verband zouden houden met de aantallen per hoofd van de bevolking afgegeven ASBOs, zou er, ongeacht de vraag of de relatie positief of negatief is, voorzichtig kunnen worden gesteld dat er aanwijzingen voor vooruitgang in de bestrijding van overlast bestaan. In het geval van een positief verband zou de waardering van de prestatie van de politie de reactie kunnen zijn op hogere aantallen uitgevaardigde ASBOs. Bij een negatief verband tussen de waardering van de prestatie en het aantal afgegeven ASBOs zouden we iets verder kunnen zijn in de tijd waarbij de waardering van de prestatie toeneemt bij een afname van de overlast waarop met een eveneens afnemend aantal nieuwe ASBOs wordt gereageerd. Uit de analyses blijkt echter dat de meeste prestatiepunten niet significant correleren met het per hoofd van de bevolking afgegeven aantal ASBOs in 2004 en 2005.

Een uitzondering wordt gevormd door de variabele die de waardering voor het bevorderen van de veiligheid in 2005-2006 uitdrukt. Deze variabele hangt statistisch significant samen met het aantal afgegeven ASBOs per hoofd van de bevolking in 2005. Het verband is negatief: meer waardering voor het optreden van de politie gaat samen met minder afgegeven ASBOs en omgekeerd (Spearman's $\rho = -0,31$ met $p=0,052$).⁷⁴ Dit zou erop kunnen wijzen dat, zoals hiervoor werd gesteld, de politie vooruitgang boekte in de bestrijding van overlast. Voorzichtigheid is echter geboden. Het zou immers zo kunnen zijn dat de waardering voor het politieoptreden hoger is omdat er voortdurend weinig overlast is geweest waarop de politie met maar weinig ASBO-aanvragen heeft hoeven reageren. Een hoge waardering van het politieoptreden gaat ook in deze alternatieve verklaring samen met minder ASBOs.

73 De *assessments* die in 2002 en 2003 plaatsvonden, zijn minder goed bruikbaar omdat deze deels op andere prestatie-indicatoren zijn gericht. In de analyse zijn de cijfers voor april 2004 – maart 2005 en die voor april 2005 – maart 2006 gebruikt. De spreiding die de scores op de twee hierboven eerstgenoemde typen prestaties voor april 2005 – maart 2006 te zien geven, is geringer dan in de periode april 2004 – maart 2005. Niet uitgesloten kan worden dat dit het gevolg is van het door de politieorganisatie steeds beter leren omgaan met de *assessments* zonder de feitelijke prestaties te verbeteren (vgl. Van Thiel & Leeuw 2002).

74 Spearman's ρ is een associatiemaat die de mate van samenhang tussen de rangorde van de scores op twee variabelen uitdrukt. Spearman's ρ is hier gebruikt omdat de prestaties van de politie op ordinaal niveau zijn gemeten. De hier gepresenteerde cijfers zijn het resultaat van eigen analyses van publiek toegankelijke data van het *Home Office*.

De BCS geeft voor 2005-2006 vergeleken met het voorgaande jaar echter geen afname te zien in de mate waarin de respondenten meenden dat asociaal gedrag in hun buurt een probleem vormt.⁷⁵ Dat zou als een extra aanwijzing voor de juistheid van de alternatieve verklaring kunnen worden gezien. Aan de andere kant was er van 2002-2003 op 2003-2004, dus in de periode dat de *Police Reform Act 2002* van kracht werd en de druk op de politie werd opgevoerd, in de BCS wél sprake van een statistisch significante afname van de mate waarin de respondenten asociaal gedrag in hun buurt een probleem noemden: van 21% naar 16%.⁷⁶ Wellicht klonk deze afname nog door in de waardering van het politieoptreden in 2005-2006 want na 2003-2004 is de mate waarin de respondenten asociaal gedrag als een groot probleem zagen niet meer statistisch significant veranderd.

Dit heeft wellicht te maken met de introductie van de eerdergenoemde CSOs, een soort stadswachten. Het oordeel van de burgers over de wijze waarop in de politiedistricten de veiligheid werd bevorderd, een activiteit waarvan de inzet van CSOs onderdeel vormde, hangt voor 2004-2005 statistisch bijna significant samen met de mate waarin de ASBO gemiddeld wordt overtreden (Spearman's rho = 0,26 met p=0,09). Het is in dit verband weinig logisch te veronderstellen dat de aanwezigheid van CSOs leidde tot het in hogere mate overtreden van de ASBO. Het ligt meer voor de hand dit statistisch bijna significante verband te interpreteren als een aanwijzing dat er tussen de inzet van de CSOs en de mate waarin de overtreding van de ASBO wordt *geconstateerd* een relatie bestaat. Voor 2005-2006 is dit verband echter statistisch niet meer significant. Dit zou erop kunnen duiden dat de CSOs geen effect meer hadden en dat overlastgevers die een ASBO hadden gekregen met de aanwezigheid van de CSOs hebben leren omgaan.

Andere onderzoekers kwamen al eerder tot de conclusie dat, over het geheel genomen, de activiteit van de CSOs geen aantoonbaar effect heeft gehad op de frequentie waarmee overlast wordt gerapporteerd.⁷⁷ Wanneer zou worden verondersteld dat de aanwezigheid van de CSOs geen effect heeft op het gedrag van overlastgevers, zou men dat wel hebben verwacht: overlast wordt dan vanwege de intensievere controle vaker geconstateerd. Wanneer men daarentegen zou veronderstellen dat overlastgevers zich door de (potentiële) aanwezigheid van de CSOs laten afschrikken, zou men eveneens een effect verwachten op de mate waarin overlast wordt gerapporteerd, namelijk een negatief effect. Aangezien er echter van de activiteit van de CSOs géén effect op de gerapporteerde overlastfrequentie werd geconstateerd, lijkt het er ook hier op dat de overlastgevers met hun aanwezigheid op straat hebben leren omgaan. Overlast wordt niet minder gegeven, dat wordt alleen niet in de aanwezigheid van de CSOs gedaan.

75 Walker, Kershaw & Nicholas 2006, p. 103.

76 Dodd, Nicholas, Povey & Walker 2004, p. 19.

77 Cooper, Anscombe & Avenell 2006, p. 28ff.

Mogelijk moet de reden voor het ontbreken van aanwijzingen voor effecten van de introductie van CSOs niet bij de reactie van de overlastgevers worden gezocht, maar elders. Het zou het gevolg kunnen zijn van de prioriteit die de politieleiding aan de inzet van dit type functionarissen geeft. Een andere mogelijkheid is dat vanwege het feit dat CSOs door het publiek beter benaderbaar zijn dan agenten, niet in de laatste plaats omdat zij vergeleken met agenten een groter deel van hun werktijd besteden aan straatpatrouilles (50-57% tegen 16-30%),⁷⁸ aan hen zaken worden gemeld (of op andere wijze bekend worden) die anders onopgemerkt zouden zijn gebleven. Een eventuele reductie in de mate waarin overlast wordt veroorzaakt gecombineerd met een hogere mate waarin dit gedrag wordt gemeld of geconstateerd kan zo achter de cijfers verborgen blijven.

De belangrijkste indicator voor de vraag of de hervormingen het beoogde effect hadden, is vanuit het oogpunt van de Britse regering waarschijnlijk het aantal afgegeven ASBO vanaf 2002. In de periode 2002-2005 nam dit aantal sterk toe, maar onduidelijk is of dit het gevolg is van een verhoogde activiteit van de politie, het lokale bestuur of van beide. Wat de samenwerking tussen dit bestuur en de politie betreft, lijkt de situatie er in ieder geval op vooruitgegaan. Campbell noteerde in zijn *review* uit 2002 dat bij de uitvoerders op lokaal niveau zelf de indruk bestond dat het welslagen van de samenwerking erg afhankelijk was van persoonlijke relaties en dat het wederzijds consulteren de aanvraagprocedure flink kon vertragen.⁷⁹ Volgens een recent verschenen onderzoek van de *Audit Commission* op basis van een steekproef van 373 *Crime and Disorder Reduction Partnerships* (CDRP) die de politie en het bestuur op lokaal niveau zijn aangegaan, zou deze situatie inmiddels zijn verbeterd, maar de informatie-uitwisseling tussen de verschillende overheidsdiensten verloopt nog lang niet altijd vlekkeloos, niet in de laatste plaats vanwege de bescherming van de privacy van de betrokken overlastgevers.⁸⁰

Succesvol optreden tegen overlast vergt informatie over de gepleegde feiten en de veroorzaker(s) daarvan die zowel volledig als *up to date* is. Dat deze informatie niet wordt uitgewisseld is dus niet vanzelfsprekend, maar dat geldt zelfs voor het verzamelen ervan. Voor de introductie van de *National Standards for Incident Recording* in 2005 bijvoorbeeld werden sommige overtredingen van de openbare orde en sommige vormen van overlast überhaupt door de politie niet geregistreerd. Tegenwoordig wordt er weliswaar beter geregistreerd, maar nog geregeld worden niet alle mogelijke informatiekanalen benut om achter de omvang van de problematiek te komen.⁸¹

Al met al lijkt er in de uitvoeringspraktijk van de ASBO over de periode 2003-2005 vooruitgang te zijn geboekt. De samenwerking tussen het bestuur en de politie is verbeterd

78 Ibid., p. 9.

79 Campbell 2002, p. 21.

80 Audit Commission 2006.

81 Ibid.

en de mate waarin de ASBO wordt toegepast, is toegenomen.⁸² Sommige problemen zijn echter blijven bestaan en nieuwe problemen dienen zich inmiddels enkele schakels verder in de keten aan. Slechte communicatie tussen het OM en de *Magistrates Courts* zou medeverantwoordelijk zijn voor het feit dat tot in 59% van de gevallen van overtreding van de ASBO de rechter met een taakstraf reageert⁸³ – iets wat naar verwachting ten koste zal gaan van de beoogde afschrikwekkende werking van de ASBO. Het OM zou in veel van deze gevallen de gerechten onvoldoende hebben geïnformeerd over hetgeen de overlastgevers allemaal op hun kerfstok hadden. De vertraging in of het uitblijven van de afhandeling van de overtredingen van de ASBOs als gevolg van een gebrek aan capaciteit en ervaring bij de juridische afdelingen van het lokale bestuur, speelde hierbij echter ook een rol.⁸⁴

Het belangrijkste wapenfeit van de hervormingen is daarmee de aanmerkelijke toename in het aantal uitgevaardigde ASBOs. Deze toename roept de vraag op wat nu de effecten op het gedrag van de overlastgevers zelf waren? Deze vraag staat hierna centraal. Als eerste wordt aandacht besteed aan de nomentheorie van Ellickson,⁸⁵ omdat deze een kader biedt dat kan dienen om de werking van normen op het gedrag van individuen beter te begrijpen.

7 THEORY OF NORMS

In de aanloop naar de *Crime and Disorder Act 1998* had *Labour* niet alleen bepaalde aannames ontwikkeld over hoe de nieuwe wetgeving het gedrag van overheidsfunctionarissen op lokaal niveau zou gaan veranderen, maar ook over hoe de burger op de wetswijziging c.q. het als gevolg van de wetswijziging veranderde gedrag van de overheidsfunctionarissen en de media zou reageren. Om meer inzicht te krijgen in hoe de introductie van nieuwe wetten op het gedrag van burgers inwerkt, is het zinvol om hier aandacht te besteden aan Ellicksons *theory of norms*.⁸⁶ Griffiths' theorie is hiervoor minder geschikt, omdat zij weinig ruimte laat voor de keuzes van het individu. Mensen beschikken volgens Griffiths over het vermogen om regels te volgen en over het vermogen om het al dan niet volgen van regels door anderen (reactief of proactief) met sociale sancties te ondersteunen. Waarom zij wanneer welk gedrag vertonen en waarom zij welke regel in welke mate volgen, blijft bij Griffiths in wezen onduidelijk. Hij lijkt te veronderstellen dat mensen nooit (rationele) afwegingen maken ten aanzien van de gedragsmogelijkheden

82 Dit neemt niet weg dat de absolute aantallen afgegeven ASBOs wat schril afsteken bij de omvang van de overlast in het Verenigd Koninkrijk.

83 NAO 2006, p. 25.

84 Ibid.

85 Ellickson 1991.

86 Ibid.

waaruit zij kunnen kiezen en in hun gedrag gedetermineerd worden door de regels van de sociale omgeving.⁸⁷

Deze beperkingen leiden ertoe dat Griffiths' theorie voor de bestudering van de werking van concrete overheidsmaatregelen haar beperkingen kent. Zijn stelling dat

*'it is not the legislator who determines when a legal rule will be followed in social interaction. It is society that determines when and to what extent it is regulated by law,'*⁸⁸

lijkt in dit verband niet alleen te algemeen van aard, maar ook onjuist: het hangt er maar van af welke maatregelen deze overheid wil en kan nemen, mocht aan haar opdrachten geen gehoor worden gegeven. In feite keert Griffiths hier opnieuw een centrale aanname van de instrumentalistische benadering om. Terwijl daarin *de facto* wordt verondersteld dat de macht van de wetgever zo totaal en onaangevochten is dat haar opdrachten door normadressaten (en intermediairs) bij gebrek aan keuzealternatieven simpelweg worden uitgevoerd, veronderstelt Griffiths *de facto* dat de overheid niet de macht heeft om de keuzemogelijkheden van mensen te beperken en dat het daarom de samenleving is die 'kiest' wanneer zij in welke mate door wetten wordt gereguleerd. Dit onderschat niet alleen de mogelijkheden die overheden hebben, maar kent ook nog een ander probleem. Aangezien de maatschappij als zodanig geen keuzen kan maken, kiezen is immers een activiteit die is voorbehouden aan individuen, is deze stelling van Griffiths onhoudbaar. Ellicksons *theory of norms* kent de voornoemde bezwaren niet. Zijn theorie is een algemene leer over de rol die regels spelen in het verklaren van de samenwerking tussen individuen waartoe de meeste mensen meestentijds bereid zijn. Deze samenwerking behoeft volgens Ellickson een verklaring, want mensen zijn volgens hem zelfzuchtige individuen die hun eigenbelang nastreven. Het samengaan van coöperatie en zelfzucht ligt daarom niet direct voor de hand. Deze samenwerking wordt volgens Ellickson mogelijk gemaakt door een systeem van sociale controle dat werkt met behulp van normatieve regels over het gegeven de omstandigheden passende gedrag, regels die in hun werking door sancties worden ondersteund.

Ellickson onderscheidt in dit verband twee typen sancties, vijf typen actoren die zowel regels kunnen maken als sancties kunnen opleggen (regulators) en vijf typen regels. Wat de sancties betreft gaat het om positieve en negatieve sancties die door de regulators worden gebruikt om gedrag respectievelijk te belonen of te bestraffen. Bij de beoordeling van het vertoonde gedrag delen deze regulators de gedragingen in drie categorieën in:

87 Griffiths 2003, p. 15, p. 17. Zie ook Croes 2007b.

88 Ibid., p. 66.

uitzonderlijk goed gedrag dat in positieve zin boven de in de regel vastgelegde verwachtingen uitgaat en daarom een beloning verdient, normaal gedrag dat tegemoet komt aan de verwachtingen door overeen te stemmen met de regel en daarom noch een beloning noch een bestraffing verdient, en slecht gedrag dat niet aan de verwachtingen voldoet door de regel niet of onvoldoende te volgen en daarom een bestraffing verdient. Dat er sancties worden toegepast, is volgens Ellickson de duidelijkste indicatie dat een regel daadwerkelijk actief is en naar de mening van ten minste één regulator dient te worden nageleefd.⁸⁹

Bij de vijf typen regulators die Ellickson onderscheidt, gaat het in de eerste plaats om het individu dat regels voor zichzelf maakt en tegenover zichzelf handhaaft. In dit geval komen de actieve regels overeen met de persoonlijke ethiek van het individu. De handhaving van deze regels wordt ondersteund met sancties als schuld- en schaamtegevoelens (straf) en gevoelens van trots en tevredenheid (bonus) die het individu zichzelf op basis van een evaluatie van het eigen gedrag toebedeelt.

Bij het tweede type regulator gaat het om contractpartijen. Deze partijen maken al dan niet schriftelijk vastgelegde afspraken over de doelen van en de voorwaarden omtrent hun samenwerking. Naargelang de mate waarin deze afspraken worden nagekomen, kunnen de contractpartijen elkaar sanctioneren. De sancties bestaan uit beloningen bij beter dan overeengekomen prestaties of boetes bij prestaties die slechter zijn dan afgesproken. Verder kunnen bij tegenvallende prestaties extra waarborgen (bankgaranties, vooruitbetaling enz.) worden verlangd als bijkomende voorwaarden voor de voortzetting van de samenwerking. De zwaardere sancties bestaan uit de weigering om nog verder met de andere partij samen te werken, of het toebrengen van pijn en/of schade.

De drie overige typen regulators kunnen worden aangetroffen in sociale interacties waarbij meer dan twee actoren zijn betrokken. Anders dan in de hiervoor genoemde gevallen van de samenwerkende contractpartijen en het individu dat regels tegenover zichzelf handhaaft, hoeven de betrokkenen niet met de actieve regels te hebben ingestemd. Aanvaarding van de regels is geen voorwaarde voor het actief zijn ervan, omdat de sancties kunnen worden toegepast door actoren die geen onderdeel zijn van de primaire interactie. Ellickson spreekt in dit verband van *third party control*. De regulators die tot deze categorie behoren, kunnen worden onderscheiden in de sociale omgeving van het individu, organisaties en de overheid.

Wat de sociale omgeving betreft, gaat het bij de actieve regels om sociale normen. Een voorbeeld hiervan zijn tafelmanieren. Bij organisaties gaat het om de normen die binnen deze organisaties worden opgesteld en gehandhaafd. Een voorbeeld hiervan zijn de huisregels van bedrijven en de statuten die binnen stichtingen, instellingen of verenigingen

⁸⁹ Ellickson 1991, p. 124-126.

worden gehanteerd. Wat de overheid betreft, gaat het bij de actieve regels om de wetten en lagere vormen van wetgeving die de overheid maakt en daadwerkelijk handhaaft. De sancties zijn voor de *third party* regulators soortgelijk. De positieve sancties die de normen in hun werking ondersteunen bestaan uit materiële (geld of goederen) of immateriële beloningen (bijvoorbeeld complimenten of (weder)diensten). De negatieve sancties kunnen bestaan uit pogingen schuld- en schaamtegevoelens op te roepen (vermaningen, verwijten, waarschuwingen); uit reputatie-effecten (waaronder roddel en achterklap); uit het eisen van extra waarborgen bij voortgezette samenwerking; uit de weigering om met de persoon in kwestie samen te werken; en uit ostracisme of het moedwillig toebrengen van pijn en/of schade. De overheid heeft als extra mogelijkheden in het sanctiearsenaal de gehele of gedeeltelijke belemmering in de uitoefening van vrijheidsrechten en daarnaast verminking, verbanning of executie.

Ellickson onderscheidt verder vijf typen regels.⁹⁰ In de eerste plaats de substantiële regels. Deze regels zijn inhoudelijk van aard en definiëren welk gedrag dient te worden bestraft of beloond en welk gedrag als normaal moet worden beschouwd en daarom noch een bonus, noch een straf verdient. De vier overige soorten regels hebben betrekking op de eventuele toepassing van de sancties. In de eerste plaats gaat het om de regels die omschrijven wat, gegeven het vertoonde gedrag, de aard en omvang van de passende sanctie is. In de tweede plaats gaat het om de regels die aangeven hoe de regulators welke informatie moeten verzamelen en hoe zij deze informatie moeten evalueren voordat zij tot het opleggen van sancties kunnen overgaan. In de derde plaats gaat het om de regels die betrekking hebben op de organisatie en werkwijze van de regulators zelf. Bij de overheid gaat het bijvoorbeeld om de regels die zowel de organisatie en taken van het overheidsapparaat als de relaties tussen de verschillende onderdelen ervan ordenen. In de vierde plaats gaat het om de regulatorselectieregels. Voor specifieke domeinen van menselijke activiteit omschrijven deze regels welke regulator bevoegd is regels te maken en te handhaven.

8 ASBOs EN GEDRAGSTHEORIE

Uitgaande van Ellicksons *theory of norms* is er bij een overlast veroorzakend individu sprake van een situatie waarin zowel de persoonlijke ethiek (zelfbeheersing) van dit individu als de door sancties ondersteunde invloeden van tweede en derde partijen onvoldoende effect sorteren om te voorkomen dat hij in zijn gedrag hinder en schade toebrengt aan anderen. Sinds 1 april 1999 treedt de Britse overheid hier met nieuwe maatregelen tegen op om deze anderen tegen het overlastgevende gedrag van het individu te bescher-

⁹⁰ Ellickson 1991, p. 132-136.

men.⁹¹ Gegeven het feit dat de Britse overheid verkiest te handelen in plaats van burgers in staat te stellen zichzelf effectief tegen de ‘asociaal’ te weren, gegeven daarbij het feit dat in dit verband voor het gebruik van negatieve sancties werd gekozen, kon de beëindiging van het overlastgevende gedrag op drie manieren worden bereikt: door afschrikking van het overlastgevende individu; door ruchtbaarheid te geven aan het gedrag van het overlastgevende individu en hem op deze wijze aan zijn schuld- en schaamtegevoelens en de reputatie-effecten van zijn sociale omgeving bloot te stellen; of door het feitelijk onmogelijk te maken dat het individu derden overlast bezorgt, bijvoorbeeld door dit individu op te sluiten. De nadruk ligt hier op de eerste twee methoden, omdat het in beide gevallen om een gedragsverandering van het overlastgevende individu gaat. Detentie volgt eventueel op het uitblijven van de gedragsverandering en heeft daarmee in de eerste plaats betrekking op het gedrag van politie en justitie. De belangrijkste werking die van de ASBO werd verwacht, was afschrikking. De relatief strenge straffen die op de overtreding van de ASBO stonden, waren ook zo bedoeld:

‘[...] it is to be hoped that the greater penalties which will be available to the courts to deal with breaches, over and above those which would normally apply to the conduct which led to the breach, will act as a deterrent [...] It should be regarded as a particularly serious matter that the terms of an Order have been breached, whatever the conduct which led to the breach.’⁹²

Om ervoor te zorgen dat de gerechten dat ook zo zouden zien, maakte de *Crime and Disorder Act 1998* het onmogelijk dat de gerechten zouden besluiten een overtreding van een ASBO met een voorwaardelijke invrijheidsstelling af te doen. Het meeste onderzoek dat naar afschrikking wordt gedaan, leidt tot de conclusie dat de pakkans in dit verband belangrijker is dan de strafmaat.⁹³ De gedachte van sommige economen dat een lagere pakkans kan worden uitgeruild tegen een hogere strafmaat om hetzelfde afschrikkingseffect te bewerkstelligen, door sommigen verwoord in de extreme stelling ‘hang people for parking violations and there will be no parking violations and no hanging’,⁹⁴ blijkt in de praktijk niet op te gaan. Tegelijkertijd moet de straf die dreigt wanneer men wordt gepakt natuurlijk niet te laag zijn. Wanneer de sanctie die op het tegen de lamp lopen volgt onvoldoende nadeel oplevert, is er evenmin sprake van een afschrikwekkende werking. Dit wordt geïllustreerd door het onderzoek van economen

91 Niet alleen in het heden, maar ook met het oog op de toekomst. Het hebben van (een) zich sociaal gedragende ouder(s) is een van de sterkste voorspellers van overlastgevend gedrag bij jongeren (Eddy & Reid 2002).

92 Home Office 1997.

93 Van Tulder 1994, p. 47.

94 Geciteerd bij Van Tulder 2002.

hetwelk laat zien dat bij de overtreding van de regels de dreigende sancties van de kant van de sociale omgeving van het individu vaak meer indruk maken dan de eventuele sancties die van overheidswege worden opgelegd.⁹⁵

Het principe van *naming* en *shaming* is op de invloed van deze sociale omgeving van het individu gebaseerd. Bij de ASBO was het de bedoeling dat het met naam en toenaam bekendmaken tegen welk gedrag van wie de ASBO was gericht, zou helpen om de dader te beschamen en zijn omgeving bij deze beschaming in te schakelen c.q. voor het toezicht op de naleving van de ASBO te mobiliseren. De afhankelijkheid van de omgeving van de sociale omgeving maakt dat *naming* en *shaming* alleen werkt indien de normen van de normgemeenschap, waarvan het individu deel uit maakt, overeenkomen met de normen van de regulator die het individu sanctioneert.⁹⁶

Voor de werking van eventuele afschrikkingseffecten van dreigende sancties van hetzij de overheid, hetzij de sociale omgeving is een duidelijk en snel op het onaanvaardbare gedrag volgend signaal noodzakelijk om *discounting* te voorkomen. Van *discounting* is sprake wanneer de voordelen in het heden zwaarder wegen dan de (eventuele) nadelen in de toekomst. Het leidt tot concentratie op het hier en nu. De neiging tot *discounting* is algemeen, maar de mate waarin mensen dat doen, is dat niet. Deze mate is afhankelijk van verschillende biologische en sociaal-culturele factoren. Het is bijvoorbeeld een bekend neveneffect van sociale zekerheid. Door het individu te bevrijden van de materiële zorgen voor later en van ongerustheid over eventuele materiële consequenties van zijn gedrag, wordt zijn aandacht op het hier en nu gefocust en is hij minder geneigd zich in dat gedrag beperkingen op te leggen. Het gevolg hiervan kan overlastgevend gedrag zijn⁹⁷ of gedrag dat schadelijk is voor het individu zelf,⁹⁸ maar *discounting* wordt ook geassocieerd met criminele gedragingen.

Andere gedragsmechanismen die worden verondersteld een rol te spelen bij het individu dat met een ASBO wordt geconfronteerd, zijn *consistency* en *commitment*. Beide mechanismen zijn ontleend aan de *cognitive dissonance theory* van Leon Festinger.⁹⁹ Volgens deze theorie zoeken mensen consistentie tussen hun waarden, opvattingen en percepties. Wanneer er een conflict bestaat tussen de waarden of opvattingen die mensen hebben en het gedrag dat zij vertonen, lossen ze dat vaak op door niet hun gedrag in overeenstemming te brengen met hun waarden, maar door hun waarden aan hun gedrag aan te passen. Deze waardeverandering zou bij met ASBO's belaste personen kunnen optreden

95 Van Tulder 2002; Croes 2007b.

96 Braithwaite & Drahos 2002; Pawson 2002.

97 Dalrymple 2001.

98 Hoppe 2005.

99 Festinger 1957.

als gevolg van de door sancties ondersteunde beperking van hun handelingsvrijheid. Een afkeer van het geven van overlast zou hiervan het gevolg kunnen zijn.

De theorie achter het *commitment*-effect gaat eveneens uit van het streven naar consistentie.¹⁰⁰ De centrale gedachte hierbij is dat mensen *sowieso* de voorkeur hebben om te handelen in overeenstemming met eerder gedane toezeggingen. Verondersteld mag echter worden dat de dreiging van sancties hierbij eveneens een rol speelt. Het breken van beloften is immers een gedraging die door tweede of derde partijen gewoonlijk wordt bestraft, ook als daaraan kosten zijn verbonden en ook als de derde partij zelf door de primaire interactie waarbinnen het bedrog plaatsvond niet wordt geraakt.¹⁰¹ Het individu handhaaft het houden van beloften ook jegens zichzelf. Halpern, Bates, Beales en Heathfield¹⁰² geven het voorbeeld van mensen die als onderdeel van een experiment wordt gevraagd op de eigendommen van anderen te letten. Wanneer vervolgens een poging wordt gedaan om deze eigendommen te stelen, is de kans dat de mensen die hebben toegezegd op de spullen te zullen passen de ontvreemding zullen trachten te verhinderen vier maal groter dan de kans dat omstanders dat zullen doen. Een soortgelijk verschijnsel is beschreven door Varese en Yaish.¹⁰³ Deze auteurs deden onderzoek naar het onderduiken van joden in het door de Duitsers bezette Europa. Zij kwamen tot de conclusie dat de kans dat joden aan een onderduikplaats werden geholpen vele malen groter was wanneer de potentiële gastgevers om hulp werd gevraagd, en nog groter wanneer een gerespecteerde intermediair om deze hulp vroeg.

9 ASBOs EN GEDRAGSEFFECTEN

The proof of the pudding is in the eating. Werkten de ASBOs en zo ja, op welk gedragsmechanisme was hun werking gebaseerd? Deze vraag is lastig te beantwoorden, zeker wat betreft het tweede deel. Er bestaan vooralsnog maar weinig evaluaties van beleidsinterventies gericht tegen overlast en een echt goede evaluatie van de effecten van ASBOs ontbreekt.¹⁰⁴ De beste tot zover is een recent onderzoek van de *National Audit Office* (NAO). Op basis van een steekproef van 893 individuen die vanwege hun asociale gedrag aan een beleidsinterventie werden blootgesteld, kwam de NAO tot de conclusie dat de meerderheid na een dergelijke interventie het asociale gedrag staakte. Van deze 893 werden de meesten geconfronteerd met een waarschuwingsbrief of een *Acceptable Behaviour Contract* (ABC),¹⁰⁵ slechts 23% kreeg een ASBO. Van de 211 personen die een

100 Van Bruggen 2001.

101 Fehr & Fischbacher 2004.

102 Halpern, Bates, Beales & Heathfield 2004.

103 Varese & Yaish 2004.

104 Rubin, Rabinovich & Hallsworth 2006; NAO 2006.

105 Zie noot 13.

ASBO kregen, was 85% man en was 38% jonger dan 18 jaar. Iets meer dan de helft van de individuen met een ASBO ging opnieuw in de fout: van de 211 individuen overtrad 55% de bepalingen van hun ASBO. De mate waarin de ASBO is overtreden, is in dit onderzoek daarmee hoger dan het officiële cijfer dat op 45% komt.¹⁰⁶ Van de 115 overtreders van de ASBO overtrad 42% de bepalingen een of tweemaal terwijl 35% dat vijf keer of meer deed. Onder de overtreders was vier maal het gemiddelde aantal overtredingen.¹⁰⁷ In het onderzoek van de NAO lijkt de ASBO het minst effectief in het verhinderen van nieuwe overlast (45% succes) vergeleken met waarschuwingen (63% succes) en de ABCs (65% succes). De *Youth Justice Board* voert in dit verband de hoge mate waarin de ASBO wordt overtreden op als bewijs dat de maatregel niet werkt. Volgens deze organisatie zouden jongeren niet worden afgeschrikt door de kans op gevangenisstraf bij overtreding van de ASBO, en volgens hun ouders zou de ASBO door het kroost zelfs als een *badge of honour* worden gezien.¹⁰⁸ De sociale omgeving van de asociale jongere lijkt met andere woorden op het door hem verwerven van de ASBO niet negatief te reageren: *naming* en *shaming*-effecten treden zo niet op.

Hierbij horen echter ten minste twee kanttekeningen. In de eerste plaats moet worden beseft dat de ASBO gewoonlijk tegen de 'moeilijkere' gevallen wordt ingezet. In het onderzoek van de NAO had 80% van de 211 lieden met een ASBO een strafblad met een gemiddeld aantal van 26 veroordelingen. Bij diegenen die een CRASBO kregen, was dit gemiddeld aantal veroordelingen zelfs 62. Ter vergelijking: van de mensen die een schriftelijke waarschuwing kregen, had maar 20% een strafblad (met gemiddeld 15 veroordelingen), voor de ABCs was dat 34% (met gemiddeld 17 veroordelingen).¹⁰⁹ In de tweede plaats dient erop te worden gewezen dat de gemiddelde tijdsduur tussen de beleidsinterventie en de overtreding bij de ASBO veel langer was dan bij de waarschuwing of de ABCs: 296 dagen tegen respectievelijk 73 en 155 dagen. Aangenomen dat de kans op ontdekking van een overtreding van een ABC, het negeren van een waarschuwing of het overtreden van een ASBO gelijk is, wijst dit erop dat de ASBO een relatief lange periode werkzaam is, een periode gedurende welke overlast van de overlastgever wordt voorkomen.

In het licht van deze kanttekeningen lijkt de ASBO als instrument ter bestrijding van overlast niet onsuccesvol.¹¹⁰ Temeer omdat in het algemeen

106 Data Home Office.

107 NAO 2006.

108 YJB 2006.

109 Ibid.

110 Het overtreden van de ASBO staat overigens niet gelijk aan het falen van de beleidsopzet. De bedoeling was de gemeenschap tegen het gedrag van de 'asociaal' te beschermen. De overtreding van de ASBO geeft de mogelijkheid om deze bescherming middels detentie te realiseren.

*'metanalytical reviews indicate that there is no evidence that punitive sanctions and other interventions concerned with the restriction and regulation of the individual can be relied on to prevent re-offending.'*¹¹¹

Sancties hebben gewoonlijk of geen effect, of een negatief effect op de frequentie waarmee nieuwe overtredingen worden begaan. Dat lijkt ook voor de ASBO te gelden, maar gegeven de hoge mate waarin veroordeelden gewoonlijk recidiveren,¹¹² valt het succesniveau van 45% van de ASBO niet tegen. Wellicht is dit het gevolg van de inzet van de ASBO juist tegen die individuen die al het nodige op hun kerfstok hebben. Dergelijke personen beschikken geregeld over weinig zelfbeheersing en bij hen zou afschrikking nog het best werken,¹¹³ eventueel gevolgd door *consistency*- en *commitment*-effecten. Een overtreding van de ASBO betekent nog niet dat deze als beleidsmaatregel heeft gefaald: de overtreding kan als grond dienen om strafrechtelijke maatregelen tegen de bewuste overlastgever te nemen en de samenleving op andere wijzen tegen zijn gedrag te beschermen. In dit verband is het van belang erop te wijzen dat met de overtreding van de ASBO door de gerechten betrekkelijk mild wordt omgesprongen: in slechts 41%¹¹⁴ tot iets meer dan de helft¹¹⁵ van de gevallen van overtreding van de ASBO volgde gevangenisstraf. Dat de ASBO desondanks een afschrikwekkende werking heeft, kan als een aanwijzing worden gezien dat een serieuze bestraffing bij overtreding van de ASBO niet gegarandeerd hoeft te zijn of dat het nog onvoldoende bekend is dat rechters lankmoedig op een overtreding van de ASBO reageren. Het kan echter ook worden geïnterpreteerd als een aanwijzing dat niet de dreigende sancties van de overheid, maar die van een andere regulator de doorslag geven, een regulator die onmiddellijk kan reageren en het *discounting*-effect kan verslaan. Vooralsnog blijft over de werkzame gedragsmechanismen veel onduidelijk. Verder onderzoek zal hierin wellicht meer klaarheid kunnen brengen.

10 CONCLUSIE

Na een aantal verloren verkiezingen op rij sloeg de Britse *Labour Party* halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw een andere koers in. Onder leiding van Tony Blair begon de partij afscheid te nemen van het mens- en maatschappijbeeld volgens welke het gedrag van mensen louter door de omstandigheden wordt bepaald. Crimineel gedrag en

111 Prior & Paris 2005. Een uitzondering hierop is, vanzelfsprekend, incapacitatie. Voor de deur van de detentie is de extramurale samenleving gevrijwaard van recidive.

112 Wartna & Tollenaar 2006.

113 Wright, Caspi, Moffit & Paternoster 2002.

114 Dit is deels als gevolg van tegelijkertijd lopende strafzaken. NAO 2006, p. 25.

115 Hansen, Bill & Pease 2005.

overlast werd door de partij nu meer als een keuze gezien. De plegers konden voor deze keuze niet alleen verantwoordelijk worden gehouden, zij zouden er ook met behulp van afschrikking van kunnen worden afgehouden. Met een programma van 'tough on crime, tough on the causes of crime' zette *Labour* zich vervolgens neer als de *law and order*-partij van Groot-Brittannië en won de verkiezingen van 1997.

Onderdeel van het nieuwe *Labour*-beleid met betrekking tot overlast was de *Anti Social Behaviour Order* (ASBO). Deze civielrechtelijke maatregel werd in 1998 met de *Crime and Disorder Act* in Engeland en Wales ingevoerd om de lokale autoriteiten in staat te stellen namens de lokale gemeenschap effectief tegen overlast op te treden. De introductie van de ASBO per 1 april 1999 betekende dat overlastgevers bepaalde gedragingen verboden konden worden op straffe van een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar bij overtreding van de bepalingen van de ASBO. Zowel het lokale bestuur als de politie kon bij de rechter een aanvraag voor een dergelijke ASBO indienen. De rechter evalueerde vervolgens het bewijsmateriaal tegen de verdachte van overlast en besloot de ASBO al dan niet toe te kennen. Zoals uit de BCS was gebleken, vonden veel Britten overlast een probleem. De *one day count* van sociaal gedrag in 2003 bracht vervolgens de omvang van dit probleem in beeld: de telling kwam uit op meer dan 66.000 meldingen van het publiek bij de 1500 aan de telling deelnemende organisaties.

In deze bijdrage zijn de oorsprong, achtergronden en gedragseffecten van de ASBO behandeld. Daarbij is eerst aandacht besteed aan de effecten van de ASBO-regelgeving op de functionarissen bij de lokale autoriteiten die met het van kracht worden ervan de beschikking hadden gekregen over een nieuw instrument om overlast te bestrijden. De eerste jaren werd dit instrument echter nauwelijks gebruikt: in 1999 gebeurde dat 104 keer; in 2000 137; in 2001 350 keer; en in 2002 426 keer. Aan de hand van de theorie van Griffiths over de sociale werking van rechtsregels is inzichtelijk gemaakt waarom dit gebeurde. De belangrijkste reden hiervoor is dat beleidsmakers op nationaal niveau er volgens Griffiths ten onrechte van uitgaan dat regels werken als beoogd en het gedrag van de normadressaat (in dit geval: lagere functionarissen) in de gewenste richting leiden. Deze functionarissen moeten echter over de wil en de mogelijkheden (waaronder kennis van de regels) beschikken voordat zij aan de regels kunnen voldoen.

De Britse regering maakte met een aantal wetswijzigingen en publieke druk op met name de politie hiervan in 2002 meer werk. De aantallen afgegeven ASBOs namen vervolgens flink toe: van 1336 ASBOs in 2003 tot 3440 in 2004 en 4060 in 2005. Deze toename heeft sommige wetenschappers ertoe verleid te beweren dat de ASBO-stroom buiten haar oevers is getreden en door de intolerante lokale autoriteiten tamelijk lukraak in de richting van allerlei gedragingen is geleid die moeilijk als overlastgevend kunnen worden beschouwd. Ter ondersteuning van deze stelling geven de betrokken wetenschappers wel voorbeelden, maar geen kwantitatief bewijs. Ze overtuigt bijgevolg niet, temeer omdat

de in de periode 1999-2005 9.853 uitgevaardigde ASBOs tamelijk schril afsteken tegen de 66.000 dagelijkse meldingen van asociaal gedrag.

In het tweede deel van deze bijdrage was de aandacht gericht op het individu tegen wie de ASBO wordt ingezet. In dit verband is eerst een algemene theorie over normen van Ellickson geïntroduceerd om meer grip te krijgen op de typen actoren en soorten regels die in het gedrag van normadressaten van belang zijn. Meer specifieke gedragstheorieën wezen vervolgens op de mogelijke gevolgen van afschrikking, *naming* en *shaming*, *discounting* en van *consistency*- en *committent*-effecten. Wat de beoogde werking van de ASBO betreft blijkt uit onderzoek dat de ASBO in ongeveer de helft van de gevallen wordt overtreden. Anders dan soms wordt gesteld, kan dit nog niet als een blijk van het falen van de maatregel als zodanig worden gezien. De ASBO wordt in de praktijk veelal ingezet tegen individuen die reeds een strafblad hebben. Aangezien deze personen gewoonlijk in hoge mate recidiveren, zou met deze recidive bij de beoordeling van het succes van de ASBO rekening moeten worden gehouden. Datzelfde geldt voor de tijdsduur die verstrijkt tussen het moment dat de order wordt afgekondigd en het moment dat deze wordt overtreden. Dat 55% van de ASBOs wordt overtreden, betekent bovendien nog niet dat de ASBO als beleidsmaatregel heeft gefaald: de overtreding kan als grond dienen om strafrechtelijke maatregelen tegen de bewuste overlastgever te nemen en de samenleving op andere wijzen tegen zijn gedrag te beschermen.

Een opmerkelijk punt is in dit verband dat rechters in ongeveer de helft van de gevallen van overtreding van de ASBO een taakstraf in plaats van gevangenisstraf oplegden. Dit roept de vraag op wat het werkzame mechanisme is achter de ASBO. Zouden de overlastgevers worden afgeschrikt in de wetenschap dat overtreding van de ASBO in de helft van de gevallen niet tot gevangenisstraf leidt? Misschien spelen bij de werking van de ASBO andere gedragsmechanismen dan afschrikking een rol. Nader onderzoek kan hierover wellicht meer uitsluitsel bieden.

LITERATUUR

Audit Commission 2006

Audit Commission, *Neighbourhood crime and anti-social behaviour. Making places safer through improved local working*. Wetherby: Audit Commission 2006.

Braithwaite & Drahos 2002

J. Braithwaite & P. Drahos, 'Zero tolerance, naming and shaming: is there a case for it with crimes of the powerful?' *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, nr. 35, 2002, p. 269-288.

Bullock & Jones 2004

K. Bullock & B. Jones, *Acceptable Behaviour Contracts. Addressing antisocial behaviour in the London Borough of Islington*. Londen: Home Office 2004.

Burney 2005

E. Burney, *Making people behave. Anti-social behaviour, politics and policy*. Portland: Willan Publishing 2005.

Campbell 2002

S. Campbell, *A review of anti-social behaviour orders*. Londen: Home Office 2002.

Canon 1998

B.C. Canon, 'The supreme court and policy reform: the hollow hope revisited.' in: D.A. Schultz (red.), *Leveraging the law. Using the courts to achieve social change*. New York, Washington e.a.: Peter Lang 1998, p. 215-249.

Cooper, Anscombe & Avenell 2006

C. Cooper, J. Anscombe, J. Avenell e.a. *A national evaluation of Community Support Officers*. Londen: Home Office 2006.

Croes 2007a

M. Croes, 'Amerikaanse lessen.' *Justitiële verkenningen*, jrg. 33, nr. 4, 2007, p. 124-132.

Croes 2007b

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

Croes 2007c

M. Croes, 'De waves that rule Britannia.' *Recht der werkelijkheid*, jrg. 28, nr. 2, p. 79-85.

Dalrymple 2001

T. Dalrymple, *Life at the bottom. The worldview that makes the underclass*. Chicago: Ivan R. Dee 2001.

Demirkaya 2006

Y. Demirkaya, 'The changing management of local government under New Labour in England: best value policy.' *Public administration and management*, jrg. 11, nr. 2, 2006, p. 44-74.

DETR 1998

Department of the Environment, Transport and the Regions, *Modern local government: in touch with the people*. Londen: Department of the Environment, Transport and the Regions 1998.

Dodd, Nicholas, Povey & Walker 2004

T. Dodd, S. Nicholas, D. Povey & A. Walker, *Crime in England and Wales 2003/2004*. Londen: Home Office 2004.

Eddy & Reid 2002

J.M. Eddy & J.B. Reid, *The anti-social behavior of adolescent children of incarcerated parents: a developmental perspective*. Oregon: Oregon Social Learning Center 2002.

Egelkamp 2002

M.M. Egelkamp, *Inflation von Gewalt? Strafrechtliche und kriminologische Abalysen on Qualifikationsentscheidungen in den Niederlanden und Deutschland*. Groningen: zonder uitgever 2002.

Ellickson 1991

R.C. Ellickson, *Order without law. How neighbors settle disputes*. Cambridge (VS): Harvard University Press 1991.

Fehr & Fischbacher 2004

E. Fehr & U. Fischbacher, 'Third-party punishment and social norms.' *Evolution and human behaviour*, jrg. 25, nr. 1, 2004, p. 63-87.

Festinger 1957

L. Festinger, *A theory of cognitive dissonance*. Stanford: Stanford University Press 1957.

Griffiths 2003

J. Griffiths, 'The social working of legal rules.' *Journal of legal pluralism*, nr. 48, 2003, p. 1-84.

Halpern, Bates, Beales & Heathfield 2004

D. Halpern, C. Bates, G. Beales & A. Heathfield, *Personal responsibility and changing behaviour: the state of knowledge and its implications for public policy*. Londen: Cabinet Office 2004.

Hansen, Bill & Pease 2005

R. Hansen, L. Bill & K. Pease, 'Nuisance offenders: scoping the public policy problems.' In: M. Tonry (ed.), *Confronting crime: crime control under new Labour*. Cullompton: Willan Publishing 2005, p. 80-94.

Harradine, Kodz, Lemmetti & Jones 2004

S. Harradine, J. Kodz, F. Lemetti & B. Jones, *Defining and measuring anti-social behaviour, Development and Practice Report 26*. Londen: Home Office 2004.

Harcourt & Ludwig 2006

B.E. Harcourt & J. Ludwig, 'Broken windows: new evidence from New York City and a five city social experiment.' *The University of Chicago Law Review*, vol. 73, 2006, p. 271-320.

Van der Heide & Eggen 2007

W. van der Heide & A.Th.J. Eggen (red.), *Criminaliteit en rechtshandhaving 2006. Ontwikkelingen en samenhangen*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Himmelfarb 2005

G. Himmelfarb, *The roads to modernity. The British, French, and American enlightenments*. New York: Alfred A. Knopf 2005.

Home Office 1997

Home Office, *Community safety order: a consultation paper*. Londen: Home Office 1997.

Home Office 1998

Home Office, *Crime and disorder bill 1998. Guidance on statutory crime and disorder partnerships*. Londen: Home Office 1998.

Home Office 2001

Home Office, *Policing in a new century: a blueprint for reform*. Londen: Home Office 2001.

Home Office 2002

Home Office, *The national policing plan 2003–2006*. Londen: Home Office 2002.

Home Office 2003

Home Office, *Respect and responsibility. Taking a stand against anti-social behaviour*. Londen: Home Office 2003.

Home Office 2004

Home Office, *Defining and measuring anti-social behaviour*. Londen: Home Office 2004.

Hoppe 2005

H.-H. Hoppe, 'On time preference, government, and the process of decivilization.' H. Hoppe, *Democracy. The God that failed. The economics and politics of monarchy, democracy, and natural order*. New Brunswick: Transaction Publishers 2005, p. 1-43.

Lasch 1996

C. Lasch, *The revolt of the elites and the betrayal of democracy*. New York: W.W. Norton & Company 1996.

MacDonald 2006

S. MacDonald, 'A suicidal woman, roaming pigs and a noisy trampolinist: refining the ASBO's definition of "Anti-Social Behaviour"?' *Modern Law Review*, jrg. 69, nr. 2, p. 183-213.

NAO 2006

National Audit Office, *Tackling anti-social behaviour. Report by the comptroller and auditor general*. Londen: Home Office 2006.

NAPO 2005

NAPO, *Anti Social Behaviour Orders. An analysis of the first six years*. Londen: NAPO 2005.

Nicholas, Kershaw & Walker 2007

S. Nicholas, C. Kershaw & A. Walker, *Crime in England and Wales*. Londen: Home Office 2007.

Pawson 2002

R. Pawson, 'Evidence and policy and naming and shaming.' *Policy Studies*, jrg. 23, nr. 3-4, 2002, p. 211-230.

Prick 2006

L. Prick, *Drammen, dreigen, draaien. Hoe het onderwijs twintig jaar lang vernieuwd werd*. Amsterdam: Mets & Schilt 2006.

Prior & Paris 2005

D. Prior & A. Paris, 'Preventing children's involvement in crime and anti-social behaviour: a literature review. A paper produced for the National Evaluation of the Children's fund.' Birmingham: Institute of applied science 2005.

Rosenberg 1991

G.N. Rosenberg, *The hollow hope. Can courts bring about social change?* Chicago: Chicago University Press 1991.

Rosenberg 1998

G.N. Rosenberg, 'Knowledge and desire: thinking about courts and social change.' In: D.A. Schultz (red.), *Leveraging the law. Using the courts to achieve social change*. New York, Washington e.a.: Peter Lang 1998, p. 251-291.

Rubin, Rabinovich & Hallsworth 2006

J. Rubin, L. Rabinovich, M. Hallsworth, E. Nason, *Interventions to reduce anti-social behaviour and crime. A review of effectiveness and costs*. RAND Europe 2006.

Schultz & Gottlieb 1998

D. Schultz & S.E. Gottlieb, 'Legal functionalism and social change: a reassessment of Rosenberg's *the hollow hope*.' in: D.A. Schultz (red.), *Leveraging the law. Using the courts to achieve social change*. New York, Washington e.a.: Peter Lang 1998, p. 169-213.

Squires & Stephen 2005

P. Squires & D.E. Stephen, *Rougher justice. Anti-social behaviour and young people*. Portland: Willan Publishing 2005.

Tarling, Dowds & Budd 2000

R. Tarling, L. Dowds & T. Budd, *Victim and witness intimidation: key findings from the British Crime Survey*. Londen: Home Office 2000.

Thorp, Fiddick & Wood 1998

A. Thorp, J. Fiddick & E. Wood, *Anti-social neighbours, sex offenders, racially motivated offences and sentencing drug-dependent offenders*. Londen: House of commons library 1998.

Upton 2006

A. Upton, *Perceptions and experience of anti-social behaviour: findings from the 2004/05 British Crime Survey*. Londen: Home Office 2006.

Van Bruggen 2001

A.C. van Bruggen, *Individual production of social well-being: an exploratory study*. Groningen: ICS 2001.

Van Thiel & Leeuw 2002

S. van Thiel & F.L. Leeuw, 'The performance paradox in the public sector.' *Public performance & management review*, vol. 25, nr. 3, 2002, p. 267-281.

Van Tulder 1994

F.P. van Tulder, *Van misdaad tot straf. Een economische benadering van de strafrechtelijke keten*. Rijswijk: SCP 1994.

Van Tulder 2002

F.P. van Tulder, 'Economien over straftoemeting.' *Tijdschrift voor criminologie*, jrg. 44, nr. 3, 2002, p. 300-307.

Varese & Yaish 2004

F. Varese & M. Yaish, *The importance of being asked. The rescue of Jews in Nazi Europe. Rationality and society*, jrg. 12, nr. 3, 2000, p. 307-334.

Walker, Kershaw & Nicholas 2006

A. Walker, C. Kershaw & S. Nicholas, *Crime in England and Wales 2005/06*. Londen: Home Office 2006.

Wartna & Tollenaar 2006

B.S.J. Wartna & N. Tollenaar, *Recidive 1997-2003. Ontwikkelingen in het niveau van de strafrechtelijke recidive van jeugdige en volwassen daders*. Den Haag 2006: WODC.

Wilson & Kelling 1982

J.Q. Wilson & G.L. Kelling, 'Broken windows: The police and neighborhood safety.' *Atlantic monthly*, maart 1982, pp. 29-38. http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf [7-9-2007].

Wong 2006

K. Wong, *Antisocial behaviour and housing bodies. Sharing effective practice in preventing anti-social behaviour. Findings from a study in the West-Midlands*. Londen: NACRO 2006.

Wood 2004

M. Wood, *Perceptions and experience of antisocial behaviour: findings from the 2003/2004 British Crime Survey*. Londen: Home Office 2004.

Wright, Caspi, Moffit & Paternoster 2002

B.R.E. Wright, A. Caspi, T.E. Moffitt & R. Paternoster, 'Does the perceived risk of punishment deter criminally prone individuals? Rational choice, self-control, and crime.' *Journal of research in crime and delinquency*, vol. 41, nr. 2, 2004, p. 180-213.

YJB 2006

Youth Justice Board, *Anti-social behaviour orders*. YJB 2006.

HOOFDSTUK 23

AFSLUITENDE OBSERVATIES

A.J. Verheij, I. Giesen en W.H. van Boom¹

1 INLEIDING

In dit afsluitende hoofdstuk komen wij naar aanleiding van de voorgaande bijdragen nog tot enkele afrondende observaties. Daarbij is een eerste belangrijke vraag wat de mogelijkheden en beperkingen zijn van de in deze bundel gevolgde multidimensionale methode. Deze kwam er (zie par. 5 van de Inleiding) kort gezegd op neer dat de resultaten van andere disciplines worden gebruikt om door juristen² (wetgever en rechter) gehanteerde gedragspresumpties en gedragseffecten nader te onderzoeken. Hoewel enkele auteurs ook zelf empirisch onderzoek hebben verricht (Bacharias, Lindenberg en Mascini) of eerder eigen empirisch onderzoek hebben gebruikt (Van Erp; Loonen; Van Dijk; Huls en Jungmann), is voor de hier gekozen methode nu juist typerend dat een jurist de onderzoeksresultaten gebruikt die een niet-jurist in niet-juridisch onderzoek heeft vergaard, om vervolgens tot een eigen normatief oordeel te komen. Het normatieve oordeel wordt uiteraard niet direct gebaseerd op de empirische gegevens, maar is daar wel door geïnformeerd.

De bijdragen in deze bundel kunnen, zo beschouwd, gezien worden als ‘empirische’ gegevens omtrent de werkbaarheid en het nut van de multidimensionale methode. Wij gingen bij de aanvang van deze bundel namelijk zelf ook uit van verschillende veronderstellingen:

- 1 er zijn eenduidige niet-juridische of empirische gegevens beschikbaar;
- 2 deze zijn op zichzelf beschouwd te extrapoleren naar een juridische context;
- 3 degene die deze vertaalslag maakt, hoeft niet geschoold te zijn in de discipline waaraan de onderzoeksresultaten worden ontleend; en

1 Albert Verheij is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en honorair universitair hoofddocent aan de Universiteit Utrecht, Ivo Giesen is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Utrecht en Willem van Boom is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Waar we in dit hoofdstuk het begrip ‘jurist’ hanteren, hebben we in de eerste plaats het oog op de privatist.

- 4 de niet-juridische of empirische gegevens hebben meerwaarde voor de normatieve juridische besluitvorming door de rechter of wetgever.

In het navolgende wordt allereerst onderzocht in hoeverre deze presumpties houdbaar waren (par. 2). Vervolgens komt aan de orde of er een rode draad valt te constateren in de bijdragen (par. 3). Daarmee wordt bedoeld of de kanttekeningen die door de resultaten uit andere disciplines worden geplaatst bij gedragspresumpties en gedragseffecten van

juristen in hetzelfde vlak liggen. Met andere woorden: zijn er één of meer typerende vooringenomenheden te constateren waar juristen blijk van geven? Ten slotte proberen wij een eerste inschatting te geven van de toekomst van de multidimensionale methode. Is dat een zinvolle weg (par. 4)?

2 PRESUMPTIES

2.1 *Presumptie 1: er zijn eenduidige niet-juridische of empirische gegevens beschikbaar*

Een eerste belangrijke presumptie was dat schrijvers niet-juridische of empirische gegevens zouden kunnen vinden die eenduidig zijn in de zin dat er geen sprake is van tegenstrijdigheid. In de meeste gevallen klopte deze presumptie, maar in een aantal gevallen werden schrijvers met problemen geconfronteerd doordat onderzoeksresultaten tegenstrijdig waren of omdat er te weinig onderzoeksresultaten waren om algemene conclusies te trekken.

Bacharias, Lindenbergh en Mascini trachten bijvoorbeeld zicht te krijgen op de (ongewenste) gevolgen die het implementeren van veiligheidsbeleid kan hebben in een bedrijf. Het beperkte empirische materiaal dat zij voorhanden hebben (één casestudy binnen een Nederlands energiebedrijf en twee onderzoeken naar Engelse bedrijven), maakt het echter niet goed mogelijk om algemene conclusies te trekken. En Van Dijk en Lamers zijn van oordeel dat onvoldoende informatie beschikbaar is over de bekendheid bij ondernemers met de regels die schuldeisersbenadeling trachten te voorkomen. Zij achten nader onderzoek op dit punt daarom aangewezen. Raaijmakers concludeert aan het einde van zijn bijdrage dat er behoefte is aan diepgaander onderzoek over de softe factoren die van invloed zijn op het gedrag van bestuurders en commissarissen. Ook Faure en Van Boom komen tot de slotsom dat er geen onomstotelijk bewijs is, in hun geval van de invloed van anti-selectie (par. 3.1). Zij noemen drie onderzoeken waarin geen anti-selectie is aangetoond en drie onderzoeken waarin dat wel is aangetoond. Voor het bestaan van pro-selectie achten zij tot op zekere hoogte bewijs aanwezig (par. 3.2). Zij concluderen in (par. 3.4 van) hun bijdrage dat er in bepaalde studies wel bewijs is van moreel risico;

algemene conclusies willen zij daar niet aan verbinden. Het algemene probleem waar zij tegenaan lijken te lopen is dat iedere verzekering weer anders is en dat bovendien ook de verzekeringsmarkten verschillen per land. Dit maakt het niet goed mogelijk om conclusies te trekken over de gehele breedte van het verzekeringsveld. Verder onderzoek naar de empirische juistheid van klassieke veronderstellingen van de verzekeringseconomie en het verzekeringsrecht achten zij dan ook wenselijk.

Er zijn dus gevallen waarin de eerste presumptie die aan dit boek ten grondslag ligt, niet helemaal bleek te kloppen. Er was in die gevallen geen (eenduidig) empirisch materiaal voorhanden. Dat was uiteraard te verwachten omdat, net als bij ander niet-juridisch materiaal, het overgrote deel van het onderzoek door niet-juristen is verricht en dus niet vanuit een juridische vraagstelling is opgezet. Het ligt dan ook voor de hand dat een jurist die een juridisch probleem wil oplossen geen onderzoek vindt dat precies aansluit op zijn vraagstelling. Dat slechts in een grote minderheid van de gevallen auteurs opliepen tegen een gebrek aan bruikbaar materiaal, is dan wellicht ook verrassend. Hoewel het riskant zou zijn om uit een enkele bundel als deze te concluderen dat er in de meeste gevallen voldoende relevant niet-juridisch (of zelfs empirisch) materiaal voorhanden zal zijn, mag uit dit gegeven toch enige hoop worden geput voor de hier gebruikte methode. De jurist die zicht wil krijgen op de werkelijkheid zal niet altijd zelf onderzoek hoeven te doen met alle tijd en kosten van dien (om nog maar niet te spreken van het feit dat hij hiertoe niet is opgeleid). Het loont de moeite om eerst eens in de grabbelton van de andere wetenschappen te graaien.

2.2 Presumpties 2 en 3: extrapolatie door een jurist is mogelijk

Met uitzondering van Van Dijck en Lamers lijkt geen van de auteurs erg te hebben geworsteld met het probleem van de extrapolatie, althans dat blijkt vaak niet erg expliciet uit hun bijdragen. Van Dijck en Lamers doen dit wel expliciet. Zij beschouwen hun bijdrage zelfs in de eerste plaats als '(...) een methodische verkenning van het vertalen van inzichten uit gedragswetenschappelijke studies naar het juridische domein (...)’ (par. 1). Uiteindelijk (par. 6) stellen zij zich op het standpunt dat gedragswetenschappelijke studies '(...) slechts aanleiding voor een aantal vermoedens [geven], die nader zouden moeten worden onderzocht (...)’ en formuleren zij vervolgens een viertal zaken die in hun optiek nader onderzoek verdienen. Zij zijn dus van mening dat het door hen bestudeerde empirische materiaal niet direct kan worden vertaald in juridische aanbevelingen. In dat opzicht verschilt deze bijdrage dan ook wezenlijk van de overige bijdragen. Terwijl de overige auteurs zonder discussie kennelijk aannemen dat de door hen gevonden resultaten direct relevant zijn, lijken Van Dijck en Lamers van een tegengesteld vertrekpunt

uit te gaan. De door hen bestudeerde gedragswetenschappelijke studies geven ‘slechts’ aanleiding voor nader te onderzoeken vermoedens.

Het probleem is, zo denken wij, dat er in het algemeen weinig te zeggen valt over de vraag of de resultaten van een in een andere discipline verricht onderzoek kunnen worden vertaald naar de juridische context. Soms kan dat wel, maar soms ook niet. De vraag is nu juist aan de hand van welke argumenten dat moet worden bepaald. In deze bundel hebben de auteurs hun argumenten voor of tegen extrapolatie niet duidelijk geëxpliciteerd. Mogelijk hebben zij materiaal dat ze niet extrapoleerbaar vonden eenvoudigweg niet gebruikt. De argumenten daarvoor zijn om die reden begrijpelijkerwijze niet in hun bijdragen terechtgekomen. Het lijkt immers niet zinvol om een lijst te geven van gelezen studies die bij nader inzien geen licht op de zaak wierpen en die daarom verder niet zijn gebruikt.

Om het extrapolatieprobleem voor de toekomst transparanter te maken, kan de jurist die gebruikmaakt van niet-juridische onderzoeksresultaten wellicht kort in een voetnoot aangeven in welke databases of tijdschriften hij heeft gezocht en welke trefwoorden zijn gebruikt. Op die manier wordt dit soort onderzoek straks beter te controleren voor andere juristen die ook geïnteresseerd zijn in gegevens uit andere disciplines en wordt het gemakkelijker om in discussie te treden over de relevantie van de onderzoeksresultaten uit andere disciplines. Omdat wij eerst gaandeweg de totstandkoming van dit boek ontdekten dat er hier een transparantieprobleem zou kunnen spelen, is aan de auteurs van deze bundel nog niet gevraagd op deze wijze te opereren, maar als gedachte voor de toekomst verdient het overweging. Overigens zou nadere gedachtevorming over hoe ver die transparantie moet gaan, wel zinnig zijn. Transparantie van het type ‘en toen heb ik een trefwoord op “google scholar” ingetypt’ voegt weinig toe aan wat we al weten over onderzoeksmethoden.

Dit is temeer van belang omdat het extrapolatieprobleem door discussie zal moeten worden opgelost. De reikwijdte van empirisch onderzoek is nu eenmaal geen hard gegeven, maar is een kwestie van discussie. Ook in de desbetreffende niet-juridische wetenschap zelf. Dat betekent dat de vraag of extrapolatie van bijvoorbeeld een psychologisch onderzoek is toegestaan, niet eenduidig beantwoord kan worden. Het is een beredeneerde mening.

Door discussie zal, zo hopen en menen wij, consensus ontstaan over de mate waarin bepaald niet-juridisch onderzoek extrapoleerbaar is naar een juridische context. Een voorwaarde voor het zinvol gebruiken van niet-juridische onderzoeksgegevens is dus dat veel juristen dat gaan doen en er met elkaar over in discussie gaan. Het signaleren van het probleem mag naar onze mening geen vrijbrief zijn om dan maar niet over de muurtjes te kijken.

De grootste mentale valkuil voor juristen is dat zij in hun opleiding veelal niet getraind worden als onderzoekers, maar als ‘argumenteerders’ en wie argumenteert, selecteert: in de regel worden de sterke argumenten op tafel gelegd, de minder sterke argumenten noemt men (liever) niet. Hoe begrijpelijk dit ook is, wie zich beroept op gegevens uit andere disciplines dient een volledig overzicht te geven van de relevante stand van het onderzoek. Wij zien overigens geen redenen om te veronderstellen dat juristen een dergelijke mentale ‘switch’ niet zouden kunnen maken. Bovendien geloven wij in de corrigerende werking van discussie. Een auteur die niet zorgvuldig omgaat met niet-juridische onderzoeksresultaten zal worden gecorrigeerd door andere auteurs, als het debat ten minste transparant is.

Tot slot nog een relativiserende opmerking voor de juristen die nog steeds koudwatervrees hebben ten aanzien van het gebruik van onderzoeksresultaten uit andere disciplines. In veel proefschriften – en de proefschriften van de redacteurs van deze bundel vormen daarop geen uitzondering – wordt ingegaan op en geredeneerd vanuit buitenlands recht, maar dit buitenlandse recht wordt in het Nederlands beschreven. Het methodologische probleem is hierbij dat de *Nederlandse* promotiecommissie en het *Nederlandse* juridische publiek in de meeste gevallen niet in voldoende mate zullen kunnen beoordelen of de promovendus het buitenlandse recht goed heeft geïnterpreteerd en al het relevante materiaal heeft gevonden. *Buitenlandse* juristen kunnen dit evenmin, omdat ze geen Nederlands kunnen lezen. Ondanks dit probleem zijn tientallen juristen gepromoveerd op in het Nederlands geschreven rechtsvergelijkende proefschriften. Dat dit aanvaardbaar werd (en wordt) geoordeeld, en zelfs sterk gestimuleerd, heeft waarschijnlijk te maken met het geloof in de corrigerende werking van discussie. Indien onderzoeker A iets beweert over het Duitse recht dat niet klopt, kan dit later weer worden gecorrigeerd door onderzoeker B die hetzelfde soort onderzoek verricht en zich eveneens door het Duitse recht laat inspireren.³ Eenzelfde ontwikkeling die de rechtsvergelijking heeft doorgemaakt (klein begonnen en nu vrij algemeen benut) zou zich ook kunnen voltrekken voor die methoden die de uitkomsten van andere wetenschappen benutten.

2.3 *Presumptie 4: Empirische gegevens hebben meerwaarde voor de normatieve juridische besluitvorming door de rechter en de wetgever*

Het heeft alleen maar zin voor juristen om zich te verdiepen in andere disciplines indien ze daar wijzer van worden. Dat wil zeggen dat die discipline licht moet kunnen werpen op bijvoorbeeld de gedragspresumpties achter privaatrechtelijke regels, op de effecten en

3 Dit pleit er voor om in Nederland rechtsvergelijkend onderzoek vooral in het Engels te publiceren zodat het geschetste correctiemechanisme beter kan werken.

meer specifiek op de effectiviteit van de privaatrechtelijke regel, zodat evaluatie van die regels mogelijk wordt. Is dat het geval, uitgaande van de diverse bijdragen aan dit boek? Een aantal auteurs (Van Dijk/Lamers en Raaijmakers) komt tot de conclusie dat het aan onderzoeksgegevens ontbreekt, zodat er geen harde conclusies te trekken zijn. Dat is op zichzelf overigens een zeer zinvolle conclusie, omdat juristen zich in hun argumentaties vaak bedienen van allerlei empirische presumpties. Indien zij er op worden gewezen dat er geen bewijsmateriaal is te vinden voor die presumpties levert dat een gedegen bijdrage aan het juridisch debat. Ook als er wel bewijsmateriaal te vinden is, maar dat bijvoorbeeld weersproken wordt door ander onderzoek, kan dat een bijdrage aan een genuanceerd juridisch debat opleveren. Verder is het zo dat pas nadat inzicht is verkregen in het bestaande onderzoeksmateriaal het mogelijk wordt om scherpe onderzoeksvragen te stellen. Dit opent de poort naar de toename van kennis op bepaalde gebieden. De niet-jurist had dergelijke scherpe onderzoeksvragen nooit kunnen stellen bij gebrek aan kennis van de juridische context; de jurist had zonder kennisname van het niet-juridische onderzoek deze vragen evenmin kunnen stellen. Er wordt dus onderzoek mogelijk dat anders nooit zou zijn verricht.

Voor het overige bleek het voor veel auteurs mogelijk om (impliciete) presumpties te onderscheiden en deze met behulp van de onderzoeksresultaten van andere disciplines van commentaar te voorzien. Ook wanneer geen heel specifieke presumpties konden worden gevonden, gaf het niet-juridisch onderzoeksmateriaal toch aanleiding om verbeteringen van het geldend recht voor te stellen of vragen te stellen bij de wenselijkheid daarvan. Wij geven een overzicht van enkele van de gevonden resultaten, in willekeurige volgorde.

Adriaanse en Kuijl komen bijvoorbeeld tot de conclusie dat het debiteurvriendelijker maken van de insolventiewetgeving met als doelstelling het vergroten van de kans op overleving van de onderneming, waarschijnlijk eerder tot meer dan tot minder faillissementen zal leiden. Van Raaij identificeert maar liefst vijf in hun algemeenheid onjuiste presumpties waar de wetgever van uitgaat bij regelgeving ter bescherming van consumenten, terwijl Rassin in zijn bijdrage vooral kanttekeningen plaatst bij de presumptie dat mensen bij het nemen van beslissingen gebruik moeten maken van alle relevante informatie.

Croes concludeert op basis van onderzoek dat de Engelse civielrechtelijke *Anti-Social Behaviour Order* (ASBO) gericht tegen sociaal gedrag in ongeveer de helft van de gevallen wordt overtreden. Hij maakt onder verwijzing naar onder meer andere literatuur aannemelijk dat dit geen slecht resultaat is. Uit die literatuur blijkt namelijk dat er geen bewijs is dat punitieve sancties en andere beperkingen een preventieve werking hebben. Tegen die achtergrond is de kennelijke presumptie dus dat de ASBO geen afschrikkende werking heeft, maar in werkelijkheid heeft zij dat in ongeveer 50% van de gevallen wel.

Huls en Jungmann tonen op hun beurt aan dat de gedragsprikkel die in de Wsnp is neergelegd om crediteuren te stimuleren mee te werken aan informele hulpverlening niet heeft gewerkt. Zij identificeren de onjuiste aannames die de wetgever heeft gehanteerd. Een interessante misrekening was dat de harde en formele karakteristieken van het recht voor sommige actoren (gemeenten en crediteuren) aantrekkelijker waren dan een informele minnelijke hulpverlening. Het recht wordt hier dus geprefereerd boven een meer informele regeling.

Van Erp constateert in haar bijdrage dat de afschrikwekkende werking van het schadevergoedingsrecht in de juridische literatuur vaak ten onrechte alleen wordt gekoppeld aan de directe kosten die zijn verbonden aan de procedure en het uiteindelijk betalen van schadevergoeding. Zij wijst erop dat ondernemingen gevoelig zijn voor hun reputatie en dat om hierop in te spelen een veroordeling (ex art. 6:103 BW) tot publicatie van de rechterlijke uitspraak waarin schadevergoeding wordt toegekend, aan te bevelen is. Niemeijer en Klein Haarhuis trachten te komen tot een beter begrip van de factoren die het gebruik van rechtspraak en andere procedures bepalen. Deze factoren zijn niet alleen financieel of materieel, maar psychologisch (bijvoorbeeld ervaren rechtvaardigheid) en sociaal (bijvoorbeeld reputatie). De financiële factor is dus van wel belang, maar het is niet de enige factor.

Loonen onderzoekt de effecten van het cliëntenprofiel. Het doel hiervan, zoals het de wetgever voor ogen stond, was om onverantwoorde beleggingsbeslissingen te voorkomen. Uit onderzoek blijkt echter dat de wijze waarop het cliëntenprofiel wordt ingezet in de financiële dienstverlening per financiële onderneming verschilt en dat ook particuliere beleggers (afhankelijk van hun opleidingsniveau) het cliëntenprofiel niet zien als leidraad voor de inrichting van hun beleggingsportefeuille. Pape komt tot verbeteringen van productwaarschuwingen met behulp van bevindingen uit de cognitieve psychologie en ergonomie. Zij ontkracht zo de presumptie die mogelijk aan sommige regels die tot waarschuwing verplichten ten grondslag ligt, namelijk dat consumenten rationeel waarschuwingeninformatie verwerken.

De Hoon stelt de vraag aan de orde of de schuldvraag in het contractenrecht niet minder prominent op de agenda moet worden gezet. Achtergrond van deze vraag is haar analyse van het psychologisch onderzoek op het gebied van het vellen van oordelen waaruit blijkt dat een moreel oordeel vooral op intuïtie is gebaseerd en dat deze intuïtie achteraf wordt gerationaliseerd. Luzak concludeert dat de waarschuwingsplicht van de aannemer weliswaar bescherming van die wederpartij tot doel heeft, maar dat zij ook in het belang van aannemers zelf is. Nakoming van de waarschuwingsplicht leidt namelijk tot grotere tevredenheid bij de wederpartij waardoor deze niet zal kiezen voor een andere aannemer.

Van Tilburg concludeert dat de presumptie dat iemand met 'renteneurose' geen schadevergoeding dient te krijgen zodat hij ook van zijn 'renteneurose' is verlost, te simplistisch is. Er zijn vele redenen waardoor het herstelproces na letsel abnormaal kan verlopen. Een psychische predispositie kan daarbij een rol spelen, maar hoe groot die is, valt met behulp van de huidige diagnostiek niet goed te bepalen. Giesen onderzoekt de presumptie dat het aansprakelijkheidsrecht preventief werkt met behulp van psychologische onderzoeksresultaten op het vlak van attributie (gebeurtenissen toeschrijven aan oorzaken). Hij concludeert dat preventie ten dele niet te bereiken is, omdat mensen de neiging hebben om de oorzaak van een negatief ernstig gevolg, bijvoorbeeld een ongeluk dat leidt tot ernstige letselschade, niet bij zichzelf te zoeken ('defensive attribution').

Van Dam onderzoekt de rechtseconomische presumptie dat de overgang van een fault naar een no-fault systeem zal leiden tot meer verkeersongevallen en concludeert dat het empirisch onderzoek tegenstrijdig is. Faure en Van Boom concluderen op basis van empirisch onderzoek dat de presumptie dat verzekeraars het moreel risico gedurende de loop van de verzekering controleren in een aantal gevallen onjuist is. Tevens blijken verzekeraars in strijd met de theoretische presumptie soms bewust anti-selectie toestaan, bijvoorbeeld vanwege de sociale functie van de desbetreffende verzekering.

Kroeze verklaart aan de hand van de sociale psychologie waarom het bestuur of de raad van commissarissen vrijwel nooit een vordering wegens onbehoorlijke taakvervulling zal instellen tegen een zittende of voormalige bestuurder of commissaris. Met behulp van dezelfde discipline signaleert hij ongewenste neveneffecten als gevolg van een stijging van de kans van bestuurdersaansprakelijkheid en de resultaatsafhankelijke beloning. Ten slotte legt hij bloot welke psychologische mechanismen bevorderen dat het bestuur eenzijdig wordt samengesteld.

Engelhard en Engelhard corrigeren met behulp van psychiatrische onderzoeksgegevens een aantal presumpties die ten grondslag liggen aan het oordeel van de Hoge Raad in het Taxibus-arrest inzake de toekenning van schokschade.⁴ Zo hoeft een Post Traumatische Stress Stoornis niet altijd het gevolg te zijn van een emotionele schok, van eigen waarneming van het ongeval en van het overlijden of de ernstige verwonding van een dierbare persoon.

Bacharias, Lindenbergh en Mascini laten zien dat toegenomen responsabilisering van individuele medewerkers voor preventie van arbeidsuitval heeft geleid tot het ontlopen van verantwoordelijkheid, het niet melden van incidenten en een meer beschermende opstelling van de rechter. Giard onderzoekt de presumptie bij regels over 'informed consent' dat een patiënt in staat is om met alle relevante informatie over de voor- en nadelen van een voorgestelde behandeling een goed besluit te nemen. Het beschik-

4 Zie HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 nt. JBMV (Taxibus).

bare empirische materiaal geeft belangrijke nuancerings op die presumptie, waarbij overdaad aan informatie maar vooral ook de toestand van de patiënt in de weg kan staan aan realisatie van het ideaal van de goed ingelichte en autonoom beslissende patiënt.

3 DE RODE DRAAD?

In deze bundel zijn vele impliciete of expliciete presumpties die door de rechter of door de wetgever werden gehanteerd, gewogen en vaak te licht bevonden. De vraag rijst of deze ‘correctie’ onder één noemer kan worden gebracht. Met andere woorden: is er een patroon te herkennen in de geheel of gedeeltelijke onjuiste presumpties van juristen?

Dat lijkt inderdaad tot op zekere hoogte het geval. Als er iets is dat naar voren komt in verschillende bijdragen, dan is het dat de nutsmaximaliserende, rationeel afwegende, goedgeïnformeerde mens ten beste een modelmatig gemiddelde persoon is. Mensen zijn vaak niet goed geïnformeerd en als ze dat wel zijn, wil dat nog niet zeggen dat ze de juiste beslissing nemen.

Mensen zijn veelal niet goed geïnformeerd over regels (Van Dijck en Lamers). Zij schatten risico’s vaak niet goed in (Kroeze) waardoor zij bijvoorbeeld ten onrechte wel of geen verzekering afsluiten (Faure en Van Boom). Bij het leggen van causale relaties kennen mensen te veel gewicht toe aan de rol van de handelende persoon en deze persoon is geneigd om gevolgen niet aan zijn eigen handelen, maar aan externe factoren toe te schrijven (Giesen; De Hoon). Bovendien leidt het leggen van een causaal verband vaak tot het vellen van een moreel oordeel (De Hoon). Langer nadenken leidt niet altijd tot de beste beslissing (Rassin), maar dat gaat weer niet op voor een oordeel over causaal verband (Giesen). Waarschuwingsinformatie wordt niet altijd optimaal verwerkt, veel hangt af van de wijze waarop de waarschuwing is vormgegeven (Pape). Bij het verwerken van informatie hebben mensen de neiging om vooral die informatie te gebruiken die in overeenstemming is met hun bestaande opvattingen. Verder zijn mensen over het algemeen veel te optimistisch (Van Dijck en Lamers).

Omdat organisaties uiteindelijk ook bestaan uit mensen, kunnen deze ook ten prooi vallen aan voornoemde (en andere) gebreken (zoals ‘group think’, waarover Kroeze in deze bundel). Van Erp toont dit aan aan de hand van de risico-inschatting van fabrikant Ford bij de introductie van de Ford Pinto. Evenals iedere andere organisatie heeft ook de overheid bij de interpretatie van de werkelijkheid en het inschatten van de gevolgen van nieuwe regelgeving te maken met ‘biases’. Huls en Jungmann enerzijds en Kuijl en Adriaanse anderzijds geven daar voorbeelden van en zij merken op dat weliswaar inschattingen worden gemaakt van de kosten die regelgeving tot gevolg heeft, maar dat de gedragseffecten en onwenselijke neveneffecten veel minder scherp op het netvlies staan bij de beleidsmaker. Daar komt bij dat beleidsmakers ‘ook maar mensen zijn’ in

een omgeving waarin niet alleen het publieke belang maar vaak ook private belangen een rol kunnen spelen.⁵

Dit alles betekent natuurlijk niet dat mensen als regel onvoorspelbaar en irrationeel handelen, maar wel dat beleidsmakers en rechters er rekening mee dienen te houden dat mensen bij hun besluitvorming door een veelheid aan beperkingen, vooringenomenheden en cognitieve vertekeningen worden gehinderd en dat zij bij het maken van een belangenafweging niet alleen rekening houden met ‘harde’ economische gegevens, maar ook met ‘softe’ sociale en psychologische gegevens (Niemeijer en Klein Haarhuis; Raaijmakers).

4 TOEKOMST VAN DE CIVILOGIE

Ten slotte rest de vraag in hoeverre de in de inleiding van deze bundel besproken civilologie toekomst heeft. Kan deze methode opboksen tegen de dominante juridisch-dogmatische benadering van het recht? Wij hopen dat de civilologie op zijn minst een courante methode van onderzoek wordt, maar dat dit zal gebeuren is niet vanzelfsprekend. In de inleiding werden al vier factoren opgesomd die – waarschijnlijk – aan het doorbreken van een ‘privaatrecht der werkelijkheid’ in de weg hebben gestaan. Naar het zich laat aanzien zullen deze factoren niet gauw veranderen. Er zijn evenwel ook lichtpuntjes te bespeuren. Deze bundel illustreert wat ons betreft dat de eerste factor (in het juridisch onderwijs wordt geen aandacht geschonken aan empirisch onderzoek) geen grote belemmering hoeft te vormen. Ook de tweede factor (belangstelling in andere disciplines voor de werking van rechtsregels is niet groot) hoeft niet altijd een probleem te vormen: verscheidene niet-juridische onderzoekers bleken bereid om hun medewerking aan deze bundel te verlenen.

Verder is van belang dat de overheid ook meer oog lijkt te hebben voor ‘*evidence based*’ privaatrecht. Gedacht kan worden aan het parlementaire debat over de invoering van smartengeld voor nabestaanden, waar de roep om meer empirische gegevens over de behoeften van nabestaanden tot nadere bezinning en onderzoek leidde.⁶ Ook kan de ontwikkeling worden genoemd van privaatrecht als eigenstandig domein naar een privaatrecht als beleidsinstrument dat door de overheid ter verwezenlijking van bepaalde doelstellingen

5 Over ‘private interest’ bijv. Ogus 1994, p. 71 e.v. Voor iemands carrière kan het bijvoorbeeld van belang zijn dat een bepaald project slaagt of dat de evaluatie daarvan positief uitvalt. Uit onderzoek kwam in elk geval naar voren dat grote wetgevingsoperaties ter bestrijding van verontreiniging vaak niet werden geëvalueerd en dat hangt misschien samen met het niet parallel lopen van individueel belang en organisatorisch belang. Zie Faure en Verheij 2007, nr. 969.

6 De plenaire behandeling van wetsvoorstel 28.781 is op 12 september 2006 aangehouden in afwachting van de resultaten van nader onderzoek. Namens het ministerie van Justitie is aangegeven dat de eindresultaten van dit onderzoek in de loop van 2008 worden verwacht. De tussenrapportage is er al, zie Huver e.a. 2007.

kan worden ingezet.⁷ Wanneer dat gebeurt, ligt het voor de hand dat onderzoek naar effecten van privaatrechtelijke regelgeving ook vaker zal (moeten) plaatsvinden.

Of er ook vanuit de rechtspraktijk belangstelling voor deze methode zal opkomen en blijven bestaan, is minder eenvoudig te beantwoorden. Wat betreft rechters kan worden gesteld dat zij zich onder invloed van de veranderende opvattingen over rechtsvinding in de afgelopen eeuw bij de interpretatie van het privaatrecht meer op maatschappelijk wenselijke gevolgen van een bepaalde uitleg zijn gaan oriënteren, en dus wat minder op de precieze formulering of wetshistorische achtergrond van een regel. Maar de rechterlijke macht is geen onderzoeksinstituut en de rechter die zijn voorgenomen beslissing aan een maatschappelijke toets wil onderwerpen, zal noodgedwongen niet verder komen dan zijn oor te luisteren leggen bij onafhankelijke media en vertolkers van gevoelens in die maatschappij. Rechters hebben geen goede mogelijkheden tot onderzoek dus als er al onderzoek wordt verricht in de praktijk, zal dat vanuit de advocatuur moeten komen. Extra onderzoek kost echter weer meer geld en cliënten zullen lang niet altijd bereid zijn om hiervoor te betalen. Daarbij speelt mee dat onderzoek niet altijd in hun voordeel zal zijn. Het is dus niet bij voorbaat zeker of de investering de moeite loont.

Wat betreft het onderzoek naar presumpties in de rechtspraktijk en effecten van regels, zal het dus vooral aan de (rechts)wetenschappers zijn om dit onderzoek te verrichten. Behalve de criteria die NWO hanteert voor het honoreren van onderzoeksvoorstellen, ontbreken er echter ook op dat vlak nog duidelijke ‘incentives’. Dat betekent dat vooralsnog vooral de uit zichzelf al enthousiast geworden wetenschappers mee zullen willen doen. Dit boek vormt – zo hopen wij – de uitnodiging daartoe.

LITERATUUR

Faure en Verheij 2007

M.G. Faure en A.J. Verheij (red.), *Shifts in Compensation for Environmental Damage*, ESR/ECTIL/METRO Tort and Insurance Law Vol. 21, Wien/NewYork: Springer 2007.

Giesen 2007

I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Monografie Privaatrecht Deel 8, Kluwer: Deventer 2007.

Huwer e.a. 2007

R.M.E. Huwer, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid*. Deel I. Terreinverkenning, Den Haag: WODC 2007.

Ogus 1994

A. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing 1994.

7 Bijvoorbeeld door in bepaalde gevallen niet aan te sturen op wetgeving maar juist op alternatieve regelgeving of zelfregulering, zie Giesen 2007.

OVER DE AUTEURS

J.A.A. Adriaanse

Jan Adriaanse is verbonden aan het Centrum voor Bedrijfswetenschappen, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Hij doet onderzoek naar en verzorgt onderwijs op het raakvlak van recht en bedrijfswetenschappen, meer in het bijzonder ten aanzien van herstructureringstrajecten van bedrijven in financiële moeilijkheden.

Y. Bacharias

Yannis Bacharias is in 2006 afgestudeerd aan de rechtenfaculteit van de Erasmus Universiteit Rotterdam en volgt nu de sociologie-master Arbeid, organisatie en management aan diezelfde universiteit. Daarnaast is hij er momenteel werkzaam als onderwijsassistent.

W.H. van Boom

Willem van Boom is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

M.T. Croes

Marnix Croes is werkzaam bij het ministerie van Justitie, WODC.

M. van Dam

Martien van Dam is als Senior (Legal) Interim Professional werkzaam op het gebied van aansprakelijkheid, verzekering en schade bij Yacht Utrecht. In 2001 is hij gepromoveerd op een rechtseconomisch, empirisch en positiefrechtelijk onderzoek naar verkeersongevallen.

G. van Dijck

Gijs van Dijck is als onderzoeker verbonden aan het *Tilburg Institute for Interdisciplinary Studies of Civil Law and Conflict Resolution Systems* (TISCO) en de *Research Group for Methodology of Law and Legal Research* van de Universiteit van Tilburg.

OVER DE AUTEURS

E.F.D. Engelhard

Esther F.D. Engelhard is als universitair hoofddocent werkzaam op het gebied van aansprakelijkheidsrecht en schade bij het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht.

I.M. Engelhard

Iris M. Engelhard is als universitair hoofddocent werkzaam op het gebied van de Experimentele Psychopathologie bij de capgroep Klinische en Gezondheidspsychologie van de Universiteit Utrecht.

J. van Erp

Judith van Erp is senior onderzoeker op het terrein van ondernemingstoezicht en reputatiesancties bij de sectie criminologie van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

M.G. Faure

Michael Faure is als hoogleraar verbonden aan de Universiteit Maastricht en de Erasmus Universiteit Rotterdam.

R. Giard

Raimond Giard is arts en jurist. Hij is verbonden aan het Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus Universiteit Rotterdam en aan het Medisch Centrum Rijnmond-Zuid.

I. Giesen

Ivo Giesen is hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het hof 's-Hertogenbosch.

M.W. de Hoon

Machteld de Hoon is als universitair hoofddocent privaatrecht werkzaam aan de Universiteit van Tilburg, en als onderzoeker verbonden aan het *Tilburg Institute for Interdisciplinary Studies of Civil Law and Conflict Resolution Systems* (TISCO).

N. Huls

Nick Huls is hoogleraar rechtssociologie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en de Universiteit Leiden.

N. Jungmann

Nadja Jungmann promoveerde in 2006 in Leiden op een empirisch onderzoek naar de bedoelde en onbedoelde effecten van de Wsnp. Zij is thans adviseur bij Hiemstra & De

OVER DE AUTEURS

Vries en daarnaast verbonden aan ECRS, het Erasmus Centrum voor recht en samenleving.

C. Klein Haarhuis

Carolien Klein Haarhuis is als onderzoeker verbonden aan het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Justitie.

M.J. Kroeze

Maarten Kroeze is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

J.G. Kuijl

Hans Kuijl is verbonden aan het Centrum voor Bedrijfswetenschappen, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Hij doet onderzoek naar en verzorgt onderwijs op het raakvlak van recht en bedrijfswetenschappen, meer in het bijzonder ten aanzien van herstructureringsprojecten van bedrijven in financiële moeilijkheden.

H. Lamers

Hanneke Lamers is als advocaat-stagiaire werkzaam bij Boels Zanders Advocaten te Roermond.

S.D. Lindenbergh

Siewert Lindenbergh is hoogleraar privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam.

A.J.C.C.M. Loonen

Tom Loonen is verantwoordelijk voor Business Integrity & Regulation bij Bank Insinger de Beaufort N.V. In 2006 is hij gepromoveerd op het effect van de zorgplicht op de effectendienstverlening in Nederland. Hij is lid van de Tucht- en Geschillencommissie DSI. Hij is deeltijd DSI-research Fellow aan het Amsterdam Center for Law & Economics van UvA.

J. Luzak

Joasia Luzak is als aio verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL), Instituut van Privaatrecht, Universiteit van Amsterdam

P. Mascini

Peter Mascini is universitair docent sociologie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, in het bijzonder met betrekking tot arbeid, organisatie en management en lid van de

OVER DE AUTEURS

Amsterdam School for Social Science Research (ASSR). Hij verricht vooral onderzoek naar de legitimering en uitvoering van beleid. De afgelopen jaren heeft hij vooral gepubliceerd over asiel- en veiligheidsbeleid, opvattingen over criminaliteitsbestrijding en terrorisme.

B. Niemeijer

Bert Niemeijer is werkzaam bij de Directie Algemene Justitiële Strategie van het ministerie van Justitie en tevens bij de Vrije Universiteit Amsterdam als hoogleraar empirische rechtssociologie.

S.B. Pape

Sanne Pape is als aio verbonden aan het Rotterdam Institute for Private Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

W.F. van Raaij

Fred van Raaij is hoogleraar Economische Psychologie, Universiteit van Tilburg.

G.T.M.J. Raaijmakers

Geert Raaijmakers is advocaat en partner bij NautaDutilh te Amsterdam en hoogleraar ondernemings- en effectenrecht aan de Vrije Universiteit.

E. Rassin

Eric Rassin is bijzonder hoogleraar rechtspsychologie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

W. van Tilburg

W. van Tilburg is emeritus hoogleraar klinische psychiatrie VU medisch centrum, Amsterdam.

A.J. Verheij

Albert Verheij is advocaat bij Stibbe te Amsterdam, honorair universitair hoofddocent aan de Universiteit Utrecht en *research fellow* bij Intervict aan de Universiteit van Tilburg.