

Assumpties annoteren

Rechterlijke
veronderstellingen
empirisch en
juridisch getoetst

DEEL 15

UCALL

I. Giesen
S.N.P. Wiznitzer
A.L.M. Keirse
W.S. de Zanger (red.)

Het gebruik van empirische inzichten in de rechtspraak en de rechtswetenschap kan zeer waardevol zijn; dat geldt zeker ook op het terrein van het (straf- of civielrechtelijke) aansprakelijkheidsrecht. De koppeling van recht en empirie leidt potentieel immers tot rechtsregels die (meer) in lijn zijn met de realiteit van alledag. Dat enige (mate van) beïnvloeding of sturing van de rechtspraak, en in het bijzonder de rechterlijke macht, door empirische inzichten ook nu al daadwerkelijk aan de orde is, wordt onderstreept door het gegeven dat rechters geregeld empirisch georiënteerde veronderstellingen (assumpties) benutten in hun uitspraken.

Dit gegeven was aanleiding voor de auteurs in deze bundel om enkele van de zo gehanteerde rechterlijke assumpties te spiegelen aan bestaande empirische en juridisch normatieve inzichten. Immers, bij veel van dit soort veronderstellingen kan men de vraag stellen of deze wel 'waar' zijn, of ze wel een afdoende empirische basis hebben. Wat betekent het antwoord op die vraag voor de argumentatieve waarde van de assumptie? Dat vormt de kern van wat de diverse bijdragen in deze bundel beogen bloot te leggen.

**De Ucall-reeks staat onder
redactie van prof. mr. I. Giesen,
prof. mr. A.L.M. Keirse en
prof. mr. F.G.H. Kristen**



Boomjuridisch

ISBN 978-94-6290-605-1



9 789462 906051 >

Assumpties annoteren

ASSUMPTIES ANNOTEREN

*RECHTERLIJKE VERONDERSTELLINGEN EMPIRISCH EN
JURIDISCH GETOETST*

I. GIESEN
S.N.P. WIZNITZER
A.L.M. KEIRSE
W.S. DE ZANGER

BOOM JURIDISCH
Den Haag
2019

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

© 2019 De auteurs | Boom juridisch

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

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

ISBN 978-94-6290-605-1

ISBN 978-94-6274-995-5 (e-book)

NUR 820

www.boomjuridisch.nl

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord		11
1 Inleiding		13
<i>I. Giesen, S.N.P. Wiznitzer, A.L.M. Keirse en W.S. de Zanger</i>		
1	Introductie: onze vragen en ons doel	13
2	Wat verstaan wij onder ‘assumpties’?	15
3	De in dit boek besproken assumpties	16
4	Afronding	18
2 Psychische overmacht als cultureel verweer: waarom niet?		21
<i>R.S.B. Kool</i>		
1	Inleiding	22
2	Rechtspraak over het culturele verweer	23
3	Over de dood van Daartje	25
4	Het onterechte zwijgen van de Rechtbank Groningen	25
5	Het Hof Arnhem-Leeuwarden: tussen de regels doorlezen	28
6	Het oordeel van het hof: het vergif zit in de staart	29
7	De uitkomst: een kwestie van 'bijgeloof en magie'	29
8	Het (motiverings)tekort	30
9	Conclusie	33
3 De reputatieschade van verdachte rechtspersonen bij een (buiten)gerechtelijke afdoening van strafzaken		35
<i>W.S. de Zanger</i>		
1	Inleiding	36
2	De zaak	37
3	De assumptie en haar verschijningsvormen	39
4	Problematisering van de assumptie	41
5	Toetsbaarheid van de assumptie	43
6	Empirische grondslag van de assumptie	44
7	Uitleiding: en nu?	48

4	'Defensive Journalism' en het 'chilling effect' in de journalistiek: feit of nepfeit?	51
	<i>I. Giesen</i>	
1	Inleiding	54
2	Goed voorbeeld doet goed volgen... (?)	56
3	Empirische lessen?	58
4	En die empirische lessen leren ons...?	63
5	Doch ook nog dit: kernwaarden 'overrulen' empirie	64
6	Afronding	66
5	Aansprakelijkheid en defensieve innovatie: staat het aansprakelijkheidsrecht nieuwe medische behandelmethoden in de weg?	67
	<i>E.R. de Jong</i>	
1	Inleiding	68
2	Leidt het aansprakelijkheidsrecht tot defensieve innovatie?	70
3	De rechtseconomie: twee kanten van dezelfde medaille?	72
	3.1 'Het aansprakelijkheidsrecht kan leiden tot defensieve innovatie.'	72
	3.2 'Maar het kan ook innovatie bevorderen...'	73
4	Een blik bij Innovation Policy Studies	74
	4.1 Het verschil tussen directe en indirecte effecten	75
	4.2 'Nobody knows anything'	76
	4.3 Methodologische problemen	77
	4.4 Zet het aansprakelijkheidsrecht andere impactmechanismen in gang?	78
5	Hoe verder?	80
6	Aansprakelijkheid voor gewelddadige gedragingen in groepsverband bij uitgaansgelegenheden	83
	<i>E.G.D. van Dongen</i>	
1	Inleiding	84
2	Achtergrond en juridische inbedding	85
3	Sociale context	87
	3.1 Introductie	87
	3.2 Groepen en groepsdruk	88
	3.3 Conformisme en groepsgedrag	89

4	Groepsoordelen, groepsdruk en individuele meningen	91
5	Evaluatie	92
6	Conclusie	93
7	Percentages en informed consent: hoeveel begrijpt de patiënt?	95
	<i>S.N.P. Wiznitzer</i>	
1	Inleiding en belang	96
2	Empirie	99
3	Terug naar de zaak	104
8	De gemiddelde consument: normatief construct of evidence-based?	107
	<i>T. Bouwman</i>	
1	De assumptie	108
2	De juridische functie van de gemiddelde consument	110
3	De gemiddelde consument van voor de Teekanne-zaak	111
4	Een nieuwe koers: Teekanne en Canal Digital	112
5	De gemiddelde consument: een gedragswetenschappelijk perspectief	114
6	Hoe nu verder?	119
7	Afronding	120
9	‘Minder budget betekent minder zorg’ – Enige bedenkingen bij Reaal Schadeverzekeringen NV/Gemeente Deventer	123
	<i>E. Engelhard</i>	
1	De assumptie dat beperkte overheidsfinanciën het recht bepalen (en niet omgekeerd)	124
2	Achtergrond: het ‘beperkte middelen’-verweer	128
3	Wenselijkheid van het ‘beperkte middelen’-verweer: alleen indien objectief uitgelegd	130
4	Terug naar de assumptie: klopt die eigenlijk wel?	131
5	Bepalen de budgettaire kaders welke maatregelen genomen worden of is het omgekeerd?	134
6	Enige verdieping: inzichten uit de rechtseconomische analyse	136
7	Afronding	138

10 Wanneer klein groot is. Over kansen voor de rekenende rechter	141
<i>A.L.M. Keirse</i>	
1 Inleiding	142
2 De zaak	142
3 Vergelijkbare zaken	144
4 De assumptie geduid	147
5 Het rekenwerk blootgelegd	149
6 Hoe het wel moet in zaken zoals deze, op empirisch-juridisch verantwoorde wijze	151
7 Klein kan ook wel ondermaats zijn	153
8 Tot besluit	154
11 Met statistieken onderbouwde schadebegroting: accuraat of incorrect? – De zaak Reaal in het licht van recente Amerikaanse ontwikkelingen – in het bijzonder de aandacht voor ‘resilience’	157
<i>J.M. Emaus</i>	
1 Inleiding	159
2 Over G.M.M. v. Kimpson en de Fair Calculations in Civil Damages Act of 2016	163
3 Volledige vergoeding	164
4 ‘Resiliency theory’	167
5 Met statistieken onderbouwde schadebegroting: accuraat of incorrect?	170
12 Denkfouten bij de begroting van smartengeld: het framing- en het anker- effect	173
<i>R. Rijnhout en N.A. Schipper</i>	
1 De uitspraak	173
2 De begroting van smartengeld	175
2.1 De huidige wijze van begroting	175
2.2 De discussie over stagnerende smartengeldbedra- gen	176
2.3 De discussie over de huidige wijze van gevalsvergelij- king	177
3 Alternatieven voor huidige praktijk smartengeldbegroting	178
4 Denkfouten: een introductie	180

5	Het framingeffect	181
5.1	Risky choice framing	181
5.2	Het 'risky choice framing'-effect en de juridische procespraktijk	182
5.3	De framing theory of litigation en de oordeelsvorming door de rechter	182
5.4	Tussenconclusie	184
6	Het ankereffect	184
6.1	De rechter is niet ongevoelig voor numerieke ankers	184
6.2	Invloed van numerieke ankers op smartengeldbedra- gen	185
6.3	Eisen van onwaarschijnlijk hoge bedragen	186
6.4	Gebruik van wettelijke limieten, bandbreedtes, gemiddelden en vergelijkbare zaken	187
6.5	Tussenconclusie	188
7	Slotevaluatie	189
8	Afsluiting	191

**13 Slotbeschouwing: het gebruik van assumpties bij rechterlijke beslissin-
gen** **193**

I. Giesen, S.N.P. Wiznitzer, A.L.M. Keirse en W.S. de Zanger

1	Inleiding	193
2	De bijdragen: een 'overview' met een waarschuwing vooraf	193
2.1	Een waarschuwing in drievoud	193
2.2	En een voorzichtig overzicht	194
3	Nadere analyse: wat kunnen we leren van de elf bijdragen?	197
3.1	Twee stappen: klopt het en is het verantwoord?	197
3.2	Is de empirie van invloed op de juridische regel? Niet per se...	198
3.3	Is empirie dan wel nodig?	199
3.4	Alleen een 'empirie-check' volstaat niet...	199
3.5	Assumpties 'bestrijden'? Beter is het om ze te catego- riseren...	200
4	Vooruitblik	201

VOORWOORD

In de rechtswetenschap staat momenteel buiten kijf dat een empirische blik op het recht, en daarmee het gebruik van empirie in de rechtswetenschap, zeer waardevol kan zijn. Dat geldt zeker ook voor het (straf- of civielrechtelijke) aansprakelijkheidsrecht. Kort gezegd levert die koppeling van recht en empirie immers, in potentie althans, rechtsregels op die (meer) in lijn zijn met de realiteit van alledag, met ‘de werkelijkheid’. En dus wordt er binnen de rechtswetenschap dan ook steeds meer en vaker aandacht besteed aan (het uitvoeren van en de omgang met) empirisch-juridisch onderzoek (ook wel: *empirical legal studies*, ELS). Met de zo verworven kennis kan de rechtspraktijk vervolgens zijn voordeel doen, zo is de gedachte. Men zou die kennis immers kunnen benutten om tot betere (lees: realistischere) rechterlijke uitspraken en rechtsvorming, en dus tot ‘beter’ recht te komen.

Dat enige (mate van) beïnvloeding of sturing van de rechtspraktijk, en in het bijzonder de rechterlijke macht, door empirische inzichten ook nu al daadwerkelijk mogelijk is, wordt onderstreept door het gegeven dat rechters geregeld empirisch georiënteerde veronderstellingen (assumpties) benutten in hun argumentatie en in hun uitspraken. Daarin hebben wij aanleiding gezien om empirische inzichten (uit niet-juridische disciplines) te spiegelen aan de zo gehanteerde rechterlijke assumpties. Immers, de vraag die hier onmiddellijk rijst, is of die assumpties wel op empirisch verantwoorde wijze benut worden en of deze dus terecht (zo) aanvaard worden. Bij veel van dit soort veronderstellingen kan men de vraag stellen of deze wel ‘waar’ zijn, of ze wel een afdoende empirische basis hebben. Dat is de kern van wat wij met deze bundel beogen bloot te leggen, zoals nader zal worden toegelicht in onze Inleiding.

Deze bundel is het eerste tastbare resultaat van de medio 2017 gestarte projectgroep ‘*Ucall’s empire*’, die zich binnen de bredere contouren van de onderzoeksgroep van het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall) specifiek richt op het leren over en het (zelf) uitvoeren van empirische rechtswetenschap of ELS. De auteurs van de diverse bijdragen aan deze bundel zijn allen gelieerd aan die projectgroep en aan Ucall. Wij danken hen hartelijk voor hun medewerking en voor hun inspanningen. Ook danken wij de uitgever, in het bijzonder Jesse Meindertsma, voor het verzorgen van dit (vijftiende) deel van de Ucall-boekenreeks.

Utrecht, 5 december 2018

Ivo Giesen, Shosha Wiznitzer, Anne Keirse en Wouter de Zanger

1 INLEIDING

*I. Giesen, S.N.P. Wiznitzer, A.L.M. Keirse en W.S. de Zanger**

1 *Introductie: onze vragen en ons doel*

In de rechtswetenschap staat heden ten dage buiten twijfel dat een empirische blik op het recht, en daarmee het gebruik van empirie in het recht, zeer waardevol kan zijn. Kort gezegd levert dat immers (in potentie althans) recht en rechtsregels op die (meer) in lijn zijn met de realiteit van alledag, met ‘de werkelijkheid’. Het recht ondergaat zo een ‘reality check’, wordt wel gezegd.¹ Conform die gedachte wordt er binnen de rechtswetenschap dan ook steeds meer en vaker aandacht besteed aan (het uitvoeren van en de omgang met) empirisch-juridisch onderzoek. Ook lijkt het erop dat er meer empirisch-juridisch onderzoek uitgevoerd wordt,² waarbij juristen en sociaal-wetenschappers (al dan niet tezamen) data verzamelen over bijvoorbeeld de toepassing en de effecten van bepaalde rechtsregels. Dit wordt ook wel ‘empirical legal studies’, kortweg ELS, genoemd. Tevens wordt steeds vaker door juristen verwezen naar empirisch of empirisch-juridisch onderzoek van anderen.³ Met die kennis kan (en moet) de rechtspraktijk dan vervolgens zijn voordeel doen, zo is de gedachte. Men zou die additionele kennis moeten benutten om tot betere (lees: realistischere) rechterlijke uitspraken en rechtsvorming en dus tot ‘beter’ recht te komen. Daarmee is meteen ook duidelijk dat het in meerdere mate betrekken van empirie in de rechtswetenschap en de rechtspraktijk – wat ons betreft – op zijn minst aan te bevelen is.

Dat enige (mate van) beïnvloeding of sturing van de rechtspraktijk, en in het bijzonder de rechterlijke macht, door empirische inzichten ook nu al daadwerkelijk mogelijk is, wordt onderstreept door het gegeven dat rechters geregeld empirisch georiënteerde veronderstellingen (assumptions) benutten in hun argumentatie en in hun uitspraken.⁴ Daarin hebben

* De auteurs zijn allen (als hoogleraar, aio, hoogleraar, resp. postdoc) verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall) van de Universiteit Utrecht.

1 W.H. van Boom, ‘Empirisch privaatrecht’, *TPR* 2013/1, nr. 79.

2 Zie echter G. van Dijk, S. Sverdlov & G. Buck, ‘Empirical Legal Research in Europe: Prevalence, Obstacles and Interventions’ (November 19, 2018). *Erasmus Law Review* (forthcoming), te vinden via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3286874>.

3 W.H. van Boom & I. Giesen, ‘Tien jaar civilologie: hoe ver staan de luiken open?’, in: J. Baeck (red.), *Privaatrecht in actie!*, Brugge: Die Keure 2018, p. 19-20, spreken in dit verband over ‘primaire’ ELS en ‘secundaire’ ELS.

4 Soms ook wel onder de noemer van ‘feit van algemene bekendheid’, zie daarover voor het civiele recht W.H. van Boom e.a., ‘Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid?’, *NTBR* 2010/7,

wij aanleiding gezien om empirische inzichten (uit niet-juridische disciplines) te spiegelen aan de zo gehanteerde rechterlijke assumpties. Immers, de vraag die hier onmiddellijk rijst, is of die assumpties wel op empirisch verantwoorde wijze benut worden en of deze dus terecht (zo) aanvaard worden. Bij veel veronderstellingen kan men namelijk de vraag stellen of deze wel ‘waar’ zijn, of ze wel een afdoende empirische basis hebben. Dat is de kern van wat deze bundel beoogt bloot te leggen.

Een voorbeeld. Als de Hoge Raad in het arrest *Willemsen/NOM* stelt – kort gezegd – dat de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders binnen zekere grenzen moet blijven (met enige terughoudendheid benaderd zal moeten worden) omdat er anders defensief bestuurd gaat worden of de animo om bestuurder van een onderneming te worden te zeer zal afnemen, kan de vraag gesteld worden of dat inderdaad het geval is. Zal een ruime(re) bestuurdersaansprakelijkheid de (potentiële) bestuurders daadwerkelijk afschrikken?⁵

In dit boek treft u een elftal bijdragen van twaalf auteurs aan waarin de auteurs dit soort rechterlijke assumpties aan een kritische blik onderwerpen.⁶ Steeds wordt de rol van een assumptie in de rechtspraak en het ‘waarheidsgehalte’ daarvan besproken: klopt die veronderstelling wel? Elke bijdrage behandelt daartoe een rechterlijke uitspraak waarin van een bepaalde assumptie wordt uitgegaan, om vervolgens te analyseren of deze assumptie kan worden ‘hardgemaakt’. Ons doel is dus eerst en vooral om te bezien of de bestaande rechterlijke praktijk om met enige regelmaat dit soort veronderstellingen aan rechterlijke uitspraken ten grondslag te leggen, wel passend is, gegeven het beschikbare empirische bewijs. Als ‘bijvangst’ komt ook de daaraan gelieerde vraag aan de orde of hetgeen de rechter met deze assumpties doet, wel op verantwoorde wijze plaatsvindt.⁷ Ook wordt natuurlijk ingegaan op de vraag wat de mogelijke implicaties zijn van ons onderzoek: moet het gebruik van dit soort rechterlijke assumpties soms ‘bestreden’ worden, of kunnen we doorgaan op de ingeslagen weg?

p. 36 e.v., en W.H. van Boom e.a., ‘Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – een empirisch vervolg’, *NTBR* 2017/ 26, p. 179 e.v., en voor het strafrecht L. Stevens, ‘Het onderbouwen van een veroordeling met behulp van internet. Gezichtspunten voor het gebruiken van internetinformatie als een feit van algemene bekendheid’, *AA* 2016, p. 753 e.v., alsmede L. Stevens, ‘De verleiding van feiten van algemene bekendheid’, *D&D* 2012, p. 69-82, en W.S. de Zanger, *De ontnemingsmaatregel toegepast* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2018, m.n. p. 181-221.

- 5 Zie HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21 (*Willemsen/NOM*), en over deze materie nader M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie EUR), Deventer: Kluwer 2005, alsmede vooral N.T. Pham, *Directors’ liability: a legal and empirical study*, Deventer: Kluwer 2017.
- 6 Vooraf kon u als lezer al kennis nemen van enkele blogposts op de Ucall-site, geschreven naar aanleiding van en als ‘teaser’ voor de bijdragen in deze bundel. Zie www.blog.ucall.nl/index.php/category/assumpties-annoteren/.
- 7 Van Boom & Giesen 2018 bespreken dezelfde vraag voor een groot aantal rechtswetenschappelijke empirisch-juridische bijdragen van de laatste jaren.

De elf gekozen assumpties dienen daarbij als – in zekere zin willekeurige en in elk geval incidentele – voorbeelden van de breder bestaande praktijk van het benutten van veronderstellingen in de rechterlijke argumentatie om tot het rechterlijke oordeel te komen. Omdat we in deze bundel daarmee slechts een beperkt aantal voorbeelden uit die bredere praktijk (kunnen) beschouwen, zullen wij onze daarop te bouwen algemenere conclusies uiteraard enkel met de nodige voorzichtigheid brengen.⁸

2 Wat verstaan wij onder ‘assumpties’?

In dit boek wordt met de term ‘assumptie’ bedoeld op een betwistbare empirisch georiënteerde aanname van de rechter als onderdeel van zijn argumentatie, betwistbaar in die zin dat het de vraag is of de assumptie wel afdoende gegrond is in de empirie. Een voorbeeld, al genoemd, is dat van uitspraken waarin wordt gesteld dat ruime bestuurdersaansprakelijkheid leidt tot ‘bange bestuurders’. Een ander voorbeeld betreft uitspraken waarin assumpties worden gehanteerd over de opbrengsten van hennepkwekerijen, en waarbij deze berekeningen zijn gebaseerd op de resultaten van één rapport waarin onderzoeksresultaten uit andere zaken zijn verwerkt. De assumptie is dan dat die onderzoeksresultaten ook gelden in de voorliggende zaak.⁹ Weer een ander voorbeeld is het *Porsche*-arrest,¹⁰ waarin wordt aangenomen dat bepaald gedrag in het verkeer erop duidt dat iemand geen doodswens heeft. Deze voorbeelden uit de rechtspraak,¹¹ die in deze bundel verder niet behandeld worden, laten meteen zien dat we een ruim begrip ‘assumptie’ hanteren, hetgeen nog wordt verduidelijkt als we hierna in paragraaf 3 de assumpties die in dit boek wel besproken worden, kort de revue laten passeren.

Om in deze bundel enige nadere focus aan te brengen en omdat de betrokken onderzoekers, allen verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall), het aansprakelijkheidsrecht (in brede zin, zowel straf- als civiel recht) als werkterrein hebben, zijn uitspraken geselecteerd die eenvoudig in verband te brengen zijn met het aansprakelijkheidsrecht. De geannoteerde assumpties houden steeds verband met het vestigen van aansprakelijkheid, het vaststellen van de omvang daarvan, of de wijze waarop aansprakelijkheid wordt afgedaan.

⁸ Zie nader par. 2.1 van onze Slotbeschouwing.

⁹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 29 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3152. Zie nader over het gebruik van dit hennep rapport: De Zanger 2018, p. 194-199.

¹⁰ HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997/199, m.nt. A.C. 't Hart (*Porsche*).

¹¹ De assumpties waarvan de wetgever zich (mogelijk) bedient, en de houdbaarheid daarvan, staan in deze bundel niet ter discussie. Dat is iets voor een andere bundel op een ander moment.

Wat de auteurs vervolgens gedaan hebben met de gevonden uitspraak, is afhankelijk van de aard van de daarin aangetroffen assumptie. In het voorbeeld van bestuurdersaansprakelijkheid zou naar (extra-juridische) literatuur over dit onderwerp kunnen worden gezocht, aan de hand waarvan iets kan worden gezegd over de houdbaarheid van de assumptie dat aansprakelijkheid afschrikt.¹² Daar leent het genoemde *Porsche*-arrest zich minder goed voor; in dat geval kan echter wel de assumptie als zodanig ter discussie worden gesteld. Er zijn dus verschillende invalshoeken gebruikt, zoals hierna ook zal blijken.

3 *De in dit boek besproken assumpties*

In het hierna volgende worden alvast de elf door de auteurs geselecteerde assumpties geïntroduceerd zodat de lezer weet wat hij nog kan verwachten. Deze assumpties staan alle in verband met de reikwijdte van (strafrechtelijke of civielrechtelijke) aansprakelijkheid. Nadat eerst verscheidene veronderstellingen die – al dan niet terecht – mede het afdoen of de grenzen van strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid bepalen of verleggen de revue passeren, komen vervolgens veronderstellingen aan de orde die na de vaststelling van een normschending van invloed zijn op de omvang van (civielrechtelijke) aansprakelijkheid.

Vanuit strafrechtelijk perspectief richt ten eerste *Renée Kool* de aandacht op een empirische veronderstelling van de feitenrechter die, opmerkelijk genoeg, nergens daadwerkelijk zo uitgesproken is maar wel wezenlijk is voor de te annoteren strafzaak, namelijk ‘dat (kwade) geesten niet bestaan, althans dat het geloof daarin geen grond kan vormen voor een geslaagd beroep op psychische overmacht’. Uiteraard erkent Kool dat het bestaan van geesten zich aan onze waarneming onttrekt, en dus onbewijsbaar is, maar een rechter kan – en moet – wel vaststellen of een geloofsovertuiging bepalend is geweest voor het gedrag van de verdachte.

De ietwat meer ‘down to earth’ assumptie die *Wouter de Zanger* ter bespreking op tafel legt, is de veronderstelling dat een openbaar strafproces invloed heeft op de reputatie van een verdachte rechtspersoon. Gaat die vlieger echt op? Aan de hand van inzichten uit de economie onderzoekt hij het waarheidsgehalte van de stelling dat een buitengerechtigde afdoening door middel van een transactie voor een bedrijf minder reputatieschade oplevert dan een beoordeling door de strafrechter.

12 Dat is in essentie precies wat Pham 2017 gedaan heeft. Daarom is deze assumptie in deze bundel niet verder onderzocht.

Vanuit het privaatrecht zijn in een negental bijdragen diverse assumpties onderzocht. Eerst analyseert *Ivo Giesen* door bestudering van diverse empirische studies de assumptie dat de mogelijkheid van civielrechtelijke aansprakelijkheid een ‘chilling effect’¹³ zou hebben op journalisten, in die zin dat die journalisten hun gedrag laten beïnvloeden door de vrees voor mogelijke aansprakelijkheid (of andere sancties) en daarom bijvoorbeeld afzien van het publiceren van bepaalde verhalen.

Bij dit type redenering aansluitend, zoomt *Elbert de Jong* daarna in op de beschikbare empirische kennis over de invloed van het aansprakelijkheidsrecht op innovatie. In hoeverre kan, zoals wel verondersteld wordt, gezegd worden dat het aansprakelijkheidsrecht (medische) innovatie belemmert? Of is de tegenovergestelde conclusie ook mogelijk: stimuleert het aansprakelijkheidsrecht soms de innovatie?

Emanuel van Dongen problematiseert vervolgens vanuit een psychologisch oogpunt de assumptie van de rechter – niet alleen in het civiele recht overigens, maar ook in het strafrecht – dat het mogelijk is zich te onttrekken aan een groep, hetgeen een uiterst relevante vraag is bij de toepassing van de groepsaansprakelijkheid zoals geregeld in artikel 6:166 BW.

Shosha Wiznitzer neemt het dan op zich om in relatie tot de ‘informed consent’-problematiek binnen het medisch aansprakelijkheidsrecht twee met elkaar samenhangende assumpties tegelijk aan een nader empirisch onderzoek te onderwerpen, namelijk, ten eerste, dat het noemen van een uiterste consequentie van een medische handeling (denk aan een kans op overlijden) patiënten afschrikt en verward, en ten tweede dat patiënten zeer kleine percentages (‘de kans is minder dan 1%’) niet op waarde kunnen schatten.

Net als *Wiznitzer* bespreekt *Tom Bouwman* in feite twee assumpties ‘in-één’, of eigenlijk ‘achter elkaar’, want hij gaat in het kader van de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken zowel in op de (inmiddels verworpen) veronderstelling bij het Europese Hof van Justitie dat de gemiddelde consument voor wie de samenstelling van een product van belang is, de ingrediëntenlijst bestudeert en zich daarom niet laat misleiden door de foutieve indrukken die de verpakking kan opwekken, als op de (nieuwe, vervangende) veronderstelling bij het Hof dat ook al bestudeert de gemiddelde consument de ingrediëntenlijst, het dan nog kan zijn dat de indruk die de verpakking opwekt ervoor zorgt dat de gemiddelde consument misleid wordt. Hoe het gesteld is met het realiteitsgehalte van deze beide claims wordt vanuit psychologisch perspectief bekeken.

13 Voor een analyse van die term verwijst *Giesen* verderop in deze bundel naar: F. Schauer, ‘Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect’, 58 *B. U. L. Rev.* 685 (1978), p. 689-694.

Vervolgens wijdt *Esther Engelhard* een kritische beschouwing aan het arrest *Reaal/Deventer*¹⁴ en het daarin aan de orde gestelde verweer van de overheid die als wegbeheerder aansprakelijk wordt gesteld, dat haar financiële draagkracht ontoereikend was voor de door de eiser verlangde mate van zorg. Zij pakt de veronderstelling aan die aan dit verweer ten grondslag ligt, te weten dát beperkte financiële overheidsmiddelen in de weg kunnen staan aan het voldoen aan een eventuele rechtsplicht tot het nemen van benodigde veiligheidsmaatregelen.

Anne Keirse belicht de assumptie dat een zeer kleine kans op schade (juridisch) niet relevant is en nimmer tot (proportionele) aansprakelijkheid aanleiding geeft. Zij waarschuwt ervoor dat aan de haal wordt gegaan met statistiek en kansen en bepleit inzichten uit andere wetenschappen in te zetten teneinde empirische kansen juridisch te vertalen en rechtens betekenis te geven.

Ook *Jessy Emaus* stelt de met statistieken onderbouwde schadebegroting ter discussie, eveneens vanuit een zowel empirisch als juridisch-normatief perspectief. Zij annoteert de op statistische gegevens gebaseerde, maar tegelijkertijd discriminatoire assumptie van beperkte(re) arbeidsparticipatie door vrouwen (ten opzichte van mannen) die de begroting van verlies van verdienvermogen van geslacht afhankelijk maakt.

Begroting van schade is tot slot ook het onderwerp van de bijdrage van *Rianka Rijnhout en Nanouk Schipper*. Zij onderzoeken de invloed van twee breed erkende psychologische valkuilen, te weten ‘anchoring’ en ‘framing’, op de begroting van de hoogte van het smartengeld, gegeven de discussie die gevoerd wordt over de betrekkelijke laagte van die bedragen hier in Nederland. De onderzochte assumptie in deze bijdrage is dat de begroting van smartengeld kan geschieden via de vergelijking van het voorliggende geval met eerdere zaken. Er zijn immers verschillende bezwaren geuit, op basis van het framing- en anker-effect, waardoor de vraag rijst of gevalsvergelijking wel een adequate manier van werken is.

4 Afronding

Een hypothese die aan deze bundel ten grondslag ligt, is dat het gebruik van empirie in het recht waardevol is, maar dat dit wel op een empirisch en juridisch verantwoorde wijze dient te geschieden en dat het daaraan in de rechtspraak soms schort. Hoewel de elf zonet al geïntroduceerde bijdragen focussen op het ‘waarheidsgehalte’ van de onderliggende assumptie, wordt daarnaast ook aandacht besteed aan de vraag of er juridische redenen

14 HR 4 april 2014, NJ 2014/368 m.nt. T. Hartlief (*Reaal/Deventer*).

zijn om toch van bepaalde assumpties uit te gaan, ook als deze door middel van empirisch onderzoek niet (goed) kunnen worden onderbouwd; of andersom, of er juridisch normatieve redenen zijn om bepaalde veronderstellingen, onafhankelijk van hun waarheidsgehalte, buiten beschouwing te laten. Leidend is namelijk niet alleen wat empirisch verantwoord is, maar ook wat juridisch verantwoord is. Dat meer algemene punt zal in de Slotbeschouwing nader aan de orde komen.

Andere overkoepelende vragen waaraan in die Slotbeschouwing, gegeven de bijdragen die hierna nog volgen, aandacht zal worden geschonken, zijn:

- Wat zijn de grotere lessen die we uit de beschreven uitspraken en assumpties kunnen trekken?
- Welke gevolgtrekkingen dienen zich aan, gegeven die lessen?
- Wat is het belang van de assumpties?
- Wat is de invloed van de assumpties?
- Is het (empirische én juridisch) verantwoord wat er nu gebeurt?
- Welke hulplijnen kunnen wij met deze bundel bieden?

Door deze vragen op te werpen en te bespreken, beogen wij een bijdrage te leveren aan de kennis en de discussie over het gebruik van extra-juridische inzichten in het recht. Dat zou dat gebruik dan moeten vereenvoudigen en stimuleren, wat ons betreft. Maar daarmee lopen we al op de zaken vooruit...

2 PSYCHISCHE OVERMACHT ALS CULTUREEL VERWEER: WAAROM NIET?

R.S.B. Kool^{*}

UITSpraak

Rechtbank Groningen 28 januari 2003, ECLI:NL:RBGRO:2003:AF3437 en Hof Leeuwarden 5 november 2003, ECLI:NL:GHLEE:2003:AN7321

KERNOVERWEGINGEN¹

Rechtbank

De raadsman van verdachte heeft ter terechtzitting – zakelijk weergegeven – het verweer gevoerd dat verdachte heeft gehandeld in een situatie van psychische overmacht. Hiertoe heeft de raadsman aangevoerd dat *de druk die uitging van het gedrag van medeverdachte [medeverdachte] in combinatie met de culturele achtergrond van verdachte de externe oorzaak heeft gevormd voor de psychische druk (...)*.

De rechtbank overweegt het volgende.

In onderhavige zaak is niet aannemelijk geworden dat er sprake was van een van buiten komende druk, waaraan verdachte in redelijkheid geen weerstand hoefde te bieden. Verdachte heeft immers zelf de bewuste keuze gemaakt zich te begeven en te blijven in de situatie waarin de gewelddadige handelingen hebben plaatsgevonden. Gedurende de periode dat verdachte zich in de woning van de medeverdachte bevond, hebben zich meerdere mogelijkheden voorgedaan waarbij verdachte de vorengenoemde situatie had kunnen verlaten (zoals verdachte zelf ter terechtzitting heeft verklaard). Verdachte heeft soms ook zelf in de gedragingen ten opzichte van het slachtoffer het initiatief genomen.

Tussendoor zijn er verschillende momenten geweest waarop verdachte door anderen erop is gewezen dat (medische) zorg nodig was. Daarbij hebben die anderen zelfs getracht het kind aan de gedragingen van verdachten te onttrekken. *Naar het oordeel van de rechtbank heeft verdachte dan ook op verschillende momenten anders kunnen handelen dan zij feitelijk heeft gedaan.*

* Renée Kool is als senior-onderzoeker aangesteld bij Ucall.

1 De cursiveringen in de overwegingen zijn door de auteur aangebracht.

(...)

Het beroep op psychische overmacht wordt dan ook verworpen.

Hof

Namens verdachte is een beroep gedaan op psychische overmacht (...) Teneinde dit verweer te onderbouwen heeft de raadsman van verdachte gesteld dat zij na de aanhouding een verwarde en lethargische indruk vertoonde en dat zij verklaringen heeft afgelegd waaruit moet worden afgeleid dat zij onder een *immense druk* van haar eerder genoemde mededader stond (...). *Daarbij komt nog dat volgens de raadsman de culturele achtergrond van verdachte, waarin het geloof in Brua een sterke rol heeft gespeeld, de geestelijke weerstand van verdachte deed afnemen.*

(...)

Het hof acht niet aannemelijk, dat verdachte ten tijde van de bewezenverklaarde gedragingen slechts heeft gehandeld onder invloed van een door de moeder van [slachtoffer] uitgeoefende druk van zodanige aard, dat zij daaraan geen weerstand heeft kunnen bieden. Immers, hoewel het initiatief duidelijk van de moeder van [slachtoffer] is uitgegaan heeft verdachte blijkens haar verklaringen ten overstaan van de politie, overtuigd als ook zij was dat een geest bezit zou hebben genomen van het kind, een actieve rol gespeeld bij de rituelen, die tot het uitdrijven van die geest zouden kunnen leiden. Die rol laat zich niet rijmen met die van een meer of minder willoos werktuig in de handen van [mededader]. Ook het feit dat verdachte op eigen initiatief [slachtoffer] heeft weerhouden haar jas te pakken en aldus heeft belet dat zij op vrijdagavond is meegegaan met [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [betrokkene 4] past niet bij een rol als die welke door de raadsman aan verdachte wordt toegedicht.

Dat de gedragingen van verdachte mede zijn ingegeven door haar cultureel bepaalde neiging tot bijgeloof en magie brengt niet mee dat zij geen weerstand behoorde te bieden aan de druk om deel te nemen aan toepassing van rituelen op een jong meisje, voor zover deze de gezondheid van dit kind benadeelden en het aanwenden van geweld inhielden.

Het hof verwerpt dan ook het beroep op psychische overmacht en is ook overigens van oordeel dat er geen strafuitsluitingsgronden aanwezig zijn.

ANNOTATIE

1 *Inleiding*

1. De aanleiding om deze ietwat buitenissige zaak te annoteren, is niet gelegen in enige op schrift gestelde 'empirische assumptie' van de rechter, maar juist in het ontbreken daarvan. Want ook in wat niet wordt gezegd kan een op normatieve gronden berustend

‘werkelijkheidsoordeel’ liggen besloten. In dit geval is dat de assumptie dat (kwade) geesten niet bestaan, althans dat het geloof daarin geen grond kan vormen voor een geslaagd beroep op psychische overmacht (art. 39 Sr). Nu kan empirisch niet aannemelijk worden gemaakt, laat staan bewezen, dat (kwade) geesten bestaan. Maar wat wel empirisch kan worden vastgesteld is of, en in hoeverre, een geloofsopvatting bepalend is geweest voor het handelen van een verdachte. En die empirische vaststelling dient door de strafrechter te worden meegewogen in diens oordeel over de vraag of, en in hoeverre, dat kan leiden tot schuldeloosheid.

2. Maatstaf daarbij is de aannemelijkheid van de feiten waarop de verdachte zich beroept, die daartoe een uitdrukkelijk voorgedragen verweer behoort te voeren (art. 358 lid 3 Sv). Alleen dan is de strafrechter namelijk verplicht tot een uitdrukkelijk antwoord in het vonnis. Dat is terecht, want men mag niet van de strafrechter verwachten dat ieder lukraak beroep op een geloofsopvatting een gemotiveerd antwoord krijgt. Daartegenover staat dat de strafrechter gehouden is om zich ambtshalve te buigen over de gegrondheid van een beroep op de strafuitsluitingsgronden (waaronder psychische overmacht). Zo’n verweer mag niet worden verworpen op grond van het argument dat de strafuitsluitingsgrond niet is aangetoond of daarvan niet is gebleken: ‘Ook al ligt het op de weg van de verdachte daartoe het nodige aan te voeren, de rechter mag de last tot het aannemelijk maken van de feitelijke grondslag niet uitsluitend op de verdachte leggen’, aldus Corstens, Borgers en Kooijmans.²
3. Nu is het gemotiveerd verwerpen van een appèl op psychische overmacht geen sinecure. Zeker niet wanneer dat berust op een beroep op een cultureel bepaalde geloofsovertuiging. De rechter moet hierbij buiten zijn juridische comfortzone treden en is afhankelijk van deskundigen die hem voorlichten over het bestaan en betekenis van dergelijke geloofsanspraken binnen de sociale leefomgeving van de verdachte, en de betekenis van dat geloof voor de verdachte als persoon. Pas na dat te hebben vastgesteld, kan de strafrechter ertoe overgaan zich een normatief-juridisch oordeel te vormen over het verweer en dat op schrift te stellen.³

2 *Rechtspraak over het culturele verweer*

4. Wie de rechtspraak over het culturele verweer in de vorm van een beroep op psychische overmacht bestudeert, vallen twee dingen op: dergelijke verweren worden in de regel

2 G.J.M. Corstens, M.J. Borgers, T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 865.

3 Over psychische overmacht: C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 338-351; G-J. Knoops, *Psychische overmacht en rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint 1998.

niet gehonoreerd,⁴ maar naar het hoe en waarom blijft het gissen. Wat betreft de (geringe mate van) aanvaarding van het verweer past zo'n terughoudende opstelling in de systematiek van het Nederlandse strafrecht, dat zich kenmerkt door generale strafbaarstellingen en strafuitsluitingsgronden. Onze strafrechtscultuur gaat uit van de maatmens, de meerderheidsopvatting of hoe we het willen noemen, en biedt geen ruimte voor het straffeloos laten van 'exotische gedragingen'. En dat is een vertrekpunt dat bijval verdient, omdat uit oogpunt van rechtszekerheid veel is te zeggen voor het uitgangspunt van 'lands wijs, lands eer'.⁵

5. Maar de beoordeling van een beroep op cultureel bepaalde geloofsopvattingen moet ook beantwoorden aan een ander fundamenteel uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht, namelijk dat van een geïndividualiseerd schuldstrafrecht. Dit vraagt niet alleen om ruimte om zo'n cultureel verweer te kunnen voeren, maar ook om daarop duidelijk antwoord te krijgen van de strafrechter.⁶ Een belang dat overigens direct verband houdt met de al genoemde rechtszekerheid. Wanneer de strafrechter nalaat een duidelijk antwoord te geven op een voldoende aannemelijk gemaakt cultureel verweer kan immers licht de indruk ontstaan dat de strafrechter vindt dat zo'n verweer van generlei waarde is, en dus geen uitleg behoeft. Dat kan bij de verdachte de indruk wekken dat hem een 'tekort aan rechtsbewustzijn' wordt verweten.⁷
6. Nu kunnen culturele verweren zeker duiden op het voorrang geven aan cultureel bepaalde motieven. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de eerwraak: de schending van de familie-eer ('namus') vraagt dan om doding van de eerschender.⁸ Maar ook dan is een helder antwoord wenselijk. Juist om aan uit culturele minderheidsgroepen

4 Kelk & De Jong 2013, p. 347: 'Grosso modo (curs.org.) moet men vaststellen dat een zogeheten cultureel verweer als zodanig zelden of nooit tot het aannemen van een onweerstaanbare drang in de zin van psychische overmacht leidt.' Verwezen wordt naar H. Wiersinga, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002. De door Kelk & De Jong gedane signalering vindt voorts steun in: M. Siesling, *Multiculturaliteit en verdediging in strafzaken*, Den Haag: Boom 2006; J.M. ten Voorde, *Cultuur als verweer*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007 en H. Wolswijk, 'De Nederlandse strafrechter en culturele delicten', *Ontmoetingen van het Lutje Psychiatrisch-Gezelschap*, Groningen 2010, p. 21-31.

5 Daarbij kan het culturele verweer overigens ook aanleiding geven tot strafverzwaring, zoals bijvoorbeeld in de Veghelse eerwraak-zaak. Daarover: E.M. Galenkamp & J.M. ten Voorde, 'Culturele achtergronden in de strafrechtspleging. Op zoek naar de juiste onderzoeksvragen', *Proces* 2002, nr. 3-4, p. 42-45. Voorts Wolswijk 2010, par. 4.

6 Wolswijk 2010, p. 25; Wolswijk constateert dat in de motivering van uitspraken weinig is terug te vinden van een psychologische toets.

7 Bovens spreekt te dezen over het strafrecht in termen van 'minderheidspolitiek'; M. Bovens, 'Cultuur als verweer. Een rechtspolitieke verkenning', in: F. Bovenkerk e.a. (red.), *Multiculturaliteit in de strafrechtspleging*, Den Haag: Boom 2003, p. 137-150. Zie ook Wolswijk 2010, p. 26, waar deze Knigge aanhaalt aan in diens noot onder HR 14 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ1457, *NJ* 2005, 183: 'Aan de culturele dwang dient het strafrecht juist tegenwicht te bieden door een ernstig te nemen strafbedreiging.'

8 Vgl. K. Karakaya, *Ik moest mijn namus, mijn eer redden*. Utrecht: Universiteit van Utrecht 2006; J.M. ten Voorde en M. Siesling, 'Eerwraak in het Nederlands strafrechtelijke beleid; een paradox van goede bedoelingen', *Panopticon* 2008, nr. 3, p. 7-28.

afkomstige justitiabelen te duiden waarom voor hen zingevend handelen strafbaar en verwijtbaar wordt geacht binnen de meerderheidsopvatting.

3 *Over de dood van Daartje*

7. En daarmee kom ik bij de door mij te bespreken strafzaak, een trieste zaak waarin beide verdachten stelden volgens hun geloofsopvatting te hebben gehandeld, maar waarin de door hen op die basis betrachte ‘zorg en (moeder)liefde’ een vijfjarig meisje, Daartje geheten, fataal werden. Ik richt me daarbij op het vonnis en arrest geweest tegen de medeverdachte, een goede vriendin van de moeder.⁹ Benadrukt zij dat het me bij de bespreking van het rechterlijk oordeel niet gaat om de vaststelling dat sprake is van bewezenverklaard strafbaar handelen. Het gaat me om de verwerping van het verweer op psychische overmacht en de daarvoor (niet) gegeven motivering.

4 *Het onterechte zwijgen van de Rechtbank Groningen*

8. De wijze waarop de rechter respectievelijk *zwijgt* over de geloofsopvatting (de rechtbank) en deze *afdoet* als een bij de verdachte mogelijk aanwezige ‘neiging tot bijgeloof of magie’ (het hof), duidt mijns inziens op een niet geëxpliciteerde normatieve assumptie, namelijk deze dat de geloofsopvatting van de verdachte zo buitenissig is dat daaraan geen betekenis kan worden toegekend. Het gesignaleerde probleem ligt daarbij niet in de normatieve aard van de assumptie. Oftewel: het feit dat de rechter als spreekbuis van de samenleving geen waarde *wil* hechten aan wat wordt gezien als een buitenissige geloofsopvatting waaraan de verdachte weerstand had *moeten* bieden. Het probleem ligt in het *onvoldoende erkennen* van het bestaan van de geloofsovertuiging en de invloed die daarvan uit kan gaan op het handelen van de verdachte. Die vraag wordt weliswaar indirect aan de orde in de multidisciplinaire rapportage van het Pieter Baan Centrum, maar de rechter acht het niet nodig zich te verdiepen in het bestaan van Brua en het handelen in dat licht te bezien. Dat geeft blijk van een niet op enig empirisch onderzoek gestoelde normatieve diskwalificatie van de geloofsopvatting van de verdachte.
9. Wie de moeite neemt om via het internet te zoeken naar gedragsdeskundige kennis op het gebied van de invloed van cultureel bepaalde (aan voodoo gerelateerde) geloofsovertuigingen, merkt dat er heel wat te vinden valt.¹⁰ Toegegeven, de vangst

⁹ Die keuze berust op het feit dat ik de uitspraken tegen de moeder niet heb kunnen vinden.

¹⁰ Ik heb gezocht op SSRN en Google scholar op de zoektermen ‘force majeure’, ‘winti’, ‘voodoo’, ‘brua’, ‘superstition’ en ‘culture & religion’ (al dan niet in samenhang). Hier volgt een selectie van gevonden bronnen: R. Wormhoudt, ‘Culturele achtergronden en strafrechtspleging, Winti’, *Proces* 1991, p. 105-112;

bestaat uit een bonte verzameling bronnen, veelal van antropologische, sociologische of psychologische signatuur. Al deze bronnen bieden echter op eigen empirische merites grond voor de gedachte dat religieuze of anderszins aan '(bij)geloof' gerelateerde overwegingen richtinggevend kunnen zijn voor menselijk handelen. Geen van de bronnen gaan uit van een (absolute) waarheidsaanspraak. Anders gezegd: de vraag of er een empirische basis is te vinden voor een bepaalde geloofsopvatting is niet aan de orde, wel de vraag of er empirische gronden zijn om aan te nemen dat een geloofsopvatting richtinggevend kan zijn voor het menselijk handelen van bepaalde personen. Dat ook is de 'empirische' vraag die hier centraal staat en waarop de strafrechter een gemotiveerd antwoord is verschuldigd.

10. Nu zal het handelen van de verdachte de gemiddelde lezer volstrekt zinloos en strafwaardig overkomen. Want wie past uit (moeder)liefde en zorg geweld toe op, en onthoudt medicatie aan een vijfjarig meisje dat waarneembaar ziek is, en zet deze 'behandeling' voort wanneer positieve resultaten uitblijven? Voor de verdachte was dat laatste (ziek zijn) echter niet evident; zij geloofde namelijk dat Daartje bezeten was door een kwade geest. Afkomstig zijnde uit Suriname hechtte zij sterk aan het Brua-geloof, een geloofsopvatting die is gerelateerd aan voodoo.¹¹ Vanuit die geloofsopvatting kwam zij ertoe om samen met de moeder het meisje op alternatieve wijze te willen genezen. Deze behandeling bestond uit het ontzeggen van eten en drinken en het schoppen en/of slaan tegen het hoofd, het lichaam, de rug en de onderbenen van het meisje. Ook zouden de verdachten het hoofd van het meisje meerdere malen hard tegen de grond hebben geslagen en haar medicatie hebben onthouden.¹² Later bleek dat het kind leed aan een (beginnende) bloedvergiftiging/streptokokkeninfectie, maar beide verdachten waren er ten tijde van hun handelen van overtuigd dat een boze geest bezit had genomen van Daartje. Die geest moest volgens

I. van Wetering, 'Winti en voodoo', in: Bovenkerk, e.a. (red.) 2003, p. 89-99; M. Argyle, *Psychology and Religion*, Londen: Routledge 2000; J. Dumin, 'Superstition-based injustice in Africa and the United States: the use of provocation as a defense for killing witches and homosexuals', *Wisconsin Women's Law Journal*, 2006, vol. 1, p. 145-174; D. van den Berg, B. Raaijmakers en A. Scholten, 'The Ghost Protocol', *Gedragstherapie*, 2015, nr. 3, p. 222-240; M. Castro e.a., 'The paranormal is (still) normal', *Sociological Research Online*, 2001, 19 (3), 16, online via <http://www.socresonline.org.uk/19/3/16.html>; A. Saher & M. Lindeman, 'Alternative medicine: A Psychological Perspective', *Personality and Individual Differences* 2005, April, p. 1169-1178; R. Wiseman, *UK Superstition Survey*, online via http://www.richardwiseman.com/resources/superstition_report.

11 Over Brua: R.A. Römer, *Cultureel mozaïek van de Nederlandse Antillen*, online via http://www.dbnl.org/tekst/rome012cult01_01/rome012cult01_01_0003.php; J.D. Blom, I.T. Poulina & T.L. van Gellecum, 'Psychiatrie en brua', *Tijdschrift voor Psychiatrie*, 2013, nr. 8, p. 609-618 en C. Hoffer, 'Religieuze tradities, volksgeloof en religieuze geneeswijzen in multicultureel Nederland: implicaties voor de ggz-praktijk', in: P.J. Verhagen & H.J.G.M. van Megen (red.), *Handboek Psychiatrie, religie en spiritualiteit*, Utrecht: De Tijdstroom 2013, hoofdstuk 13, online via http://www.corhoffer.nl/media/publicaties/13_Hb_psychiatrie_religie_en_spiritualiteit_def-21.pdf.

12 Achtergrondinformatie is ontleend aan: Groninger internetcourant, online via <https://www.gic.nl/nieuws/drie-jaar-cel-voor-medeplegen-voodoo-moord>.

hen worden uitgedreven, desnoods met geweld.¹³ Het meisje overleed helaas na enige dagen.

11. De rechtbank voert de dood rechtstreeks terug op het handelen van beide verdachten en veroordeelt hen voor moord (art. 289 jo. 47 Sr); het hof meent dat sprake is van een samenstel van causale factoren en komt tot een veroordeling wegens het nalaten hulp te verlenen aan een hulpbehoevende (art. 255 jo. 257 jo. 47 Sr). Dit verschil in opvatting tussen de rechtbank en het hof is terug te voeren op een verschil in het ‘tijdstip’ van de opeenvolgende aan de verdachte verweten handelingen. De rechtbank gaat uit van de situatie waarin voor een ieder duidelijk waarneembaar was dat het kind ernstig ziek was. Het verweer van de verdachte dat zij niet wist dat het kind ziek was en zij dus geen (voorwaardelijk) opzet¹⁴ had op het overlijden wordt door de rechtbank verworpen door te wijzen op de ter zitting afgelegde verklaring van een deskundige waarin werd gesteld dat ‘is gebleken dat het slachtoffer symptomen heeft vertoond, die *objectief gezien* [mijn curs.] passen bij een algeheel ziek kind’. Daarnaast werd gerefereerd aan verklaringen van enkele, destijds in de woning aanwezige derden waaruit bleek dat de verdachte de ziektesymptomen had waargenomen. Deze derden hadden er bij de verdachte op aangedrongen om reguliere geneeskundige hulp te zoeken, maar zij nam dat advies niet ter harte. Dat brengt de rechtbank ertoe te overwegen dat de verdachte en haar medeverdachte ‘al in een vroeg stadium bewust het besluit hebben genomen niet een arts te waarschuwen, doch rituelen op het slachtoffer uit te voeren’, gericht op het uitdrijven van ‘de geest’. Vastgesteld wordt dat er een opbouw in het geweld heeft gezeten en dat toen een zachtere aanpak niet werkte, de verdachten het erover eens waren ‘dat “de geest” eruit geslagen moest worden’. Geconcludeerd wordt dat de verdachte bewust geweld heeft gebruikt, ‘met de bedoeling het lichaam van het slachtoffer aan te tasten’. Een dergelijk handelen omvat volgens de rechtbank onder de ‘gegeven omstandigheden’ het aanvaarden van de kans op de dood van het kind. Langs eenzelfde objectieve lijn beoordeelde de rechtbank het beroep op psychische overmacht.¹⁵ Verdachte wordt verweten niet te zijn teruggekomen op haar keuze om af te zien van een reguliere behandeling, en soms zelf het initiatief te hebben genomen tot het geweld. Verdachte had volgens de

13 Binnen het Brua-geloof vormt zo’n geest een zeer gevaarlijke bedreiging, met name voor (pasgeboren) kinderen. In de volksovertuiging is zo’n geest, ‘Ezèh’ of ‘Zèh’ genoemd, de spirituele vorm van een mens die zijn vel heeft afgestroopt om onzichtbaar binnen te kunnen dringen in het lichaam van het kind om dit leeg te zuigen; Römer e.a. 1977, p. 45.

14 De ten laste gelegde moord, maar ook de (meer) subsidiair ten laste gelegde zware mishandeling de dood ten gevolge hebbende (art. 302 lid 2 Sr) en de zware mishandeling (art. 302 lid 1 Sr) bevatten alle het te bewijzen bestanddeel opzet. De ondergrens daarvan wordt gevormd door het voorwaardelijk opzet, dat inhoudt dat de verdachte minstens wetenschap moet hebben gehad van de aanmerkelijke kans (in dit geval op het overlijden) en deze kans moet hebben aanvaard; Kelk & De Jong 2013, p. 263-269.

15 Over psychische overmacht: Kelk & De Jong 2013, 338-351; G-J. Knoops, *Psychische overmacht en rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint 1998.

rechtbank op verschillende momenten ‘anders kunnen handelen dan zij feitelijk heeft gedaan’.

5 *Het Hof Arnhem-Leeuwarden: tussen de regels doorlezen*

12. Het hof toont zich genuanceerder in zijn overwegingen aangaande het opzet en de psychische overmacht. Niet bewezen wordt geacht dat de verdachte of haar medeverdachte zich van aanvang af bewust was van het feit dat het meisje aan een ziekte leed die dusdanig ernstig was dat het onbehandeld laten daarvan tot de dood zou kunnen leiden. Het hof wijst er daarbij uitdrukkelijk op dat bij het vaststellen van deze wetenschap en kansaanvaarding moet worden geabstraheerd van de ernst van de ziekte.¹⁶ Er volgt een vrijspraak van de ten laste gelegde moord en zware mishandeling de dood ten gevolge hebbende.
13. Het verweer betreffende het opzet ziet zodoende enkel nog op de tweede fase van het handelen, die waarin duidelijk waarneembaar was dat de door verdachten op eigen ‘medisch’ inzicht ingezette behandeling niet tot genezing leidde, maar zij niettemin besluiten deze door te zetten en te intensiveren.¹⁷ Vanaf dat tijdstip is volgens het hof sprake van voor de verdachte kenbare gezondheidsrisico’s, en heeft zij geweten van de geenszins te verwaarlozen kans op het overlijden en deze aanvaard. Op dat getoonde gebrek aan zorg spitst het oordeel van het hof zich toe en niet, wederom anders dan het oordeel van de rechtbank, op de aard van het geweld. Dat laatste wordt wel bewezen geacht, maar niet zo zwaarwegend bevonden dat kan worden gesproken van zware mishandeling de dood ten gevolge hebbende. Het geweld vormt volgens het hof slechts een factor in een geheel verslechterend ziektebeeld, waarvan de beginnende bloedvergiftiging/streptokokkeninfectie een niet te verwaarlozen oorzaak vormt. Het hierin gelegen verschil van opvatting tussen de rechtbank en het hof over de causaliteit laat ik verder rusten.

16 Dat is in overeenstemming met de opvatting van de Hoge Raad, waarin de kansaanvaarding niet afhankelijk mag worden gesteld van de ernst van het eventuele gevolg; zie: Kelk & De Jong 2013, p. 263-269.

17 Hier klinkt reeds de nog volgende verwerping van de psychische overmacht door: vastgesteld wordt immers dat de verdachte op het moment dat zij wetenschap kreeg van de ernst van de situatie ervoor koos haar (geloofs)overtuiging door te zetten, waarmee zij zich in een ‘culpa in causa’-situatie begeeft. In de regel ziet dit leerstuk op het niet voorziene, maar wel voorzienbare effect van het nemen van verdovende middelen; zie J. Bijlsma, ‘Drank, drugs en culpa. Zelfintoxicatie en *culpa in causa*: pleidooi voor een voorzienbaarheids-eis’, *Delikt en Delinkwent* 2011, nr. 6, p. 654-678.

6 *Het oordeel van het hof: het vergif zit in de staart*

14. Kortom, het hof zaagt minder ‘harde planken’ dan de rechtbank. Waar de rechtbank de ‘objectief waarneembare aard van de ziekteverschijnselen’ aanvoert en geen ruimte laat voor een andere duiding van het ziektebeeld dan die welke past in de reguliere geneeskunde, geeft het hof er blijk van oog te hebben voor een mogelijk afwijkende, subjectieve interpretatie daarvan door de verdachte. Althans, tot het moment dat de symptomen verergerden en de verdachte beter had moeten weten, en – niet onbelangrijk – had moeten luisteren naar het advies van aanwezige derden. Daarmee erkent het hof dat het handelen berustte op ‘zorg en (moeder)liefde’, en in samenhang daarmee de aanwezige geloofsovertuiging die de aanzet hebben gegeven tot het handelen. Maar ook dat levert geen geslaagd beroep op psychische overmacht op, en ook het hof ziet geen aanleiding om dat op de feitelijke merites te onderzoeken door zich te verdiepen in het Brua-geloof.
15. Nu geeft de wijze waarop het verweer wordt geformuleerd daar ook de ruimte toe. De raadsman volstaat namelijk met een verwijzing naar enkele passages uit het rapport van het Pieter Baan Centrum waaruit zou blijken dat de verdachte ‘geheel weerloos’ was ten opzichte van de medeverdachte, en bovendien handelde in een toestand van bewustzijnsvernauwing. Pas in tweede instantie wordt gerefereerd aan de bij verdachte aanwezige geloofsovertuiging.¹⁸ Dát het beroep op psychische overmacht wordt verworpen verbaast dan ook niet. Maar dat neemt het bezwaar tegen de in beider aanleg opgevoerde zuinige motivering niet weg. De rechtbank zwijgt zelfs geheel over de aangevoerde geloofsovertuiging en beperkt zich tot het verwerpen van de door de verdachte aangevoerde psychische afhankelijkheid van de medeverdachte. Dat volstaat niet als antwoord, want in het verweer wordt die psychische afhankelijkheid, zij het wat impliciet, gerelateerd aan de culturele achtergrond van de verdachte.

7 *De uitkomst: een kwestie van 'bijgeloof en magie'*

16. Het hof besteedt wel aandacht aan beide aspecten, maar reduceert de betekenis van de culturele achtergrond van de verdachte en haar geloofsovertuiging tot een mogelijk aanwezige ‘neiging tot bijgeloof en magie’,¹⁹ die in het licht van het te beschermen

18 Bovenkerk en Siesling noemen dit een informeel cultureel verweer: de culturele achtergrond van de verdachte wordt als het ware verpakt in een reguliere strafuitsluitingsgrond; F. Bovenkerk & M. Siesling, ‘Criminaliteit en strafrechtspleging in de multiculturele samenleving’, in: M.M. Boone e.a. (red.), *Criminologie en Strafrecht*, Den Haag: Boom 2016, p. 103.

19 Blom e.a. omschrijven ‘magie’ als: het trachten te manipuleren van een bepaalde toestand middels een beroep op bovennatuurlijke krachten, te onderscheiden van ‘toverij’: het trachten te manipuleren van natuurlijke en bovennatuurlijke krachten uit een kwaadwillende intentie. Oftewel: ‘witte magie’ versus

rechtsbelang (het recht op leven) geen gewicht in de schaal legt.²⁰ Hier verschijnt de *normatieve grondslag* van de psychische overmacht, die dient te worden beoordeeld aan de hand van subsidiariteit en de proportionaliteit.²¹ Niet iedere interne (geloofs)overtuiging rechtvaardigt schulduitsluiting, daarvoor moet een gemotiveerde afweging plaatsvinden in het licht van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis wordt gehecht aan de zwaarte van het te beschermen rechtsbelang en de ondermijnende kracht van de op externe druk berustende psychische drang.

17. En daarmee lijkt het hof het gelijk aan zijn kant te hebben, want de bescherming van de gezondheid van een minderjarige weegt zwaar en de verdachte sloeg goede raad van derden om medische hulp te zoeken in de wind. Daar staat echter tegenover dat de verdachte met haar handelen juist het beschermde (gezondheids)belang van Daartje meende te dienen. Die paradoxale tegenstelling tussen het willen 'genezen' van Daartje, maar het feitelijk bijdragen aan haar dood, had het hof, en in eerste aanleg de rechtbank, aanleiding moeten geven tot het gelasten van nader onderzoek in de vorm van een deskundigenrapportage waarin de vraag had moeten worden gesteld welke status Brua, en het daarin besloten ritueel van het uitdrijven van kwade geesten, heeft binnen de leefgemeenschap van de verdachte.²²

8 *Het (motiverings)tekort*

18. Dat er in de voorliggende strafzaak geen sprake is geweest van een zodanig vereiste door externe factoren aangewakkerde psychische druk die haar grond zou vinden in de geloofsovertuiging van de verdachte, is zeker niet uit te sluiten. Anders gezegd: de tekenen wijzen op strafbaar handelen en aan een aan verdachte te maken verwijt

'zwarte magie'. Melding wordt gemaakt van 'uitdrijvingsbevelen' via het (o.a.) geselen van de patiënt; Blom e.a. 2013, p. 614.

20 Gelet op de woordkeuze is denkbaar dat het hof deze zinssnede heeft overgenomen uit de rapportage van het Pieter Baan Centrum. Of dat zo is, is niet te achterhalen en maakt overigens geen verschil, zij het dat de in de context van de motivering ongelukkige woordkeuze dan zou zijn toe te schrijven aan het Pieter Baan Centrum.

21 Wolswijk 2010, p. 26; Kelk & De Jong 2012, p. 340-342 en W. Limborgh, *Culturele vrijheid in het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, i.h.b. p. 204-206, 220-221 en 224-228. Van belang ook is dat het profiel van de verdachte een rol kan spelen, de zogenoemde Garantstelling. Ook die lijkt in deze zaak een rol te spelen, althans in de overwegingen van de rechtbank waar wordt overwogen dat de verdachte gelet op haar opleiding anders had moeten handelen. Deze overweging staat echter bij de strafmaatoverweging en niet bij de verwerping van de psychische overmacht.

22 Zo blijkt uit de studie van Hoffer uit 2009 dat 85% van de bevolking van Curaçao zich bezighoudt met Brua. Blom e.a. stellen dan ook dat Brua moet worden begrepen als, een actuele 'zoektocht naar de eigen culturele identiteit' (genoemd in: Blom e.a. 2013, p. 614). In gelijke zin: C. Hoffer, 'Een dynamische benadering van cultuur en religie', in: H. Sarneel (red.), *Interculturele Jeugd- en Opvoedhulp*, 2012, p. 66-69; Hoffer pleit voor een open attitude jegens het beoordelen van de zingeving van op niet-westerse culturen en levensbeschouwingen gebaseerd gedrag.

daarvan. Maar dat oordeel zou dan toch hebben moeten berusten op een meer gegronde afweging en daaraan verbonden onderzoek dan waarvan de rechtbank en het hof blijk geven.²³ Pas als dat is ‘uitgezocht’ komt de volgende mogelijkheid aan bod, namelijk dat de verdachte onterecht heeft geloofd in de juistheid van haar handelen, maar dat het verwijt daarvan slechts in verminderde mate kan worden toegeerekend gelet op haar geestelijke capaciteiten (art. 39 Sr). Die laatste overweging is terug te vinden in de rapportage van het Pieter Baan Centrum en ligt ten grondslag aan de verwerping van het beroep op psychische overmacht en de daarop volgende straftoemeting door de rechtbank en het hof. Maar een antwoord op de vraag óf cultureel bepaalde geloofsovertuigingen onder omstandigheden een grond kunnen vormen voor een geslaagd beroep op psychische overmacht, is daarmee niet gegeven.

19. Door dat niet te doen wordt de indruk gewekt dat wordt uitgegaan van een standaard westerse cultuuropvatting en van een prioritering van reguliere, westerse geneeskundige opvattingen, waarin geen plaats is voor anders ‘gekleurde’ geloofsopvattingen en daarmee samenhangende geneeswijzen. Een gespecificeerde zoektocht op de term Brua op het internet leert echter dat Brua in antropologische en gedragstherapeutische kringen wordt erkend als factor die het handelen van een individu vergaand kan beïnvloeden, in het bijzonder wanneer het gaat om wat wordt verstaan als genezend handelen.²⁴ Hoffer lijkt de vinger op de zere plek te leggen waar hij schrijft: ‘vanuit een neutraal standpunt geredeneerd kan “volksgeloof” niet als synoniem worden gezien voor “bijgeloof” (...) Degenen die bepaalde fenomenen karakteriseren als ‘bijgeloof’ doen dat vanuit een specifieke visie op hetgeen voor hen “geloof” is. Maar voor degenen die een volksgeloof belijden of praktiseren kan dit geheel anders liggen en kan bijgeloof goed samen vallen met geloof.’²⁵ Ook andere (cultuur)onderzoekers benadrukken, als gezegd, dat het belangrijk is om bij de beoordeling van niet-westerse culturele (geloofs)praktijken te reflecteren op de gangbare westerse, christelijke geloofspraktijken en daarvan rekenschap te geven.²⁶
20. Door zich niet te verdiepen in het eventuele bestaan en de betekenis van zo’n niet-westerse geloofsopvatting en geen gemotiveerde verwerping te geven van een beroep daarop geeft de rechter zich echter onvoldoende rekenschap van het multiculturele

23 Ook Wolswijk constateert in zijn overzichtsartikel dat in de motivering van uitspraken weinig is terug te vinden van een psychologische toets; Wolswijk 2010, p. 25.

24 Hoffer wijst overigens meer in het algemeen op het bestaan van ‘een spanningsvolle verhouding’ tussen volksgeloof en de wereldgodsdiensten (islam, hindoeïsme en christendom); Hoffer 2013, p. 181-182.

25 Hoffer 2013, p. 180. Opgemerkt wordt ook dat voor de betekenis van die geloofsfactor te weinig aandacht zou bestaan binnen de reguliere geestelijke gezondheidszorg. Zie ook: Van den Berg e.a. 2015 en M. van Eeteren-Janssen, ‘Geheimen in de alledaagse zorg van moeders voor hun jonge kinderen’, *Medische Antropologie* 1995, nr. 1, p. 114-125.

26 Dat geldt volgens Hoffer met name wanneer het gaat om de vraag wat wel of niet toelaatbaar is wanneer het gaat om (vermeend) genezend handelen; Hoffer 2013, p. 181-182.

karakter van de Nederlandse samenleving. Die opstelling geeft blijk van stilstand binnen de rechtsvorming. Zeker, het culturele verweer heeft – na een aanvankelijk goede start in de jaren tachtig – geen voet aan de grond gekregen binnen de Nederlandse strafrechtspraktijk.²⁷ Maar daarmee is het fenomeen van cultureel bepaalde strafzaken niet van tafel. Berichten vanuit het Landelijk Expertise Centrum Diversiteit van de politie²⁸ en de gezondheidszorg²⁹ laten zien dat het culturele motief zeker bij levens- en geweldsdelicten een rol speelt. En ook in de mensenhandel wordt voodoo volop gebruikt om West-Afrikaanse vrouwen te dwingen zich te prostitueren (de voodoo geldt dan als ‘andere feitelijkheid’ ex art. 273f Sr).³⁰ Er is volgens de experts gereede aanleiding om voodoo ernstig te nemen.³¹

21. Daarmee betoog ik geenszins dat we er bij de beoordeling van handelen zoals dat van de verdachte van uit zouden moeten gaan dat het Brua-geloof, of wat dat betreft enige andere culturele minderheidsopvatting, zou moeten prevaleren boven die van de meerderheid. Integendeel, *the majority rules*, althans voor zover dezer opvattingen zijn neergelegd in de strafwet. Maar in een samenleving die zich blijvend kenmerkt als multicultureel geeft het blijk van respect wanneer de rechter in de uitspraak laat zien oog te hebben voor culturele minderheidsopvattingen, en is het bevorderend voor het ‘juridisch bewustzijn’ van culturele minderheidsgroepen wanneer hen wordt uitgelegd welk gewicht in de nationale rechtsorde wordt toegekend aan hun geloofsopvattingen. Dat behoeft soms een extra onderbouwing en bij voorkeur een die niet gespeend is van enige empirische onderbouwing. Laten zien dat je als rechter bereid bent je te verdiepen in de minderheidsopvattingen en dat je die op geïnformeerde

27 Ik heb geen kwantitatief onderzoek gedaan ter onderbouwing van deze stelling, maar het is een ‘feit van algemene bekendheid’ dat het culturele verweer na de opkomst daarvan begin jaren tachtig van de vorige eeuw een zachte dood is gestorven. Bevestiging daarvoor is te vinden in Siesling 2006, Ten Voorde 2007, Wolswijk 2010, Kelk & De Jong 2013 en M. Knapen, ‘Culturele verweren maken in Nederland geen kans’, *Advocatenblad* 2004, nr. 17, p. 745-746. Daarbij vormen delicten als het onderhavige, kinderdoding, onder invloed van cultureel bepaalde geloofsovertuigingen, bovendien een minderheid. Zie echter voor een vergelijkbare zaak: Rb. Den Haag 14 december 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC0775; ook hier werd het beroep op psychische overmacht verworpen.

28 J. Janssen, *Focus op eer. Een verkenning van eierzaken voor politieambtenaren en andere professionals*, Den Haag: Boom criminologie, 2017.

29 Hoffer 2012 en 2013; Blom e.a. 2013. Wat bij een beperkte verkenning van de bronnen via het internet opvalt is dat meerdere bronnen opmerken dat nog maar weinig bekend is over het gebruik van Brua binnen in Nederland wonende culturele minderheidsgroepen. Dat roept eens te meer de vraag op in hoeverre deze specialistische kennis is gerepresenteerd in de door het PBC geproduceerde deskundigenrapport, dat (mede) ten grondslag lag aan de rechterlijke besluitvorming in eerste en tweede aanleg.

30 Ook: Tobore Ovuorie, ‘Undercover in de Nigeriaanse vrouwenhandel’, *Trouw* 25 januari 2014, <https://www.trouw.nl/home/undercover-in-de-nigeriaanse-vrouwenhandel~a4bf6489/>; ‘Voodoo als presiemiddel bij Nigeriaanse mensenhandel’, *One World*, 27 juni 2016, <https://www.oneworld.nl/achtergrond/voodoo-als-presiemiddel-bij-nigeriaanse-mensenhandel/>.

31 Terzake, *Het proces tegen Nigeriaanse mensenhandelaars in vijf vragen. Interview met Klaus Vanhoutte van Payoke*, <https://www.vrt.be/vrtnews/nl/2018/03/26/het-proces-tegen-nigeriaanse-mensenhandelaars-in-vijf-vragen-en-/>.

wijze afweegt, bevordert de rechtsvorming en heeft meer zeggingskracht dan het enkele machtswoord van meerderheidsopvatting. Een wat minder zuinige motivering en reflectie op de onderliggende onbewezen empirische westerse assumptie dat ‘witte magie’ en daaraan verbonden rituelen niet kunnen worden gekwalificeerd als ‘genezend handelen’ kan de rechtsvinding – en wie weet de integratie – bevorderen.³² Ook wanneer het door de verdediging gevoerde verweer daartoe wellicht geen directe aanleiding geeft. Met behulp van meer inzet van multicultureel onderlegde deskundigen moet het toch mogelijk zijn om de (meer) empirisch onderbouwde juridische piketpaaltjes te slaan die in een multiculturele samenleving nodig zijn om aan alle justitiabelen helder te verwoorden waar de grens ligt tussen het respect voor de culturele autonomie en het strafrechtelijk verwijtbaar handelen. Dan snijdt het mes aan twee kanten: de meerderheid ziet de norm bevestigd, en de minderheid leert waar de grens ligt van straffeloos handelen.

9 Conclusie

22. Het lijkt er echter op dat de door Siesling in 2006 uitgesproken verwachting dat de strafrechter niet genegen zal zijn een beroep te doen op de antropologisch deskundige, ruim een decennium later bewaarheid is.³³ De gedachte dat de strafrechter moeite heeft om dergelijke minder ‘harde’ kennis te wegen in de context van het normatieve, ja zelfs rechtspolitiek gerelateerde leerstuk van de psychische overmacht, is invoelbaar. Niettemin staan de antropoloog en de psycholoog opgenomen in het wettelijk deskundigenregister en zou het de kwaliteit van de rechtsvinding bevorderen wanneer de strafrechter zich, wanneer daartoe gereede aanleiding is, vaker (en wellicht uitgebreider) zou laten voorlichten door antropologen en wat dies meer zij, teneinde de normatieve, juridische besluitvorming over psychische overmacht in culturele strafzaken meer te doen berusten op empirisch gegronde kennis.³⁴ Zwijgen of ter verwerping volstaan met een verwijzing naar de reguliere gedragsdeskundige rapportage door een psychiater en/of psycholoog, zoals in de voorliggende strafzaak, volstaat niet.³⁵ Meer ruimte voor de deskundige en de daarmee verbonden inbreng van

32 Blom e.a. 2013, p. 615.

33 Siesling 2006, p. 67-68. Zie ook: H. Wiersinga, ‘Culturele expertise in het strafrecht’, *Trema* 2005, mei, p. 273-277. Overigens ligt dat anders op het niveau van de politie, daar is via het LECD structureel aandacht voor de factor cultuur; Janssen 2017.

34 Dat kan overigens ook aanleiding geven tot strafverzwaring. Daarover: Wolswijk 2010, par. 4 en E.M. Galenkamp & J.M. ten Voorde, ‘Culturele achtergronden in de strafrechtspleging. Op zoek naar de juiste onderzoeksvragen’, *Proces* 2002, nr. 3-4, p. 42-45.

35 Overigens doen psychiaters en/of psychologen bij het opstellen van een gedragsdeskundige rapportage regelmatig een beroep op een antropoloog. Dat staat echter niet gelijk aan een eigenstandige antropologische rapportage met gespecificeerde onderzoeksvraag.

empirie hoeft geen beperking te betekenen van de rol van de rechter, maar kan diens besluitvorming juist betekenisvoller maken voor de justitiabele en begrip kweken voor de op grond van de meerderheidsopvattingen gegeven normatieve verwerping.³⁶

36 N.J.M. Kwakman, 'De strafrechter en de deskundige', *RM Themis* 2010, nr. 5-6, p. 184-196.

3 DE REPUTATIESCHADE VAN VERDACHTE RECHTSPERSONEN BIJ EEN (BUITEN)GERECHTELIJKE AFDOENING VAN STRAFZAKEN

*W.S. de Zanger**

UITSpraak

Rechtbank Rotterdam 11 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4167, NJFS 2011/10

KERNOVERWEGING

In het licht van het voorgaande had het op de weg van de officier van justitie gelegen om bij toezending van de stukken op 29 januari 2010, doch in ieder geval bij ontvangst van de faxbrief van 19 februari 2010 mede te delen dat geen nieuwe termijn gegeven zou worden. Door dit na te laten en pas op 10 mei 2010, derhalve ruimschoots na het verstrijken van de vervaldatum, mede te delen dat het niet meer mogelijk is om alsnog het transactiebedrag te betalen heeft de officier van justitie een naar het oordeel van de rechtbank wezenlijk processueel verdedigingsbelang geschonden, namelijk het belang om niet (verder) in een strafrechtelijke procedure betrokken te raken. Een dergelijke schending van een verdedigingsbelang kan niet worden hersteld door de door de officier van justitie voorgestelde inhoudelijke afdoening met aankondiging van een eis gelijk aan het transactiebedrag, omdat dan de fase waarin de verdachte gevrijwaard zou zijn van verdere vervolging en in het bijzonder van de openbare behandeling van de strafzaak reeds gepasseerd is.

(...)

Het bezwaarschrift dat door de raadsman van de verdachte rechtspersoon is ingediend zal in die zin worden gehonoreerd, dat de officier van justitie niet-ontvankelijk moet worden

* Mr. dr. W.S. de Zanger is als postdoctoraal onderzoeker verbonden aan Ucall en het Willem Pompe Instituut voor strafrechtswetenschappen. De auteur dankt Annika van Baar voor haar hulp bij het schrijven van deze bijdrage.

verklaard in de vervolging. De politierechter meent echter, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 10 december 1985 (NJ 1986/439) dat er sprake is van een herstelbare niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, zodat er geen grond is de verdachte rechtspersoon ambtshalve buiten vervolging te stellen. Door thans de officier van justitie niet-ontvankelijk te verklaren in de vervolging, wordt deze de mogelijkheid geboden de vervolging weer op te vatten als ware de onderhavige dagvaarding nooit uitgebracht. Daarbij gaat de politierechter ervan uit, dat de officier van justitie in zijn dan opnieuw en alsnog te nemen vervolgingsbeslissingen acht zal slaan op de door de ter zitting namens de rechtspersoon gedane mededeling dat zij nog steeds — zonder daarmee strafrechtelijke aansprakelijkheid te erkennen — bereid is tot betaling van het transactiebedrag.¹

ANNOTATIE

1 *Inleiding*

1. Er is in toenemende mate aandacht voor de manier waarop strafzaken tegen (grote) rechtspersonen worden afgedaan. In dergelijke zaken wordt een gang naar de strafrechter namelijk veelvuldig voorkomen doordat het Openbaar Ministerie (OM) en de verdachte een transactie overeenkomen. De kritiek op deze transactiepraktijk groeit: onder andere naar aanleiding van een uitzending van *Zembla* op 28 februari 2018² en recente omvangrijke transacties met bijvoorbeeld ING Bank, werden Kamervragen gesteld aan de verantwoordelijke ministers. Eerder waren er al kritische geluiden vanuit de Raad voor de rechtspraak aangaande deze buitengerechtelijke afdoening.³ Een belangrijke assumptie die ten grondslag ligt aan de keuze om strafzaken, vooral bij grote rechtspersonen, buiten de rechtszaal door middel van een transactie af te doen is dat het voor rechtspersonen gunstiger is om een gang naar de strafrechter te voorkomen. Deze assumptie is zichtbaar in de wetsgeschiedenis, de literatuur en ook (al dan niet impliciet) de rechtspraak, zoals blijkt uit de hier besproken uitspraak waarin het als belang van de verdachte wordt gezien om buiten de strafrechtelijke procedure te blijven. Lange tijd was er geen reden deze assumptie

1 De onderstrepingen zijn van de auteur. De assumptie die in deze overwegingen besloten ligt wordt (nader) verwoord in punten 6-8 van deze annotatie.

2 *Zembla*, 'Zakendoen met justitie', 28 februari 2018. Te bekijken op <https://www.uitzendinggemist.net/aflevering/439734/Zembla.html>.

3 Zie 'Frits Bakker: Kleed strafrechter niet verder uit', <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Frits-Bakker-Kleed-strafrechter-niet-verder-uit.aspx> en 'Rechter moet megaschikkingen kunnen toetsen', https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Rechter-moet-megaschikkingen-kunnen-toetsen.aspx?pk_campaign=rssfeed&pk_medium=rssfeed&pk_keyword=Alle-landelijke-actualiteiten.

in twijfel te trekken. De reputatieschade die bedrijven lijden doordat hun handelen in een langdurig, openbaar strafproces wordt onderzocht, zou, zo was de algemene opinie, niet opwegen tegen de nadelen van een buitengerechtelijke afdoening.

2. Het tij lijkt echter te keren. Het Openbaar Ministerie stelt een persbericht op over de transactie die is overeengekomen. Daarin wordt steeds meer openheid betracht over de misstanden in het bedrijf, mede onder druk van de samenleving die openheid verlangt. Over het persbericht wordt niet onderhandeld. Ook dergelijke berichtgeving is schadelijk voor de betrokken rechtspersonen. Daarom is het nuttig te onderzoeken of de genoemde assumptie berust op een empirische basis. Is er inderdaad bewijs dat rechtspersonen meer reputatie- en financiële schade lijden door een openbare behandeling van hun strafzaak dan door een buitengerechtelijke afdoening? In deze bijdrage doe ik verslag van mijn zoektocht naar dergelijk bewijs. Ik bespreek eerst de hierboven geciteerde uitspraak die dient als aanleiding voor dit onderzoek (punten 3-5). Vervolgens sta ik stil bij de assumptie die daarin besloten ligt (punten 6-8) en bij de problematisering van die assumptie op grond van het gewijzigde beleid van het OM (punten 9-14). Voordat ik toekom aan de toetsing van de empirische onderbouwing van de assumptie (punten 16-23), plaats ik eerst (punt 15) een belangrijke methodologische kanttekening. De bijdrage sluit af met een uitleiding (punten 24-27), waarin ik stilsta bij de vraag wat we moeten doen met de door mij gevonden resultaten en hoe we nu verder moeten.

2 *De zaak*

3. In deze zaak was de verdachte, een rechtspersoon, strafrechtelijk gedagvaard voor de economische politierechter in de Rechtbank Rotterdam. Waarvan het OM hem verdacht, wordt uit de uitspraak niet duidelijk, maar dat is voor de beoordeling van de zaak in feite ook niet relevant. De verdachte diende op grond van artikel 262 Wetboek van Strafvordering (Sv) een bezwaarschrift in tegen de dagvaarding. De verdediging voerde aan dat de officier van justitie niet-ontvankelijk moest worden verklaard, primair omdat de verdachte een aanbod tot een transactie in de zin van artikel 74 Wetboek van Strafrecht (Sr) had voldaan. Als subsidiaire onderbouwing van het verweer tot niet-ontvankelijkheidsverklaring werd aangevoerd dat de officier van justitie had gehandeld in strijd met beginselen van een behoorlijke procesorde. Daardoor zou het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort zijn gedaan.
4. Wat was er gebeurd? De officier van justitie had de verdachte een aanbod tot een transactie gedaan. Met een dergelijke buitengerechtelijke afdoening van de strafzaak wordt vervolging van de verdachte voorkomen. Het betreft een consensuele vorm

van afdoening, waarbij het Openbaar Ministerie voorwaarden stelt aan de verdachte.⁴ Voldoet de verdachte aan die voorwaarden, dan voorkomt hij daarmee strafvervolgning. Anders dan bij de strafbeschikking van artikel 257a Sv, wordt de schuld van de verdachte hierdoor officieel niet vastgesteld en wordt de verdachte niet ‘vervolgd’. De transactie dient juist om vervolging te voorkomen.⁵ De verdachte in deze zaak had het door de officier van justitie gestelde transactiebedrag voldaan, maar die betaling werd door het OM niet geaccepteerd, omdat het bedrag was betaald na het verstrijken van de termijn die was gesteld in de transactiebrief. De raadsman had gevraagd om verlenging van de betalingstermijn en daarna om de zaak te seponeren. Bij dat verzoek benadrukte hij dat de niet-betaling op dat moment was ingegeven door het verzoek tot sepot en het subsidiaire verzoek tot nader onderzoek. De officier besloot de zaak niet te seponeren, maar aan te brengen bij de rechtbank. Daarop betaalde de verdachte alsnog het gestelde transactiebedrag, maar dat bedrag werd teruggestort.

5. De politierechter verklaart het bezwaar tegen de dagvaarding gegrond. Hij stelt dat het tot kort voor de uitspraak gebruikelijk was dat indien de verdachte voor de uiterste betaaldatum had gereageerd op het transactievoorstel, een inhoudelijke reactie mocht worden afgewacht voordat tot betaling moest worden overgegaan. Dat beleid is ondertussen gewijzigd door het OM en sindsdien wordt bij niet-betaling binnen de gestelde termijn overgegaan tot dagvaarding, ongeacht een verzoek tot uitstel door de verdediging. Die nieuwe aanpak was echter niet openbaar gemaakt en niet aan de verdediging medegedeeld. Daarom had het volgens de rechtbank op de weg van de officier van justitie gelegen om de verdachte mede te delen dat geen nieuwe termijn zou worden gegeven. Door dat niet te doen heeft de officier van justitie ‘een wezenlijk processueel verdedigingsbelang geschonden’, namelijk – en daar komt de in deze bijdrage te bespreken assumptie om de hoek kijken – ‘het belang om niet (verder) in een strafrechtelijke procedure betrokken te raken’. Het in strijd met een richtlijn dagvaarden in plaats van transigeren kan vaak nog worden hersteld door in de strafzaak een strafeis te formuleren die gelijk is aan het transactiebedrag dat op grond van de richtlijn zou zijn gedaan, en de rechter in zijn strafoplegging blijf te laten geven van dat verzuim.⁶ Een dergelijke compensatie was volgens de politierechter in deze zaak echter niet meer aan de orde. De fase waarin de verdachte ‘ge vrijwaard zou zijn van verdere vervolging en in het bijzonder van de openbare behandeling van

4 Zie nader over het karakter van de transactie: P. Osinga, *Transactie in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 198-199; J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, p. 36-40, 173-182.

5 Het beleid van het Openbaar Ministerie lijkt op dit punt echter enigszins te zijn gekanteld. Zie daarover E. Sikkema, W.S. de Zanger, ‘Schikken of beschikken. Buitengerechtelijke afdoening van (grote en bijzondere) strafzaken in een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering’, *Platform modernisering strafvordering*, 2019-4.

6 Zie HR 8 oktober 2002, NJ 2003/65, r.o. 3.7.

de strafzaak' was hier namelijk al gepasseerd. De officier van justitie werd daarom niet-ontvankelijk verklaard in diens dagvaarding.

3 *De assumptie en haar verschijningsvormen*

6. Wat is nu de assumptie die de rechter hier hanteert? Hij gaat er hier van uit dat een afdoening van een strafzaak door middel van een transactie voor de verdachte als voordeel heeft dat hem een openbare behandeling van de strafzaak bespaard blijft. Waaruit bestaat dan het voordeel voor de verdachte om niet in de openbaarheid te worden berecht? Dat expliciteert de rechter niet, maar in zowel de wetsgeschiedenis als de strafrechtelijke literatuur wordt ervan uitgegaan dat dit voordeel mede is gelegen in het voorkomen van (verdere) reputatieschade. Een strafproces vindt in het openbaar plaats en kan, vooral in omvangrijke zaken, lang duren. Met name voor rechtspersonen zou een dergelijke rechtsgang kwalijke gevolgen hebben voor de reputatie, met alle negatieve gevolgen van dien.⁷ Daarbij kan men denken aan een verminderde omzet, die weer tot ontslagen kan leiden. Ook zou de beurswaarde van beursgenoteerde bedrijven kunnen verminderen door (berichtgeving over) de strafzaak. Een openbare behandeling van de strafzaak kan, zo is kortom de assumptie, leiden tot verlies van marktwaarde van een bedrijf.
7. Deze assumptie is niet als eerste door de economische politierechter van Rechtbank Rotterdam benut. Het is een breed gedragen gedachte die mede ten grondslag ligt aan de wettelijke regelingen van de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken. Zo betoogde de commissie vermogensstraffen – wiens rapport leidde tot een uitbreiding van de categorie strafbare feiten waarvoor kan worden getransigeerd – dat de verdachte bij een transactie een 'in de regel als zeer pijnlijk ervaren terechtstaan in het openbaar' bespaard wordt.⁸ Bij de Wet vermogenssancties, die volgde op dit rapport, ging ook de minister hiervan uit. De transactie zou namelijk een mogelijkheid zijn indien de verdachte 'de bezwaren van een verdere vervolging bespaard kunnen blijven'.⁹ De assumptie wordt ook niet enkel gehanteerd waar het gaat om de transactie. Ook bij de totstandkoming van de buitengerechtelijke afdoeningswijze van de 'ontnemingschikking' van artikel 511c Sv is dit door de wetgever heel duidelijk gesteld: door het

7 Transacties werden de laatste jaren vooral getroffen met rechtspersonen. Voor de kleinere zaken is de transactie grotendeels vervangen door de strafbeschikking, zie F.P. van Tulder, R.F. Meijer & S.N. Kalidien, 'Van schikking naar strafbeschikking? Een eerste balans', *NJB* 2017, p. 383-392. De transactie lijkt voornamelijk nog relevant voor zover het 'hoge en bijzondere' zaken betreft. Dergelijke transacties worden voornamelijk met rechtspersonen gesloten.

8 Commissie-Vermogensstraffen, *Vermogensstraffen* (eerste interim-rapport), Den Haag: Staatsuitgeverij 1969, p. 79.

9 *Kamerstukken I* 1982/83, 15012, 31a, p. 8 (MvA).

aangaan van een dergelijke schikking blijft de betrokkene een openbare procedure en een bezwarend financieel onderzoek bespaard.¹⁰ De assumptie wordt ook gehanteerd in de literatuur. Zo meent Corstens dat een veroordeling door de strafrechter een stigmatiserend effect heeft, hetgeen een dergelijke veroordeling een sterkere preventieve werking zou geven dan een buitengerechtelijke afdoening.¹¹ Ook Groenhuijsen en Van Kalmthout wijzen op het 'strafkarakter' van het openbaar terechtstaan dat de verdachte bespaard zou blijven met een transactie.¹² Van Asperen de Boer en Van Duijvenbode spreken van een 'openbare berechting met de publieke schande van dien'.¹³

8. Een van de belangrijkste nadelen van een openbare strafzaak zou zijn gelegen in reputatieschade en een verminderende beurswaarde.¹⁴ Zo benoemt Hartmann dat de verdachte door middel van een transactie 'een mogelijk langdurige, publieke en diffamerende gang naar de strafrechter' wordt bespaard, 'hetgeen enorme schade aan geknakte reputatie of kelderende beursnoteringen kan voorkomen'.¹⁵ Marianne Bloos van het Functioneel Parket van het Openbaar Ministerie wijst er als een van de voordelen van een 'schikking' voor een verdachte op dat hem daarmee een 'slepende rechtsgang (...) met alle bijbehorende reputatierisico' bespaard blijft.¹⁶ Het is overigens goed denkbaar dat ook de verdachte rechtspersonen zelf overtuigd zijn of waren van de juistheid van de assumptie. Onderzocht is dat niet.¹⁷ Kort en goed luidt dus de assumptie die in deze bijdrage centraal staat dat een buitengerechtelijke afdoening

10 *Kamerstukken II* 1989/90, 21504, 3, p. 50 (MvT). Zie over de ontnemingschikking o.a. W.S. de Zanger, 'Bijlage 4 Buitengerechtelijke voordeelsontneming', in: M. Oosting e.a., *Het rapport van de onderzoekscommissie ontnemingschikking*, Steenwijk: Bariet 2015, p. 352-366.

11 G.J.M. Corstens, 'Consensualiteit en strafsancities', *AA* 1997, p. 138. Zie ook G.J.M. Corstens, 'Transactie bij misdrijven', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Straffen in gerechtigheid* (gedenkbundel Jonkers), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 74, 78.

12 M.S. Groenhuijsen, A.M. van Kalmthout, 'De wet vermogenssancities en de kwaliteit van de rechtsbedeling', *DD* 1983, p. 22.

13 C.M.I. van Asperen de Boer, M.L. van Duijvenbode, 'Schikkingscultuur in fraudezaken ondermijnt de rechtsontwikkeling', *NJB* 2014, p. 645. Zie ook C.M.I. van Asperen de Boer, M.L. van Duijvenbode, 'Openheid in schikkingspraktijk OM', *NJB* 2015, p. 21.

14 Als ander voordeel van een buitengerechtelijke afdoening wordt erop gewezen dat de zaak daardoor relatief snel kan worden afgedaan. Dat scheelt kosten voor rechtsbijstand en langdurige onzekerheid over de uitkomst van de zaak. Zie Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2014, p. 645 en N.G.H. Verschaeren, 'Betekenisvol straffen', *Strafblad* 2018, p. 562.

15 A.R. Hartmann, 'Voorwoord – Geschiedt of ongeschikt?', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2018, p. 77. Zie ook Verschaeren 2018, p. 563, die stelt dat weinig verschil bestaat tussen de reputatieschade die een rechtspersoon lijdt als gevolg van een transactie en door een strafbeschikking. Zij betoogt: 'Uiteindelijk zal het de rechtspersoon vooral te doen zijn om het voorkomen van een openbaar strafproces.'

16 'Concern moet schuld erkennen voor schikking met het OM', *Financieele Dagblad* 27 februari 2018. Daarnaast wijst zij erop dat op deze manier een relatief snelle en finale beslechting van de zaak plaatsvindt.

17 Mij is geen onderzoek bekend waarin, bijvoorbeeld door middelen van interviews of enquêtes, is onderzocht wat de redenen waren voor het transigeren van strafzaken.

van (een deel van¹⁸) de strafzaak voor de verdachte als voordeel heeft dat geen publiek proces plaatsvindt. In het geval de verdachte een rechtspersoon is, zou op die manier reputatieschade en verlies van beurswaarde kunnen worden voorkomen.

4 *Problematisering van de assumptie*

9. In het huidige tijdsgewricht kan echter worden betwijfeld of het vermijden van de strafrechter inderdaad in alle gevallen gunstiger is voor rechtspersonen. Op het eerste gezicht lijkt ook de transactie te kunnen leiden tot ernstige reputatieschade en verlies van marktwaarde. Na de recordtransactie die ING Bank trof ter voorkoming van vervolging wegens overtreding van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en het verbod op schuldwitwassen,¹⁹ kelderde de beurswaarde van de bank.²⁰ De reputatie van deze bank lijkt fundamenteel aangetast door deze transactie.²¹ Daarnaast zijn er onder invloed van de kritiek op de huidige transactiepraktijk enkele belangrijke wijzigingen doorgevoerd in het transactiebeleid van het OM, waardoor deze vorm van buitengerechtelijke afdoening grotere overeenkomsten is gaan vertonen met een behandeling van de zaak door de strafrechter.
10. Zo meldden ministers Grapperhaus en Dekker naar aanleiding van de kritiek op de transactie met Rabobank in de zaak over de LIBOR/EURIBOR-fraude dat een erkenning door de verdachte van de feiten die het OM stelt, een essentiële voorwaarde is geworden voor het aangaan van een transactie.²² Die erkenning kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat de rechtspersoon meewerkt aan het strafrechtelijk onderzoek, of dat deze zich inspant om nieuwe strafbare feiten te voorkomen. Eerdergenoemde officier van justitie Bloos verwoordt het als volgt: 'geen schulderkenning, geen schikking'.²³ Met dit nieuwe beleid, dat overigens nog niet in de Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties is neergelegd, krijgt de transactie in feite een ander karakter. Van een manier om vervolging en dus schuldvaststelling te voorkomen,

18 De ontnemingschikking ziet enkel op de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, de strafzaak wordt voor het overige niet aangetast door een dergelijke schikking, zie De Zanger 2015, p. 353.

19 Zie over die transactie E. Sikkema, W.S. de Zanger, 'Houston, we have a problem!', <http://blog.ucall.nl/index.php/2018/09/houston-we-have-a-problem-over-de-transactie-die-het-openbaar-ministerie-aanging-met-ing/>, 7 september 2018.

20 Zie *de Volkskrant* op 7 september 2018: 'ING onderuit op de beurs na kritiek om witwasaffaire'.

21 *De Volkskrant* kopte op 5 september 2018 op de voorpagina: 'Imago ING aan diggelen na witwasaffaire'. Zie ook *De Telegraaf* op 6 september 2018: 'Reputatie ING aan diggelen'.

22 *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2207, p. 1-5 en *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2208, p. 3.

23 *Financieele Dagblad* 27 februari 2018, 'Concern moet schuld erkennen voor schikking met het OM'. Zie ook het Jaarbericht OM 2017, p. 9-10 (<https://www.om.nl/@103250/jaarbericht-2017/>). Zie ook het Jaarbericht 2017 van het OM, p. 10, waarin wordt gesteld dat een verdachte een hoge transactie moet 'verdienen' door schuld te erkennen, mee te werken aan het onderzoek en maatregelen te treffen om herhaling te voorkomen.

verwordt de transactie op deze manier tot een afdoening waarbij de verdachte dient te erkennen dat hij ‘fout zat’.²⁴

11. Een andere omstandigheid die de reputatieschade van rechtspersonen mogelijk vergroot, is de sterkere rol van het persbericht over de transactie. Al enige tijd is bepaald dat bij grote en bijzondere transacties altijd persberichten worden verspreid. Op die manier zou het gebrek aan transparantie van transacties kunnen worden gecompenseerd.²⁵ Onderdeel van het nieuwe, nog niet in de Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties vastgelegde beleid is dat deze persberichten steeds uitgebreider worden. In alle gevallen wordt een persbericht uitgebracht dat zo uitgebreid mogelijk is en wordt voorzien van een feitenrelaas. Bovendien zou daarover niet kunnen worden onderhandeld, zo is betoogd door de ministers.²⁶ De verdachte wordt enkel in de gelegenheid gesteld het persbericht en het feitenrelaas op feitelijke onjuistheden te controleren. Deze groeiende openheid over de grond voor en inhoud van de transactie, zal de reputatie en marktwaarde van bedrijven over het algemeen geen goed doen. Wordt met een dergelijk openbaar persbericht, waarin duidelijk wordt wat bedrijven fout hebben gedaan, niet even grote financiële en reputatieschade aangericht als met een openbare strafzaak? Reijntjes benadrukt bijvoorbeeld dat openbaarheid van de sanctie, ook als die in de vorm van een transactie is gegoten, voor de verdachte een defamerend en stigmatiserend karakter heeft. Dat zou voor ondernemers vrijwel altijd ‘slechte reclame’ zijn.²⁷
12. De ministers betogen daarnaast dat ook voor het overige niet wordt onderhandeld over de inhoud van een hoge of bijzondere transactie. Tijdens de besprekingen over een mogelijke transactie zouden hoogstens ‘in lijn met een behandeling ter zitting zienswijzen’ worden uitgewisseld tussen het OM en de verdediging.²⁸ Of inderdaad op geen enkele wijze kan worden onderhandeld, kan niet worden vastgesteld. Ik ben geneigd kritisch te kijken naar dit argument van de ministers. Maar als dit inderdaad het nieuwe transactiebeleid is, doemt de vraag op wat nog de toegevoegde waarde is van een transactie.
13. Die vraag is ook gesteld door strafrechtadvocate Stevens. Nu een transactie alleen nog in beeld komt als de verachte schuld erkent, het OM steeds verdergaande voorwaarden stelt op bijvoorbeeld het gebied van compliance en de persberichten uitgebreider

24 Zie hierover nader E. Sikkema, W.S. de Zanger, ‘Schikken of beschikken. Buitengerechtelijke afdoening van (grote en bijzondere) strafzaken in een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering’, *Platform modernisering strafvordering*, 2019-4.

25 Zie Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties, *Stcrt.* 2008, 209, p. 4.

26 *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2207, p. 5.

27 Annotatie onder HR 13 mei 2005, *NJ* 2005/414, punt 2. Zie ook hierover D.R. Doorenbos, ‘Transacties in het ondernemingsstrafrecht’, *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht* 2003 p. 7, die nog betoogde dat openbaarmaking van een persbericht ongeoorloofd was.

28 *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2207, p. 1-5.

worden, maar niet voor onderhandeling vatbaar zijn, meent zij dat een rechtspersoon niet in alle gevallen zou moeten willen transigeren. Zij wijst erop dat de bedragen in de transactie vaak hoger zijn dan de boete die de rechter bij een veroordeling oplegt voor dergelijke feiten. Bovendien, de bewijsbaarheid van de feiten is wellicht aanvechtbaar. Daarnaast kan een schulderkenning voor bedrijven voor problemen zorgen bij financieringstrajecten, vergunningaanvragen en aanbestedingsprocedures.²⁹ Het enige voordeel van ‘schikken’ lijkt dan nog te zijn dat de verdachte (relatief) snel duidelijkheid krijgt over de uitkomst van de zaak.³⁰

14. In dit licht is het wellicht een teken aan de wand dat accountantskantoor EY een transactievoorstel heeft geweigerd in de zaak aangaande de mogelijke betrokkenheid bij het verhullen van ongebruikelijke transacties door het bedrijf Vimpelcom.³¹ Waarom EY het aanbod heeft geweigerd is tot op heden niet duidelijk, maar bestuursvoorzitter Coen Boogaart laat weten dat EY de rechtszaak toejuicht. Omdat het om moeilijke materie gaat, ziet het bedrijf graag dat een rechter erover oordeelt.³² Naar aanleiding van deze zaak schrijft Scheltema Beduin, destijds voorzitter van Transparency International Nederland, dat de negatieve publiciteit, reputatierisico’s en kosten van een rechtszaak ‘niet geheel vermeden’ worden door met een transactie vervolging af te kopen. Immers, ook het vooronderzoek, berichten in jaarrapporten en bedragen die bedrijven reserveren voor toekomstige schikkingen kunnen daar een negatieve invloed op hebben. Daarnaast zijn er natuurlijk nog het persbericht en het gepubliceerde feitenrelaas.³³ Gezien het huidige beleid van het Openbaar Ministerie is het al met al de vraag of de besproken assumptie (nog) wel berust op de waarheid. Er is daarom genoeg reden om eens met een empirische lens te kijken naar die assumptie. Lopen bedrijven inderdaad meer reputatieschade op door een openbare strafzaak dan met een buitengerechtelijke afdoening?

5 *Toetsbaarheid van de assumptie*

15. Voordat ik in de volgende paragraaf verslag doe van mijn literatuuronderzoek naar het waarheidsgehalte van de hier centraal staande assumptie, moet een belangrijke,

29 Er kan bovendien nog worden gewezen op de recent door de Tweede Kamer aangenomen motie om de rechter een controlerende en rechtsbeschermende rol te geven bij de totstandkoming van hoge en bijzondere transacties, zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 VI, 51.

30 M. Stevens, ‘Liever naar de rechter dan veroordeeld door het Openbaar Ministerie’, *Financieele Dagblad* 7 maart 2018.

31 *Financieele Dagblad* 4 april 2018, ‘Accountantskantoor EY weigert schikking Vimpelcom-affaire’.

32 H. China-A-Fo, T. van der Heijden, ‘EY vervolgd in zaak rond omkoping bij Vimpelcom’, *NRC* 3 april 2018.

33 A. Scheltema Beduin, ‘EY wijst schikking af en moet voor de rechter verschijnen: een slimme zet?’, www.transparency.org, 10 april 2018.

methodologische kanttekening worden gemaakt. Het is niet mogelijk om met zekerheid vast te stellen dat de marktwaarde die een rechtspersoon verliest door een buitengerechtelijke afdoening kleiner is dan het verlies dat wordt geleden door een openbare terechtzitting. Het is onmogelijk om een daadwerkelijke vergelijking te maken tussen de gevolgen van buitengerechtelijke afdoeningen en oordelen van de strafrechter. Een zaak die met een transactie is afgedaan, komt immers niet meer voor de rechter en *vice versa*.³⁴ Een onderzoek naar de effecten van beide vormen van afdoening waarin de omstandigheden geheel gelijk zijn (denk aan de aard van de berichtgeving, de strafbare feiten en de hoogte van de sanctie), is daarom niet mogelijk. Dat betekent dat er op zijn best bij benadering verslag kan worden gedaan van het verschil tussen de schade als gevolg van beide wijzen van afdoening.

6 *Empirische grondslag van de assumptie*

16. Een eerste stap in het onderzoek naar de empirische basis van de vastgestelde assumptie, is deze te operationaliseren. Vooral het begrip ‘reputatieschade’ dient daarbij nader ingekleurd te worden. Economen hebben op verschillende manier onderzoek gedaan naar de relatie tussen de reputatie van een bedrijf en gebeurtenissen die daar mogelijk invloed op hebben. Een van de meest ontwikkelde stromingen hierbinnen onderzoekt de relatie tussen reputatie, gebeurtenissen die daar invloed op (kunnen) uitoefenen en de financiële prestaties van het bedrijf. Daarbij kunnen factoren zoals de prijs van de aandelen van dat bedrijf relevant zijn. Onderzocht wordt bijvoorbeeld of, en zo ja hoe berichtgeving over onethisch gedrag door een bedrijf invloed uitoefent op de beurswaarde (‘stock market reaction’) van dat bedrijf. De gedachte hierachter is dat beleggers een goede inschatting kunnen maken van de financiële gevolgen van een bepaalde gebeurtenis voor het desbetreffende bedrijf.
17. Zo hebben Carberry, Engelen en Van Essen in kaart gebracht hoe de beurs reageerde op berichtgeving over 345 gevallen van onethisch gedrag door bedrijven in vijf Europese landen.³⁵ Daarbij differentieerden zij naar fases en gedetailleerdheid van de berichtgeving in de media en ook naar de fase van het proces waarover werd bericht. Deze onderzoekers verwijzen naar eerdere onderzoeken die in verschillende disciplines

34 Op grond van art. 12 Sv kan een direct belanghebbende wel beklag doen bij het gerechtshof over de niet- vervolging van de verdachte. Zie in het kader van de Rabobank-transactie: Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204, waarin tevergeefs een dergelijk beklag werd ingesteld.

35 E.J. Carberry, P.-J. Engelen, M. van Essen, ‘Which Firms Get Punished for Unethical Behavior? Explaining Variation in Stock Market Reactions to Corporate Misconduct’, *Business Ethics Quarterly* 2018 (28), p. 119-151.

zijn uitgevoerd. Resultaten uit de velden van *business ethics*,³⁶ *finance*,³⁷ rechtseconomie³⁸ en management³⁹ zouden alle empirisch bewijs leveren dat investeerders negatief reageren op wangedrag door bedrijven ('corporate misconduct').⁴⁰ De resultaten uit dergelijk onderzoek kunnen ons wellicht iets leren over het waarheidsgehalte van de assumptie dat een buitengerechtelijke afdoening minder reputatieschade oplevert dan een behandeling door de rechter.

18. Dát de indirecte kosten van reputatiebedreigende gebeurtenissen voor een bedrijf groot kunnen zijn, blijkt onomstotelijk uit economisch onderzoek. Zo bleek uit onderzoek dat Karpoff, Lee en Martin in 2008 publiceerden dat de kosten die het rechtssysteem bedrijven toebracht als reactie op financiële fraude ('financial misrepresentation') door die bedrijven, naar schatting 7,5 keer zo laag waren als de kosten die deze bedrijven leden door de reputatieschade als gevolg daarvan. Deze 'reputational penalty' definieerden zij als schade als gevolg van minder verkoop en hogere *contracting*- en financieringskosten.⁴¹
19. Later gepubliceerde onderzoeksresultaten laten eveneens zien dat de reputatieschade vaak groter is dan de directe kosten van het wangedrag van bedrijven.⁴² Deze kosten verschillen overigens aanzienlijk naar gelang de strafbare feiten die bedrijven begaan: delicten waarbij het slachtoffer niet de directe 'counterparty' van het bedrijf is, zoals milieudelicten, leveren minder reputatieschade op dan delicten waarvan directe wederpartijen (zoals klanten) de dupe zijn.⁴³ Ook omkopingsdelicten die in het buitenland zijn gepleegd leveren relatief weinig reputatieschade op.⁴⁴ Dat laatste lijkt zeer relevant voor enkele van de grootste transacties die de afgelopen jaren in Nederland zijn overeengekomen. De schikkingen met SBM Offshore, Ballast Nedam

36 J. Frooman, 'Socially irresponsible and illegal behavior and shareholder wealth: A meta-analysis of event studies', *Business & Society* 1997 (36), nr. 3, p. 221-249.

37 J.M. Karpoff, D.S. Lee, G.S. Martin, 'The cost to firms of cooking the books', *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 2008 (43), nr. 3, p. 581-611.

38 C.R. Alexander, 'On the nature of the reputational penalty for corporate crime: Evidence', *Journal of Law and Economics* 1999 (42), p. 489-526.

39 J.J. Janney, S. Gove, 'Reputation and corporate social responsibility aberrations, trends, and hypocrisy: Reactions to firm choices in the stock option backdating scandal', *Journal of Management Studies*, 2011(48), p. 1562-1585.

40 Carberry e.a. 2018, p. 120.

41 J.M. Karpoff, D.S. Lee, G.S. Martin, 'The Cost to Firms of Cooking the Books', *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 2008 (43), p. 581-611.

42 J.M. Karpoff, 'Does Reputation Work to Discipline Corporate Misconduct?', in: M.L. Barnett, T.G. Pollock, (red.), *The Handbook of Corporate Reputation*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 361-382 en J.M. Karpoff, 'The grey areas of firm behaviour: an economic perspective', *Socioeconomic Review* 2014, p. 171.

43 C.R. Alexander, 'On the nature of the reputational penalty for corporate crime: evidence', *The Journal of Law and Economics* 1999, p. 522-523 en Karpoff 2012. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het voorspiegelen van valse financiële resultaten of het oplichten van consumenten.

44 J.M. Karpoff, D.S. Lee, G.S. Martin, 'Foreign Bribery: Incentives and Enforcement', 2017 beschikbaar op: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1573222>.

- en met verschillende partijen in de zaak Vimpelcom betroffen alle (delicten rondom) de omkoping van buitenlandse ambtenaren.⁴⁵
20. Ook uit het in 2015 door econome Gatzert gepubliceerde literatuuronderzoek blijkt onomstotelijk dat de reputatieschade en de financiële schade sterk kunnen worden beïnvloed door strafrechtelijke gebeurtenissen. Zij bracht empirische onderzoeken die hebben geleid tot 267 wetenschappelijke publicaties in kaart.⁴⁶ Daarbij selecteerde zij publicaties die zien op de relatie tussen de reputatie van bedrijven op (i) de financiële prestaties van die bedrijven en op (ii) het gedrag van stakeholders, en van gebeurtenissen die de reputatie aantasten ('reputation damaging events') op (iii) de reputatie en (iv) de financiële prestaties van die bedrijven. De twee laatstgenoemde relaties zouden relevant kunnen zijn voor de invloed van een gerechtelijke of buitengerechtelijke procedure. In alle door Gatzert geraadpleegde publicaties werd een significant effect gevonden voor de genoemde vier relaties. De invloed van reputatie-aantastende gebeurtenissen bleek vooral sterk te verschillen naar gelang het *type* gebeurtenis. De ernstigste financiële en reputatieschade werd daarbij veroorzaakt door frauduleuze en strafrechtelijke gebeurtenissen. Als andere relevante factoren werd gewezen op bijvoorbeeld het type bedrijfshandelingen ('type of industry'), de eigenschappen van het bedrijf en het land waarin het bedrijf opereert.⁴⁷ Strafzaken kunnen dus duidelijk een invloed hebben op de reputatie en de financiële prestaties van bedrijven. Maar in hoeverre datzelfde geldt voor buitengerechtelijke afdoening van strafzaken, blijkt niet uit het overzicht van Gatzert: zij differentieert niet naar wijze van afdoening van een strafrechtelijke verdenking.
 21. Opvallend is dat in *geen* van de door mij geraadpleegde onderzoeken onderscheid wordt gemaakt naar de vorm van juridische procedure die werd gevolgd. De buitengerechtelijke afdoening van zaken wordt in dit type onderzoek vooralsnog niet meegenomen, althans niet onderscheiden en apart benoemd, als een factor die dient te worden onderscheiden van een afdoening door de rechter. Het lijkt hier, kortom, te gaan om een onderwerp dat binnen deze discipline(s) geen bijzondere aandacht geniet.
 22. Eén aanwijzing voor het waarheidsgehalte van de in deze bijdrage centraal staande assumptie kan wellicht worden afgeleid uit onderzoek dat werd gedaan naar (onder

45 Zie daarover J.I.P. Hofstee, 'Buitenlandse corruptie in Nederland en de VS: een geschikte aanpak?', *TBS&H* 2017, p. 28-35 en F. Haijer, E. Sikkema, 'Amerikanisering van corruptiebestrijding. Buitengerechtelijke afdoening en andere tendensen in de handhaving van anticorruptiewetgeving', *TBS&H* 2018, p. 68-77.

46 N. Gatzert, 'The Impact of Corporate Reputation and Reputation Damaging Events on Financial Performance: Empirical Evidence from the Literature', als working paper gepubliceerd op: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2576627 (september 2015). Het artikel is gepubliceerd in *European Management Journal*, maar dat heb ik niet kunnen raadplegen, zodat ik in het navolgende verwijs naar het genoemde working paper.

47 Gatzert 2015, p. 23.

andere) de reputatieschade als gevolg van civielrechtelijke *class actions*. De aankondiging van een dergelijke rechtszaak door gedupeerde investeerders bleek significant meer reputatieschade aan te richten dan de aankondiging van een schikking van een dergelijke zaak.⁴⁸ In hoeverre die bevinding kan worden doorgetrokken naar de berechting van strafzaken, staat echter ter discussie. Verder is mogelijk relevant dat de duur van de marktreactie relevant is voor de omvang daarvan, zo blijkt uit een van de publicaties waar Gatzert in haar literatuuronderzoek naar verwijst. Uit een studie van Biell en Muller blijkt namelijk dat een korte schok (op de beurs) over het gedrag van het bedrijf qua financieel verlies een minder grote impact heeft op de marktreactie dan een lange marktreactie.⁴⁹ Dat zou kunnen impliceren dat als langduriger berichtgeving leidt tot een langer durende marktreactie, het totale beursverlies inderdaad groter is. Het voordeel van een transactie zou zo gezien kunnen zijn dat de berichtgeving daarover een ‘korte klap’ is, in plaats van een uitgebreid verslag in de media gedurende een slepend strafproces.

23. De media-aandacht voor de afdoening van een strafzaak (als reputatie beïnvloedende factor) lijkt dus belangrijk. Daarom is het wellicht relevant om nogmaals te kijken naar het recente onderzoek van economen Carberry, Engelen en Van Essen naar de relatie tussen mediaberichtgeving en de marktwaarde van bedrijven. Zij onderzochten, zoals gezegd, 345 gevallen van berichtgeving over onethisch gedrag van bedrijven in twintig kranten, waarbij het in totaal ging om 937 nieuwsberichten. Die koppelden zij onder andere aan beursinformatie die afkomstig was van Thomson Reuters Datastream.⁵⁰ In de berichtgeving over de juridische afhandeling differentieerden zij naar verschillende fases: de geruchtenfase (*rumor stage*), het formele onderzoek (*formal investigation*), de fase van de berechting (*court phase*) en van de veroordeling (*conviction*). De resultaten van hun onderzoek lieten zien dat investeerders negatief reageren op berichtgeving in de geruchtenfase, maar dat effect bleek niet altijd significant. Berichtgeving in de fase van het formele onderzoek bleek *wel* in alle gehanteerde modellen een significante invloed te hebben op het gedrag van investeerders.⁵¹ Dergelijk onderzoek kan leiden tot zowel een rechtszaak als een buitengerechtelijke afdoening, en naar die vervolgstap is nu net geen onderzoek gedaan. Ook dit onderzoek geeft dus geen sluitend antwoord op de vraag naar het waarheidsgehalte van de in deze bijdrage geproblematiseerde assumptie. Opvallend is bovendien dat Carberry en zijn medeonderzoekers geen significant effect vonden van de omvang van de

48 Karpoff e.a. 2008, p. 592.

49 L. Biell, A. Muller ‘Sudden Crash or Long Torture: The Timing of Market Reactions to Operational Loss Events’, *Journal of Banking & Finance* 2013 (37), p. 2628-2638.

50 Carberry e.a. 2018, p. 132.

51 Carberry e.a. 2018, p. 135-136.

media-aandacht op de beursreactie, zodat de hoeveelheid media-aandacht op het eerste gezicht toch niet doorslaggevend lijkt.

7 *Uitleiding: en nu?*

24. Wat betekent deze wankel empirische basis van de assumptie nu? Deze brengt wellicht met zich dat rechtspersonen minder snel geneigd zouden moeten zijn om in te stemmen met een transactie. Er lijkt immers geen hard bewijs voorhanden dat de reputatie en marktwaarde van een bedrijf minder geschaad zouden worden door een buitengerechtigde afdoening. Het tegendeel staat echter ook geenszins vast. Het is naar mijn mening niet ondenkbaar dat de langere duur van een openbare behandeling van een strafzaak, die mogelijk leidt tot langere en uitgebreidere media-aandacht, inderdaad een grotere reputatieschade en sterkere reactie van de aandelenmarkt teweegbrengt.⁵²
25. Daarbij komt nog dat grote rechtspersonen als Rabobank en ING misschien moeten vrezen voor een beursreactie als gevolg van de berichtgeving over hun vermeende strafbare feiten, maar het niet gezegd is dat die vrees even groot hoeft te zijn voor een kleinere, minder bekende rechtspersoon. Bezien wij bijvoorbeeld de hoge en bijzondere transacties die het OM na 1 januari 2012 ter beoordeling heeft voorgelegd aan de minister, dan laat een simpele zoekactie op het internet zien dat lang niet al die transacties hebben geleid tot uitgebreide berichtgeving in de media.⁵³ Daarnaast worden er, de invoering van de strafbeschikking ten spijt, ook nog transacties overeengekomen die niet vallen onder het bereik van de Aanwijzing hoge en bijzondere transacties.⁵⁴
26. Ik keer terug naar de uitspraak van Rechtbank Rotterdam waarmee deze bijdrage begon. In die zaak was duidelijk dat de verdachte een openbare terechtzitting wilde voorkomen. Hij wilde immers het gestelde transactiebedrag voldoen. Of die wens was ingegeven door mogelijke reputatieschade of verlies van aandelenwaarde, is op basis van het mij beschikbare materiaal niet vast te stellen. Datzelfde geldt in algemene zin voor het waarheidsgehalte van de assumptie die in deze annotatie centraal heeft gestaan. Op basis van empirische inzichten uit de economie kan momenteel geen

52 Zo stelt een compliance-expert die ten tijde van de transactie met SBM Offshore door dat bedrijf was ingehuurd: 'Het is even een zure appel voor een bedrijf dat schikt, maar daarna gaat alles weer z'n gangetje. Terwijl een rechtszaak je hele reputatie naar de bliksem helpt', zie *NRC Handelsblad*, 'Geen rechter, wel de schandpaal', 13 november 2014.

53 Als gevolg van een verzoek in het kader van de Wet openbaarheid van bestuur door journalisten van *Zembla* is informatie naar buiten gebracht over 32 hoge of bijzondere transacties. Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/09/14/tk-besluit-op-wob-verzoek>.

54 Het Jaarbericht 2017 van het OM maakt op p. 31 melding van 8.700 transacties in dat jaar.

eenduidig antwoord worden gegeven op de vraag welke wijze van afdoening de meeste schade berokkent aan de reputatie en de marktwaarde van een rechtspersoon.

27. Indien we meer willen weten over het hoe en waarom van buitengerechtelijke afdoening, is daarom vereist dat op dit gebied meer empirisch onderzoek wordt verricht. Ook andere aspecten kunnen immers van belang zijn bij de keuze voor een wijze van afdoening. Zo is het goed denkbaar dat bedrijven ‘eieren voor hun geld kiezen’ door op een buitengerechtelijke afdoening van hun strafzaak af te sturen en niet de onzekere uitkomst van een rechtszaak af te wachten. Zij kunnen zodoende procesrechtelijke kansen ‘weg schikken’ door middel van een transactie.⁵⁵ Om de motieven in kaart te brengen, kunnen verschillende typen onderzoek worden gehanteerd. Bestuurders en huisjuristen van rechtspersonen die hun strafzaak buiten de rechter om hebben afgedaan zouden kunnen worden gevraagd naar hun beweegredenen voor die keuze. Economen zouden, net als is gebeurd voor verschillende fases van het bekend worden van *misconduct*, een analyse kunnen maken van de beursreactie die het gevolg is van (het bekend worden van) een buitengerechtelijke afdoening van een strafzaak, en die mogelijkwijs kunnen vergelijken met de beursreactie die zich in vergelijkbare zaken voordoet waarin *wel* een gang naar de rechter werd gemaakt. Pas als meer van dergelijk onderzoek is verricht, kan beter in kaart worden gebracht welke factoren een rol spelen bij de keuze voor een wijze van afdoening van strafzaken.⁵⁶ Tot die tijd verkeren we in feite in onwetendheid over de keuze die rechtspersonen maken voor een al dan niet buitengerechtelijke afdoening van hun strafzaak, en over het waarheidsgehalte van de argumenten die daaraan ten grondslag liggen.

55 Vgl. T. van Roomen & A. Verbruggen, ‘Corruptie: status quo en de toekomst’, *TBS&H* 2015, p. 229.

56 Eerder heeft Corstens (1997, p. 138) al gepleit voor meer empirisch onderzoek naar de effecten van buitengerechtelijke afdoening. Hij verwachtte dat van een gerechtelijke afdoening een sterkere preventieve werking zou uitgaan.

4 ‘DEFENSIVE JOURNALISM’ EN HET ‘CHILLING EFFECT’ IN DE JOURNALISTIEK: FEIT OF NEPFEIT?

*I. Giesen**

UITSpraak

Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3532 (*TROS/Pretium*)

KERNOVERWEGINGEN¹

5. Kernvraag in de onderhavige zaak is of Tros, zoals de rechtbank in haar vonnis heeft beslist, op grond van artikel 843a Rv gehouden kan worden om het volledige beeld- en geluidsmateriaal dat zij tijdens de infiltratie van het callcenter heeft verkregen aan Pretium ter beschikking te stellen. Tros betwist dit. Zij beroept zich ter bescherming van haar ruwe beeld- en geluidsmateriaal op artikel 10 EVRM, en stelt – kort samengevat – dat de rechtbank ten onrechte heeft nagelaten te onderzoeken of voldaan is aan de in dit artikel genoemde waarborgen en ten onrechte heeft nagelaten om de wederzijdse belangen af te wegen. Voorts heeft de rechtbank volgens Tros ten onrechte geoordeeld dat Pretium een voldoende rechtmatig belang heeft bij afgifte van een afschrift van het ruwe beeld- en geluidsmateriaal, en dat ook overigens voldaan is aan alle vereisten van artikel 843a Rv. Het hof overweegt hierover het volgende.
6. Ingevolge de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geniet een journalistieke bron bescherming op grond van artikel 10 EVRM, een journalist hoeft de identiteit van die bron niet te onthullen. Bij een journalistieke bron in klassieke zin, gaat het – kort gezegd – om een onbekend te blijven informant. In de voorliggende zaak is geen sprake van de bescherming van een journalistieke bron in klassieke zin; Tros stelt zich echter op het standpunt dat ook het door haar verkregen journalistiek (beeld en geluids-)materiaal onder de bescherming van artikel

* Prof. mr. I. Giesen is als hoogleraar Privaatrecht verbonden aan Ucall en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht. Hij dankt de leden van ‘Ucall’s Empire’, de themagroep binnen Ucall die zich op de empirische rechtsbeoefening richt, voor het kritisch meedenken over dit project.

1 De onderstrepingen hierna zijn van de auteur.

10 EVRM valt. Het EHRM heeft in dat kader in de zaak Nordisk Film & TV A/S t. Denemarken (EHRM 8 december 2005, zaaknummer 40485/02), waarin – net als in de onderhavige zaak – sprake was van een vordering tot afgifte van journalistiek materiaal dat was opgenomen met een verborgen camera, geoordeeld dat de gefilmde betrokkenen niet konden worden aangemerkt als journalistieke bron. Het heeft daaraan echter toegevoegd dat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ook in deze situaties artikel 10 EVRM mogelijk van toepassing is, overwegende dat de afgifte van journalistiek onderzoeksmateriaal een beperkend effect ('chilling effect') kan hebben op de uitoefening van persvrijheid. De bescherming onder artikel 10 EVRM is volgens het EHRM in dergelijke gevallen echter minder verstrekkend dan als het gaat om de bescherming van een journalistieke bron, omdat het bij de bescherming van een journalistieke bron niet slechts gaat om een bescherming van de journalist, maar ook en in het bijzonder om de bescherming van de bron die vrijwillig de pers informeert over zaken van een publiek belang.

7. Het hof is, onder verwijzing naar het Nordisk-arrest van het EHRM, van oordeel dat het beeld- en geluidsmateriaal dat Tros tijdens de infiltratie van het callcenter heeft verkregen valt onder de bescherming van het recht op vrije meningsuiting en vrije nieuwsgaring als bedoeld in artikel 10 EVRM. Het betreft onderzoeksmateriaal dat verkregen is door een journalist bij zijn onderzoek naar een mogelijke maatschappelijke misstand, namelijk de mogelijk onzorgvuldige/agressieve wijze van telefonische klantenwerving door Pretium. Voor persvrijheid, die essentieel is in een democratische samenleving en die zo min mogelijk moet worden beperkt, is vereist dat een journalist in beginsel vrij is en zich vrij moet voelen om onderzoek te doen naar bijvoorbeeld maatschappelijke misstanden. Het gebruik van een verborgen camera kan in uiterste gevallen noodzakelijk zijn om deze misstanden op overtuigende wijze aan de kaak te kunnen stellen. Het hof acht het denkbaar dat een gedwongen afgifte van met een verborgen camera gemaakte opnames een 'chilling effect' zal hebben op de uitoefening van de persvrijheid, in die zin dat – zoals Tros ook heeft aangevoerd in hoger beroep – journalisten als gevolg van de dreiging van een gedwongen afgifte van de opnames terughoudender zullen worden met het gebruik van deze onderzoeksmethode, als gevolg waarvan sommige (ernstige) misstanden niet meer openbaar zullen worden. Aannemelijk is dat journalisten er om diverse – niet op voorhand ongegronde – redenen ernstig bezwaar tegen zullen hebben om de met de verborgen camera gemaakte opnames integraal af te geven aan bijvoorbeeld justitie of, zoals in dit geval, het bedrijf tegen wie het onderzoek naar de maatschappelijke misstand is gericht. Door de afgifte van de integrale opnames worden immers ook beelden bekend die door de journalist bewust niet zijn geselecteerd om te gebruiken in de uitzending, en wordt ook de onderzoeksmethode van de journalist voor derden zichtbaar. Daar komt nog bij dat de opnames naar hun aard beelden zullen bevatten van personen die, zich

onbewust van het feit dat zij werden gefilmd, dingen hebben gedaan of gezegd waarvan aannemelijk is dat zij, met het oog op hun privacy, niet willen dat deze verder bekend worden. Niet onaannemelijk is dat deze personen, indien de opnames toch bekend worden, de pers in zijn algemeenheid en de betreffende journalist in het bijzonder verantwoordelijk zullen houden voor het bekend worden van de beelden en de mogelijke represailles of andere schadelijke gevolgen die daarvan het gevolg kunnen zijn. Dit alles kan ertoe leiden dat journalisten minder snel zullen besluiten tot het doen van onderzoek naar een maatschappelijke misstand die slechts met behulp van een verborgen camera op overtuigende wijze aan de kaak kan worden gesteld.

8. De door Pretium gevorderde afgifte van het volledige beeld- en geluidmateriaal vormt derhalve een inbreuk op artikel 10 EVRM. Een dergelijke inbreuk is slechts gerechtvaardigd indien deze bij wet is voorzien en, met inachtneming van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, noodzakelijk in een democratische samenleving. Aangezien artikel 843a Rv de bevoegdheid geeft tot een dergelijke inbreuk, is deze inbreuk naar het oordeel van het hof bij wet voorzien. Uit het bovenstaande vloeit voort dat de vordering van Pretium tot afgifte van het volledige beeld- en geluidmateriaal door Tros op grond van artikel 843a Rv moet worden beoordeeld met inachtneming van de bescherming van de opnames onder artikel 10 EVRM.
9. Ingevolge artikel 843a Rv is degene die de gegevens onder zich heeft niet gehouden aan een vordering tot afgifte te voldoen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, en ook niet indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd. Voor dat laatste dient allereerst te worden vastgesteld dat sprake is van bewijsnood bij de eisende partij, waarvoor geëist mag worden dat alle andere bewijsmiddelen, zoals het horen van getuigen, afwezig zijn of zijn uitgeput. Bij de verdere beoordeling dient voorts mede te worden onderzocht of het noodzakelijk is dat het volledige materiaal wordt verstrekt, of dat met een minder verstrekkende maatregel kan worden volstaan.
10. Vast staat dat Pretium, in het kader van de waarheidsvinding, geen getuigen heeft doen horen. Zij heeft in de onderhavige procedure gesteld dat dat geen alternatief vormt, omdat de getuigen zich na twee jaar niet meer goed zullen kunnen herinneren op welke wijze de infiltrant precies te werk is gegaan. Bovendien zullen alle nuances verloren gaan in een getuigenverhoor, terwijl Pretium recht heeft op een objectieve weergave. De onrechtmatigheid van de – volgens Pretium – vergaande beeldmanipulatie en uitlokking kan volgens haar niet anders worden beoordeeld en vastgesteld dan door kennismaking van het volledige ruwe opnamemateriaal en door vergelijking met het in de Radar-uitzending vertoonde beeld- en geluidmateriaal. Het hof deelt dit standpunt niet. Het hof ziet niet in waarom Pretium geen bewijs kan leveren door het doen horen van de cursusleider en de callcenter-cursisten als getuigen. Zij kunnen immers uit eigen wetenschap verklaren over de vraag of de in de Radar-

uitzending uitgezonden beelden al dan niet overeenstemmen met hun herinneringen aan hetgeen tijdens de cursus in het callcenter is besproken. Ook kunnen zij uit eigen wetenschap verklaren over de vraag of de in de Radar-uitzending aan de kaak gestelde wijze van telefonische klantenwerving van Pretium al dan niet overeenstemt met de daadwerkelijke werkwijze ten tijde van de opnames. Pretium is bekend met de naam van de betreffende cursusleider die dag, die uit eigen wetenschap kan verklaren over feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid of de infiltrant zich jegens hem schuldig heeft gemaakt aan uitlokking van bepaalde uitspraken. Aangenomen mag worden dat bij Pretium ook de namen van de andere callcenter-cursisten bekend zijn althans dat zij die namen op eenvoudige wijze kan achterhalen. Dat er op het moment dat Pretium haar 843a Rv-vordering instelde reeds twee jaar was verstreken, maakt nog niet dat de getuigen geen goede herinnering meer aan die dag zouden hebben. Pretium had deze mogelijkheid in elk geval kunnen en moeten benutten alvorens haar vordering ex artikel 843a Rv in te stellen.

11. Uit het bovenstaande volgt dat voor toewijzing van de vordering van Pretium tot afgifte van het volledige beeld- en geluidsmateriaal door Tros op de voet van artikel 843a Rv naar het oordeel van het hof geen plaats is, reeds omdat niet redelijkerwijs aangenomen kan worden dat Pretium het bewijs van de door haar gestelde uitlokking en beeldmanipulatie niet op andere wijze zou kunnen leveren. Dat Pretium in bewijsnood verkeert kan niet worden vastgesteld.
12. De grieven in het principaal appel zijn in zoverre gegrond, en behoeven voor het overige geen verdere bespreking. Het hof zal het tussenvonniss van de rechtbank van 2 februari 2011, waarin Tros is veroordeeld tot afgifte van het beeld- en geluidsmateriaal aan Pretium, vernietigen, met inbegrip van de aan deze veroordeling verbonden dwangsom.

ANNOTATIE

1 *Inleiding*

1. De hier te bespreken uitspraak van Hof Den Haag² draait juridisch om een aantal belangrijke kwesties gerelateerd aan de vrijheid van meningsuiting. De feitelijke kernvraag was of een tv-uitzending door de (toen nog) TROS waarin opnames te zien waren die met een verborgen camera waren gemaakt, als onrechtmatige daad kon worden bestempeld. Rondom dat kerngeschil ontspoon zich een processuele strijd over de vraag of de vordering tot afgifte van het volledige beeld- en geluidsmateriaal

2 Zie Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3532 (*TROS/Pretium*).

door Pretium (de door het programma 'aangesproken' partij) op grond van artikel 843a Rv toewijsbaar was, waarbij de mogelijkheden tot vergaring van bewijs en artikel 10 EVRM, inzake het recht op vrije meningsuiting en vrije nieuwsgaring, afgewogen moesten worden. Het hof beslist dat voor toewijzing van de vordering van Pretium tot afgifte van het volledige beeld- en geluidsmateriaal door TROS geen plaats is. Dat oordeel blijft in cassatie bij de Hoge Raad glansrijk overeind.³ Prima arrest dus, niets mis mee, toch?

2. Ik wil het oordeel van het hof hier toch bespreken omdat het hof een interessante assumptie benut in de redenering om de vordering van Pretium af te wijzen, die – minst genomen – niet evident waar is als deze met een empirische bril wordt bekeken,⁴ alleen al omdat die twijfel voor vergelijkbare assumpties op andere terreinen ook geldt.⁵ Het gaat mij dan om de frase, ook onderstreept in de weergave hiervoor, dat het hof het denkbaar acht 'dat een gedwongen afgifte van met een verborgen camera gemaakte opnames een 'chilling effect' zal hebben op de uitoefening van de persvrijheid, in die zin dat (...) journalisten als gevolg van de dreiging van een gedwongen afgifte van de opnames terughoudender zullen worden met het gebruik van deze onderzoeksmethode, als gevolg waarvan sommige (ernstige) misstanden niet meer openbaar zullen worden.' Eenzelfde daaraan verbonden (verondersteld) 'chilling effect' zou men zich kunnen voorstellen als het – een stapje verder in het verloop van een dispuut over het werk van een journalist, en een stap die overigens ook in casu aan de orde was – om de mogelijke aansprakelijkheid van journalisten op grond van een onrechtmatige daad gaat, want de kwestie van de bronbescherming vormt uiteraard een voorportaal ten opzichte van de vraag naar de mogelijke aansprakelijkheid van een journalist bij – kort gezegd – foutieve berichtgeving. Laten we dit verder de assumptie van het 'chilling effect'⁶ van civielrechtelijke aansprakelijkheid van journalisten noemen. Om die journalistieke fouten bloot te kunnen leggen, en daarmee tot aansprakelijkheid te komen, zal inzicht in die bronnen nodig zijn, vandaar ook de pogingen om – algemeen gesproken – die bronnen te kunnen en mogen ontsluiten.

3 Zie HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2518 (*Pretium/AVROTROS*).

4 Zie ook de twijfels over de juistheid van de hier ter discussie gestelde assumptie bij L. Kendrick, 'Speech, Intent, and the Chilling Effect', 54 *Wm. & Mary L. Rev.* 1633 (2013), op p. 1637-1639.

5 De mogelijke/veronderstelde gedragseffecten van de regels van aansprakelijkheidsrecht staan in breder verband ter discussie, vgl. bijv. G. van Dijck, 'Doe maar een cursusje empirisch-juridisch onderzoek', *AA* 2018, p. 102-104, met verwijzingen, en voor toezichthouders J. Trebus & G. van Dijck, 'Effecten van aansprakelijkheid op het handelen van de AFM empirisch onderzocht', *AV&S* 2014/15. Gedragseffecten bij (Nederlandse) medici worden momenteel onderzocht in het dissertatie-onderzoek van Shosha Wiznitzer aan de UU.

6 Voor een analyse van die term, zie F. Schauer, 'Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect', 58 *B. U. L. Rev.* 685 (1978), p. 689-694.

2 *Goed voorbeeld doet goed volgen... (?)*

3. Ik begin met de vooropstelling dat het op zichzelf niet echt vreemd te noemen is dat Hof Den Haag van deze assumptie uitgaat;⁷ men volgt immers het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en verwijst daar ook naar.⁸ In de daarbij genoemde zaak, *Nordisk Film/Denemarken*,⁹ een beslissing betreffende de ontvankelijkheid van de klacht, overweegt het Straatsburgse Hof: ‘The Court does not dispute that Article 10 of the Convention may be applicable in such a situation and that a compulsory hand over of research material *may have a chilling effect* on the exercise of journalistic freedom of expression (see, mutatis mutandis, *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 114, ECHR 2004-...). However, this matter can only be properly addressed in the circumstances of a given case.’ (mijn curs., IG). Als vervolgens de interne verwijzing naar de eerdere zaak *Cumpănă*¹⁰ opgevolgd wordt, leest men daar dat het hof blijkbaar erg veel waarde hecht aan wat ik tot nu toe de assumptie van het ‘chilling effect’ heb genoemd. Daar heet het immers, in niet mis te verstane bewoordingen:

‘113. Although the Contracting States are permitted, or even obliged, by their positive obligations under Article 8 of the Convention (see paragraph 91 *in fine* above) to regulate the exercise of freedom of expression so as to ensure adequate protection by law of individuals’ reputations, they must not do so in a manner that unduly deters the media from fulfilling their role of alerting the public to apparent or suspected misuse of public power (see paragraph 93 above). Investigative journalists are liable to be inhibited from reporting on matters of general public interest – such as suspected irregularities in the award of public contracts to commercial entities – if they run the risk, as one of the standard sanctions imposable for unjustified attacks on the reputation of private individuals, of being sentenced to imprisonment or to a prohibition on the exercise of their profession.

7 Voor de goede orde, en in alle eerlijkheid: het hof benut die assumptie op een voorzichtige manier, want men acht het ‘denkbaar’ dat en men spreekt erover dat dit ertoe ‘kan’ leiden. Niettemin is de assumptie vervolgens een van de dragende pijlers in de motivering.

8 Dat deed ook de advocaat-generaal in deze zaak (Langemeijer) in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:476) voor het arrest van de Hoge Raad, in punt 2.2-2.8. Hij bespreekt het ‘chilling effect’ en of het hof dat afdoende gemotiveerd heeft zonder het effect als zodanig, d.w.z. de assumptie dat dit effect er is, ter discussie te stellen. Overigens, ook het Amerikaanse Supreme Court benut dit argument, hoewel de omgang daarmee wisselend blijkt te zijn, zie L. Kendrick, ‘Speech, Intent, and the Chilling Effect’, 54 *Wm. & Mary L. Rev.* 1633 (2013), op p. 1656-1657.

9 Zie EHRM 8 december 2005, Appl.No. 40485/02, *Nordisk Film t. Denemarken*.

10 EHRM 17 december 2004, Appl. No. 33348/96 [GC], *Cumpănă & Mazăre t. Romania*.

114. The chilling effect that the fear of such sanctions has on the exercise of journalistic freedom of expression is evident (see, *mutatis mutandis*, *Wille v. Liechtenstein* [GC], no. 28396/95, § 50, ECHR 1999-VII; *Nikula v. Finland*, no. 31611/96, § 54, ECHR 2002-II; *Goodwin*, cited above, p. 500, § 39; and *Elci and Others v. Turkey*, nos. 23145/93 and 25091/94, § 714, 13 November 2003). This effect, which works to the detriment of society as a whole, is likewise a factor which goes to the proportionality, and thus the justification, of the sanctions imposed on the present applicants, who, as the Court has held above, were undeniably entitled to bring to the attention of the public the matter of the signing of the partnership agreement between the city authorities and the private company concerned (see paragraphs 94-95 above).’ (mijn onderstrepingen, IG)

4. Hier wordt het ‘chilling effect’ van de vrees voor sancties (i.c. betrof dat overigens een gevangenisstraf of een beroepsverbod) als evident aangeduid. Volgen we het spoor dat het Europese Hof hier zelf uitzet verder, en bekijken we dan ook nog de zaak *Wille/Liechtenstein*,¹¹ dan zien we daar echter enkel deze zin opgenomen: ‘The announcement by the Prince of his intention not to reappoint the applicant to a public post constituted a reprimand for the previous exercise by the applicant of his right to freedom of expression and, moreover, had a chilling effect on the exercise by the applicant of his freedom of expression, as it was likely to discourage him from making statements of that kind in the future.’ Het is dus niet zo dat het Hof hier een ferme empirische basis legt onder de claim dat er een ‘chilling effect’ zou bestaan.¹² Uit meer recente uitspraken blijkt nogmaals het belang dat het Hof hecht aan het tegengaan van een ‘chilling effect’, maar weer niet de empirische basis daarvan.¹³ En dus staat

11 EHRM 28 oktober 1999, Appl.No. 28396/95 [GC], *Wille t. Liechtenstein*.

12 In de andere genoemde uitspraken geschiedde dat evenmin. In de hierboven ook genoemde *Goodwin*-zaak staat in dit verband bijv. het volgende: ‘Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest.’ Meer niet. Wat daarvan zij, het (mogelijke) bestaan van een ‘chilling effect’ wordt in ruimere zin en in diverse landen als argument gebruikt als het om (het tegengaan van) aansprakelijkheid voor mogelijk onrechtmatige mededelingen (door de media) gaat, zie daartoe nader I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers 2001, o.a. p. 283 en 304-305, met verdere verwijzingen, naar o.a. de zaak *New York Times Co v. Sullivan* (1964) 376 US 254, van het Supreme Court in de VS, en de zaak *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All ER 609, van het House of Lords in Engeland. Voor de VS, zie ook F. Schauer, ‘Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect’, 58 *B. U. L. Rev.* 685 (1978).

13 Zie EHRM 20 maart 2018, Appl.No. 13237/17, *Mehmet Hasan Altan t. Turkije*, par. 212: ‘The Court further notes that the pre-trial detention of anyone expressing critical views produces a range of adverse effects, both on the detainees themselves and for society as a whole, since the imposition of a measure entailing deprivation of liberty, as in the present case, will inevitably have a chilling effect on freedom of expression by intimidating civil society and silencing dissenting voices (...).’ Zie ook EHRM 20 maart 2018, Appl.No. 16538/17, *Sahin Alpay t. Turkije*, par. 182, en zeer recent nog EHRM 13 september 2018, Appl.No. 58170/13, 62322/14 en 24960/15, *Big Brother Watch e.a. t. Verenigd Koninkrijk*.

de vraag waar deze bijdrage over wil gaan – ‘bestaat er zoiets als een ‘chilling effect’ op journalisten als het gaat om de angst voor het moeten onthullen van bronnen resp. civielrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden?’ – nog steeds open. Want ook voor de Europese rechter geldt dat empirische claims getoetst kunnen en (wat mij betreft) moeten worden. Waar haalt het EHRM deze assumptie vandaan? En klopt die wel? Is het werkelijk zo dat journalisten zich laten afschrikken door – kort gezegd – mogelijke sancties? Zijn daar eigenlijk wel gegevens over? Ik ben op zoek gegaan naar empirisch bewijs¹⁴ en die zoektocht leidt dan tot het volgende beeld.

3 *Empirische lessen?*

5. Eerst en vooral leren we (mede uit het voorgaande) dat het te onderzoeken ‘chilling effect’ steeds anders kan worden gedefinieerd, in die zin dat de mogelijke ‘sanctie’ of ‘(dis)incentive’ voor een journalist die de ‘chill’ zou veroorzaken, steeds een andere *kan* zijn: denk aan verlies van journalistieke bronbescherming, civielrechtelijke aansprakelijkheid, strafrechtelijke vervolging, een beroepsverbod (tuchtrechtelijke aansprakelijkheid dus), et cetera.¹⁵ Gegeven het beperkte aantal empirische onderzoeken dat er voorhanden is, heb ik op dit punt echter niet vooraf een nadere selectie gemaakt. Hoewel de empirische onderzoeken die ik gevonden heb, uiteindelijk gewoon betrekking hebben op sanctionering via (een vorm van) civielrechtelijke aansprakelijkheid (namelijk wegens ‘libel’, in common-law-terminologie, zie hierna nr. 6), loop ik daarmee natuurlijk wel het risico dat het type sanctie wel degelijk bepalend is, of zou kunnen zijn, voor de mate waarin de gevreesde ‘chill’ daadwerkelijk voorkomt. Bij het trekken van conclusies hierna, zal daarmee dan ook sterk rekening moeten worden gehouden. Ik heb verder ook niet doorgeselecteerd op specifieke juridische systemen, om de koek niet nog kleiner te maken; zoals blijken zal, is het meeste onderzoek afkomstig uit de common-law-wereld. Ook dat aspect is van belang als het om mogelijk te trekken conclusies gaat.
6. In hun boek *Libel and the Media: The Chilling Effect* uit 1997 bespreken Barendt en anderen de mogelijke effecten van ‘the law of defamation’, ook wel ‘libel and slander’,

14 Ik heb Google Scholar, SSRN en HeinOnline benut, zoekend op (combinaties van) ‘(defensive) journalism’, ‘media’ en ‘chilling effect’, en heb daarbij de sneeuwbal-methode gehanteerd. Zeker wetend dat ik niet alle *juridische* analyses van het mediarecht en de uitingsvrijheid alsmede de invloed daarvan op het werk van die media heb verwerkt, kan ik de garantie dat ik al het beschikbare empirische materiaal daadwerkelijk heb gevonden, niet afgeven. Maar wat er ligt, biedt in elk geval een goed beeld.

15 Overigens, ook de *oorzaak* voor een mogelijke ‘chill’ bij de media kan verschillen. Naast mediawetgeving kan bijv. ook wetenschappelijke onzekerheid (denk aan de onzekerheid van een levensbedreigende meteoriet-inslag) een barrière zijn om een bepaald verhaal te publiceren. Zie nader J. Huxford, ‘Crying Wolf: Scientific False Alarms and Defensive Journalism in Coverage of “Doomsday Asteroids”’, *The Communication Review*, 9:4, 2009, p. 269-295; DOI: 10.1080/10714420600957274.

grof gezegd: het Engelse civielrechtelijke (nogal strikte) aansprakelijkheidsrecht inzake (media-)uitingen.¹⁶ Het doel was 'to assess the impact of defamation law on the media' omdat het recht volgens velen uit de beroepsgroep 'a significant fetter' op de vrijheid van meningsuiting zou zijn (op p. 32). De auteurs benutten cijfermateriaal over het aantal ingediende dagvaardingen tegen journalisten en mediabedrijven in Londen ('litigation data', zie p. 37-41), questionnaires en interviews bij verschillende soorten media in Engeland en Schotland (landelijke en regionale dagbladen, televisie en radio, boeken en magazines) en personen aldaar werkzaam, en met name ook onder de advocaten van de media (p. 35-36).¹⁷ De conclusies? Boek- en magazine-uitgevers en regionale dagbladen laten zich voorafgaand aan een mogelijke publicatie, sterker dan landelijke dagbladen, beïnvloeden (lees weerhouden van publicatie) door de angst voor een 'libel'-actie (en zeker ook de kosten daarvan). Televisie en radio zitten daar ergens tussenin (p. 182-184). Van belang hierbij zijn ook institutionele factoren zoals de aanwezigheid van een in-house lawyer bij de grote kranten (p. 185). Zeer gewichtig is volgens Barendt en zijn mede-onderzoekers ook de onzekerheid die heerst op dit rechtsgebied (p. 186-187) en het kostenaspect (p. 189¹⁸). De auteurs concluderen (p. 191) 'that the chilling effect in this area genuinely does exist and significantly restricts what the public is able to read and hear'.¹⁹ Ze maken vervolgens (p. 191-193) nog een onderscheid tussen een 'direct chilling effect' (het aanpassen van of weglaten van delen van een publicatie) en het 'structural chilling effect' hetgeen wil zeggen dat bepaalde kwesties bij voorbaat niet eens aangepakt worden ('no-go areas') of dat een publicatie niet als feitelijk maar, omgewerkt, als een waardeoordeel wordt gepubliceerd omdat de juridische grenzen daarbij minder strikt zijn voor de journalist.

7. Veel minder zeker over het daadwerkelijke bestaan van het 'chilling effect', is de recentere studie van Kendrick uit 2013, want het betreft hier, in elk geval voor de VS

16 Het is relevant te weten dat het hier vroeger een strafrechtelijke procedure betrof; dat is de reden waarom in dit type procedures nog steeds door een jury wordt beslist over de vraag of een uiting 'defamatory' is, en zo ja, welke schadevergoeding dan passend is. Zie E.M. Barendt, L. Lustgarten, K. Norrie, H. Stephenson, *Libel and the Media: The Chilling Effect*, Clarendon Press: Oxford 1997, p. 18-19.

17 Opgemerkt dient nu al te worden dat de methodologische verantwoording van het onderzoek wat mij betreft niet erg sterk en precies is.

18 Over die kosten bijv. ook D. Boies, 'The Chilling Effect of Libel Defamation Costs: The Problem and the Possible Solution', 39 *St. Louis U.L.J.* 1207 (1995).

19 Een drietal voorbeelden (anekdotes feitelijk) die dat oordeel bevestigen, zijn opgenomen als illustraties bij (de juridische analyse van) D.A. Anderson, 'The selective impact of libel law', *Columbia Journalism Review*; New York, N.Y., Vol. 14, Iss. 1, May 1, 1975, 38-42. Enig anekdotisch bewijs inzake het aantal dreigende schadeclaims richting wetenschappelijke 'medical journals' is te vinden in N. Persaud, Th. Ringer & T. Lemmens, 'How Can Journals Respond to Threats of Libel Litigation' (March 29, 2014). *PLoS Med* 11(3): e1001615. doi:10.1371/journal.pmed.1001615. Deze bijdrage focust verder op wat daartegen te doen zou zijn, hetgeen niet mijn focus in deze bijdrage is.

en Engeland, ‘a matter of contention’, een kwestie van debat.²⁰ Kendrick werkt dat nader uit door aan te geven dat het lastig is aan te geven of inderdaad een effect aanwezig is, laat staan in welke mate dat er zou zijn, en dat de studies die er zijn, die moeilijkheid bevestigen (p. 1675). Daarbij wordt in elk geval de net besproken Engelse studie van Barendt en de zijnen stevig aangepakt: ‘litigation data’ bieden geen betrouwbare aanpak, aldus Kendrick (p. 1676). Andere kwantitatieve studies op dit vlak zijn zeldzaam; ze kunnen immers geen vergelijking (in tijd of plaats) maken tussen verschillende juridische regimes zodat het mogelijke effect van bepaalde sancties of specifieke regels in een van die systemen zou zijn te lokaliseren. Bovendien is de impact van mogelijke andere manieren van berichtgeving (denk aan waardeoordelen in plaats van feiten) niet te isoleren (p. 1677-1678). En dus komen hier vaak kwalitatieve technieken (interviews en enquêtes) om de hoek kijken (p. 1679), maar ook daar zijn al snel methodologische gaten in te slaan (Kendrick wijst op de ‘self-reporting bias’, dat wil zeggen dat subjecten rapporteren wat in hun eigen straatje past). Kendrick²¹ concludeert (p. 1684) dan ook:

‘The Supreme Court [bedoeld is *New York Times Co v. Sullivan* (1964) 376 US 254, van het Amerikaanse Supreme Court, *toev. IG*] has founded the chilling effect on nothing more than unpersuasive empirical guesswork. The existing empirical literature casts further doubt on the Court’s conclusions and, more importantly, illustrates the severe difficulties that chilling effect inquiries present.’

Ofwel: we weten nog steeds niet of het effect wel bestaat en het is ook eigenlijk niet goed te meten.

20 L. Kendrick, ‘Speech, Intent, and the Chilling Effect’, *54 Wm. & Mary L. Rev.* 1633 (2013), op p. 1656, in noot 111. In zeker opzicht is dit een meta-studie omdat in dit artikel veel van het bestaande empirische onderzoek wordt samengebald. De meest relevante studies die daar genoemd zijn, bespreek ik zelf nog hierna. De al wat oudere studie van S.M. Renas, Ch.J. Hartmann & J.L. Walker, ‘An Empirical Analysis of the Chilling Effect’, in: Everette E. Dennis & Eli M. Noam (red.), *The Cost of Libel: Economic and Policy Implications*, New York: Columbia University Press 1989, p. 41 e.v., heb ik niet verwerkt omdat dat onderzoek – dat een zekere, wisselende mate van ‘chilling effect’ laat zien (*t.a.p.*, p. 48 en 55) – uitgaat van een drietal fictieve scenario’s inzake de stand van het recht en vervolgens bestudeert wat de ‘editors’ van Amerikaanse kranten zouden doen qua publicatiebeleid onder die drie scenario’s. Dat onderzoek betreft dan echter voorspellingen, en niet iemands daadwerkelijk gedrag (vgl. *t.a.p.*, p. 47). Bovendien zijn er inmiddels diverse recentere onderzoeken beschikbaar, met, zo valt hierna te lezen, wisselende uitkomsten. Daaraan verandert deze studie uit 1989 niets.

21 Kendrick bespreekt ook nog enkele economische modellen, zoals die van S.M. Renas et al., ‘Toward an Economic Theory of Defamation, Liability and the Press’, *Southern Economic Journal*, Vol. 50, No. 2 (Oct. 1983), p. 451-560, maar dat terrein valt buiten het bestek van deze bijdrage.

8. Een al wat oudere studie die ook Kendrick in dit verband noemt, is die van Massing uit 1985.²² Massing stelt 150 personen geïnterviewd te hebben, om te constateren dat 'a chill has indeed set in' (p. 31). Maar, verderop (p. 32) noemt hij deze conclusie ook weer 'not ubiquitous' omdat er volgens sommige respondenten weinig veranderd is. Niettemin schetst hij vervolgens een 'lively image' van voorbeelden van ongewenste beïnvloeding van de media door claims en de gevolgen daarvan. De methodologie die hier (schijnbaar) benut is, is echter van dien aard (lees: afwezig) dat de uitkomsten van deze studie (anekdotisch gerapporteerd) in het geheel niet te controleren zijn. Een overtuiging dat 'the chill' er is, kan hieraan dus niet ontleend worden, zo zeg ik Kendrick na.
9. Soortgelijke geluiden over dat onderzoek van Massing liet ook Hale²³ in 1986 al horen, waarna Hale vervolgens aangaf dat er een 'lack of empirical research' is, waarna hij vijf mogelijke methodologieën schetst voor mogelijk onderzoek,²⁴ en per type onderzoek laat zien wat er tot dan toe aan resultaten beschikbaar is. De conclusies uit de genoemde onderzoeken zijn op zijn zachtst gezegd wisselend, zodat de conclusie van Hale, dat meer en beter onderzoek nodig is, voor de hand ligt.
10. In 1993 wordt nogmaals geconstateerd, nu door Bennet en Weaver,²⁵ dat 'libel litigation [is] on the increase' en dat 'the cost of that litigation has become prohibitive' (p. 1154). Ze laten het echter niet daarbij. Ze zijn journalisten, redacteuren, advocaten en andere betrokkenen bij de media (in de VS en UK) gaan interviewen – met alle mogelijke kritiek die daarop mogelijk is, zie nr. 7 – om te ontdekken hoe het recht van invloed is op redactionele besluitvorming. Dat was uiteraard voldoende reden voor Kendrick om ook deze studie te betrekken in de eigen overwegingen. De interviews die gedaan zijn in Engeland, laten vervolgens zien, aldus Bennet en Weaver, dat het recht er zeker toe doet, en een 'verkillende' invloed heeft, in die zin dat stukken met name worden herschreven (lees: herformuleren, schrappen, en feiten in commentaren veranderen; p. 1173). Ik merk daarbij wel meteen op dat het hier om vier interviews gaat, blijkens de voetnoten. Uit de (15) Amerikaanse interviews bleek dat men zich daar minder zorgen maakt om de invloed van 'libel suits', onder andere omdat er minder geclaimd wordt, zo stelt men. Er is dus wel 'some impact', maar die is minimaal (p. 1185), en in de VS is er 'no evidence of a serious 'chilling effect'.' (p. 1189). Daar waar dus serieuzer (lees: meer) onderzoek is gedaan, is het effect min of meer afwezig.

22 M. Massing, 'The Libel Chill: How Cold is it Out There?', *Columbia Journalism Review* 1985, May-June, p. 31-43.

23 Zie F.D. Hale, 'Impact Analysis of the Law Concerning Freedom of Expression', 8 *Comm. & L.* 35 (1986).

24 Hij bespreekt dan enquêtes onder mediapraktijk-mensen, enquêtes onder advocaten, rechters en ambtenaren die te maken hebben met de media, het meten van juridische procedures, het meten van de finale consequenties van juridische veranderingen (incl. verzekeringen), en het meten van de publieke opinie.

25 Zie G. Bennet & R.L. Weaver, 'Is The New York Times "Actual Malice" Standard Really Necessary? A Comparative Perspective', 53 *La. L. Rev.* (1993) 1153.

11. Daartegenover staat dan weer dat voor de Amerikaanse radiomarkt wel een ‘chilling effect’ werd blootgelegd door Hazlett & Sosa in 1997²⁶ toen een controversiële regel inzake de vergunningverlening veranderd werd; hier kon dus een juridisch systeem vergeleken worden met een ander (nieuw) systeem. Het afschaffen van de zogenoemde ‘fairness doctrine’ (die radiostations verplichtte tot informatieverlening over controversiële issues, en dat op een ‘equal access’-basis voor alle contrasterende gezichtspunten over die issues) had een sterk (correlerend) effect op de gekozen formats van radiostations, in die zin dat meer informatieve programma’s verschenen na afschaffing van de verplichting, dus toen men eenzijdiger in de berichtgeving mocht zijn.
12. Een volgend onderzoek dat ook Kendrick in de overwegingen betrokken heeft, betreft een studie uit 2004 van Dent en Kenyon²⁷ die concluderen dat er in Australië – anders (of in elk geval: meer) dan in de VS – wel degelijk een ‘chilling effect’ valt aan te wijzen: kranten in de VS voelen zich comfortabeler om uitingen te doen die mogelijke diffamerend zijn (p. 105), zeker als het om ‘corporate figures’ (in plaats van politici) gaat (p. 107). De auteurs laten dat zien door de inhoud van 1400 krantenberichten te analyseren op de aanwezigheid van mogelijke (extreem) diffamerende teksten zoals ‘fraud’ en ‘corruption’ (via een ‘comparative content analysis’). Gevoegd bij wat hiervoor al naar boven kwam (de vergelijking tussen de UK en de VS, in nr. 10), lijkt het er inmiddels ook op dat het ‘chilling effect’ best wel eens zou kunnen verschillen van land tot land. Dat kan dan liggen aan verschillen in de stand van het (media)recht, maar uiteraard ook aan het medialandschap, economische context, en historische en culturele verschillen, et cetera. Wat dat over de situatie in ons land zegt, is echter onduidelijk nu Nederlands empirisch onderzoek ontbreekt.
13. Terug naar het buitenland, naar Australië en de VS opnieuw. Als onderdeel van hetzelfde grotere project waartoe ook het hiervoor besproken onderzoek behoorde, deden Marjoribanks en Kenyon in 2003 namelijk ook onderzoek naar het ‘chilling effect’ door middel van (in totaal 13) interviews met ervaren personen in beide landen.²⁸ De conclusie luidt, ook hier, dat ‘defamation law is perceived to have a more direct, and potentially chilling effect, in Australia’ en meer in het algemeen dat ‘defamation law does not operate as a straightforward constraint, but rather through interactions and negotiations between media professionals and their legal advisors.’ Dat past bij wat we al eerder zagen, in nr. 10, te weten de gerapporteerde neiging om artikelen – kort gezegd – ‘bij te schaven’.

26 Th.W. Hazlett & D.W. Sosa, ‘Was the Fairness Doctrine a Chilling Effect – Evidence from the Postderegulation Radio Market’, 26 *J. Legal. Stud.* 279 (1997).

27 C. Dent & A.T. Kenyon, ‘Defamation Law’s Chilling Effect: A Comparative Content Analysis of Australian and US Newspapers’, (2004) 9 *Media and Arts Law Review* 89.

28 T. Marjoribanks & A.T. Kenyon, ‘Negotiating News: Journalistic Practice and Defamation Law in Australia and the US’, *Australian Journalism Review*, Vol. 25, No. 2, 2003, p. 31-49; <https://ssrn.com/abstract=530365>.

14. Een soortgelijke conclusie lijkt ook nog te volgen uit een recenter (2009), zeer specifiek Australisch onderzoek van McNamara naar mogelijke effecten van anti-terrorismedetgeving op de media, op basis van 19 interviews met journalisten en (diverse typen) juristen (o.a. strafpleiters). Een 'chilling effect' in die zin dat bepaalde verhalen niet gepubliceerd worden, wordt hier niet (nog niet, stelt de auteur) gevonden (p. 26-27 en p. 30), maar meer indirecte effecten dienen zich wel aan, bijvoorbeeld dat het werk van de journalist lastiger wordt doordat er minder openheid mogelijk is en het vertrouwen tussen media en de staat aan corrosie onderhevig is (p. 30).²⁹

4 *En die empirische lessen leren ons...?*

15. Waartoe leidt deze rondgang door de literatuur nu? Uit het voorgaande meen ik dat we – voorlopig en voorzichtig – de conclusie moeten trekken dat de claim dat er een 'chilling effect' uitgaat van aansprakelijkheidsclaims en aanverwante juridische conflicten op journalisten, *geen* afdoende steun vindt in het beschikbare empirische materiaal. Overigens, het tegendeel (er is geen 'chilling effect') vindt ook geen overtuigende steun in de beschikbare empirie.³⁰ Kortom, de vraag of de hier onderzochte assumptie valide is, kan nog niet beantwoord worden; het gezochte antwoord is op basis van de huidige stand van onze kennis niet te geven. We kunnen enkel speculeren, maar dat speculeren wil deze bijdrage nu juist beëindigen.
16. Wat betekent die conclusie dan voor de redenering van het Haagse hof in de hier besproken zaak? In elk geval dat het argument van het 'chilling effect' (een macro-effect, overigens, als het zou bestaan³¹) op de tocht staat, en niet als zodanig doorslaggevend kan zijn omdat we niet weten of het valide is. Maar wat kan of moet de civiele rechter die zich hiermee geconfronteerd ziet (op grond van de bestaande rechtspraak) dan vervolgens doen? Wat mij betreft zou het wijs zijn om ten eerste te oordelen dat het 'chilling effect'-argument *as such*, dus in zijn empirisch gedaante, wegens gebrek aan validiteit geen rol meer speelt in de te maken rechterlijke afweging. Maar daarmee zijn we er nog niet.

29 Zie L. McNamara, 'Closure, Caution and the Question of Chilling: How Have Australian Counter-Terrorism Laws Affected the Media?', (2009) 14 *Media & Arts Law Review* 1; <https://ssrn.com/abstract=1371328>.

30 Als er al een neiging zou zijn de ene of de andere kant op, dan is de neiging richting de aanwezigheid van een 'chill' bij mij iets sterker, maar de moeilijkheid daarmee is dat die neiging dan weer grotendeels gebaseerd is op onderzoek (via interviews) dat betrekkelijk eenvoudig te ondermijnen is (zie nr. 7 hiervoor) en dat het per rechtsstelsel tot andere uitkomsten leidt, zodat er ook nog een geografische dimensie bij komt.

31 Dat wil zeggen een effect dat de individuele zaak overstijgt, zie nader E.R. de Jong & T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten', *NTBR* 2017/2.

5 *Doch ook nog dit: kernwaarden 'overrulen' empirie*

17. Het kan immers zijn dat het desbetreffende argument in wezen ziet op een onderliggende *kernwaarde* die alsnog in acht moet worden genomen door de rechter. Anders gezegd: het kan zo zijn dat het idee als zodanig (dat er nooit zoiets als een 'chilling effect' op het journalistieke handelen zou mogen bestaan, omdat de persvrijheid een groot en beschermenswaardig goed is in onze democratische samenleving) een zo grote normatieve waarde vertegenwoordigt dat dit, in tweede instantie, toch mee kan en moet spelen in de afweging. Die status van 'kernwaarde' overtreft dan als het ware het 'empirische gebrek'. Ik noem dat dan maar, vrij naar de correctie-Langemeijer³² als het om de relativiteitseis uit het civiele aansprakelijkheidsrecht gaat, de 'normatieve correctie'. De rechter kan de normatieve waarde van een idee of argument dat empirisch niet bewezen is, van zodanig fundamenteel belang achten dat het idee alsnog mee moet wegen als argument, ook zonder empirisch fundament.³³ Dit sluit nauw aan bij een stelling die ik eerder verdedigde, namelijk dat, kort gezegd, de empirie nooit op zichzelf de doorslag geeft als het om normatieve juridische uitkomsten gaat. De empirie is een argument, naast andere argumenten, maar er is geen verplichting voor de rechter om altijd maar de empirie te volgen. Uiteindelijk gaat het in rechte immers om waardeoordelen.³⁴ Zo'n 'normatieve correctie' kan echter niet zomaar plaatsvinden, dat moet dan wel gearticuleerd en onderbouwd (gemotiveerd) worden.³⁵ Want dan is *dat normatieve idee* het mee te wegen gezichtspunt en dus niet langer de (quasi-)empirische lading of toon die het argument in zijn oorspronkelijke vorm met zich bracht, en dan moet de motivering ook daarop toegespitst zijn; alsnog een andere

32 Zie nader daarover bijv. Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-IV 2015/138.

33 Steun daarvoor vind ik bij F. Schauer, 'Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect', 58 *B. U. L. Rev.* 685 (1978), p. 688-689, die ik om die reden hier uitvoerig citeer: '[W]hile it is true that there are behavioral assumptions that provide the basis for chilling effect analysis, the lack of any ability to quantify or test these assumptions does not diminish the significance of the chilling effect as a substantive doctrine. The doctrine flows from the relationship between our recognition of the inevitability of error [gegeven de onzekerheden bij het toepassen van juridische normen, IG] and our preference for a particular type of error [we verkiezen een ten onrechte te ruim uitingsrecht dan een ten onrechte te gelimiteerd uitingsrecht, IG]; and it is the existence of this relationship, rather than the scientific accuracy of the predictions of human behavior, which justifies the formulation of substantive rules in this area.' Hij werkt dit iets nader uit op p. 730-731, waar hij vertrekt vanuit de idee dat het 'chilling effect' empirisch niet is aangetoond, en concludeert op p. 732: 'The final result is the conversion of the chilling effect idea into a conceptual doctrine.'

34 Zie nader I. Giesen, 'The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning', *Utrecht Law Review* 2015, Vol. 11 (1), p. 16 (no obligation) en vooral p. 3: '[E]mpirical insights can supplement or nuance the existing legal modes of thinking, or negate certain presumptions, but they can never (totally) replace the essentially normative legal analysis and public policy choices related to that analysis'.

35 Waarbij ik mij kan voorstellen dat dit in de sfeer van fundamentele rechten eenvoudiger te beargumenteren zal zijn.

koers varen, zou dan getuigen van argumentatieve luiheid.³⁶ Overigens, of er in deze context daadwerkelijk sprake is of zou kunnen zijn van zo'n 'kernwaarde', dus of de persvrijheid een kernwaarde is die de empirie kan 'overvleugelen', is een interessante vraag die echter buiten het bestek van mijn bijdrage valt. Het gaat mij hier enkel om het algemene punt dat er zo'n mechanisme zou kunnen bestaan.

18. Een onvoorziene complicatie van, of fijne uitweg uit een probleemgebied via (de erkenning van) deze gedachte is overigens dat de civiele rechter niet meer hoeft na te gaan of de empirische basis voor een bepaalde feitelijke claim aanwezig is, mits hij die claim, als argument, als een kernwaarde kan beschouwen én hij dat ook kan uitleggen en motiveren. In dat geval immers, zou de normatieve correctie kunnen worden toegepast als de door de rechter gebruikte empirische claim onvoldoende gefundeerd zou zijn, en zelfs als juist het daaraan tegenovergestelde standpunt empirisch ondersteund zou worden. Daarmee zou het argument alsnog inzetbaar kunnen zijn, als 'groter goed', als kernwaarde, in plaats van als een enkel (bewezen) feit. De rechter hoeft, zo doordenkend, dus niet altijd het empirische waarheidsgehalte van feitelijke claims te onderzoeken en onderbouwen (hetgeen ook wel een 'ver-van-mijn-bed-show zou opleveren), maar zal zich in plaats daarvan rekenschap kunnen of moeten geven van de mate waarin een gezichtspunt een kernwaarde vertegenwoordigt (die hoger aan te slaan is), hetgeen 'dichter bij huis' staat qua werkzaamheid.
19. Een onbedoeld neveneffect van deze opvatting is natuurlijk dat de exercitie die ik hiervoor ondernomen heb om de empirische basis van de gebruikte assumptie te achterhalen, achteraf overbodig lijkt te zijn geweest. Daarbij mag echter niet vergeten worden dat het op zichzelf goed en verstandig is deze exercitie wel uit te voeren, want dat levert extra (en nieuwe) kennis op; zeker als er wel empirisch bewijs voorhanden is, is dat wel zo waardevol.³⁷ Bovendien was de exercitie in dit geval ook een stap in het denkproces richting de conclusie die ik in het voorgaande trok. Bovendien, als iemand deze nieuwe gedachte niet accepteren wil of niet overtuigend acht, staat altijd nog de daaraan voorafgaande analyse van de rechterlijke assumptie als zodanig overeind als opbrengst van deze bijdrage. Hopelijk is die analyse op zichzelf ook waardevol.

36 Daarmee is overigens in het geheel niet gezegd dat het hof in de onderhavige kwestie 'lui' zou zijn geweest. Het hof heeft geldend recht toegepast, zoals ook blijkt uit het falende cassatieberoep.

37 In dat laatste geval zou men nog kunnen zeggen dat die normatieve correctie dan helemaal niet nodig is. Dat suggereert dan echter een primaat van 'de empirie' boven 'de normatieve correctie' (die zou dan slechts 'subsidiar' inzetbaar zijn, als de empirische data ontbreken), en die claim zou ik hier niet willen maken. De vraag waar dat primaat eventueel ligt, vergt meer aan nadere overdenking dan ik in deze bijdrage kwijt kan en wil. Ik realiseer me overigens dat de term 'correctie' ook al een soort van volgorde impliceert, maar dat is dus niet zo bedoeld.

6 *Afronding*

20. Uit de beperkt beschikbare empirische literatuur blijkt dat ‘defensive journalism’ niet vast te stellen of te ontkrachten is in de dagelijkse werkelijkheid van de journalistiek. We weten nog niet of het een ‘feit’ of een ‘nepfeit’ betreft. Dat heeft implicaties voor de waarde van de argumentatie langs die lijn, uiteraard, maar het gevolg daarvan is toch minder verstrekkend dan potentieel gedacht. Want de ‘normatieve correctie’ die, zo betoogde ik, een rechter kan toepassen als het om zogenoemde kernwaarden gaat, bijvoorbeeld de persvrijheid, biedt hem een uitweg langs de klippen en valkuilen van de omgang met empirische gegevens, koersend richting de veilige haven van een veel meer juridisch georiënteerde redeneerwijze.

5 AANSPRAKELIJKHEID EN DEFENSIEVE INNOVATIE: STAAT HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT NIEUWE MEDISCHE BEHANDELMETHODEN IN DE WEG?

*E.R. de Jong**

UITSpraak

Rechtbank Arnhem 28 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606, JA 2013/27

Kernoverweging

2.30 De rechtbank oordeelt dat de tekortkoming niet aan het ziekenhuis kan worden toegerekend. Voor dat oordeel is het volgende bepalend. In de processtukken, waaronder het deskundigenbericht, zijn geen aanknopingspunten te vinden op grond waarvan de producent van de Miragelplombe voor de schade door het gebrek in dat product aansprakelijk gehouden zou kunnen worden. Immers, uit het deskundigenbericht volgt dat er in 1992 naar de toenmalige stand van de wetenschap nog geen grond was om aan te nemen dat de Miragelplombe gebrekkig was en dat pas na 1992 voor het eerst de eigenschappen van de Miragelplombe zoals die zich ook bij [eiser] hebben geopenbaard, bekend werden. Aansprakelijkheid van de producent zou dan ook afstuiten op artikel 6:185 lid 1 aanhef en onder e BW. Tegen de achtergrond van de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis valt dan niet in te zien dat het ziekenhuis, dat zoals hiervoor is geoordeeld, in 1992 met het gebrek niet bekend was of kon zijn en overigens zorgvuldig heeft gehandeld, in zo'n geval wel, te weten op de voet van artikel 6:77 BW voor het gebruik van dat gebrekkige product aansprakelijk kan worden gehouden. Daarnaast brengen de verkeersopvattingen mee dat nu het ziekenhuis in

* Mr. dr. Elbert de Jong is als Universitair Hoofddocent verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall) (www.uu.nl/ucall) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1992 niet wist of kon weten van het gebrek terwijl het in die tijd state of the art was om deze plombe te verkiezen boven de twee andere voorhanden plombes, de tekortkoming niet aan het ziekenhuis kan worden toegerekend. Een ander oordeel zou ertoe kunnen leiden dat ziekenhuizen – hoewel een genees- of medisch hulpmiddel door de betreffende instanties, in dit geval de Federal Drug Administration, is goedgekeurd en op de markt is toegelaten – vanwege mogelijke onbekende negatieve eigenschappen en daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid, terughoudend zullen zijn in de toepassing van nieuwe genees- en hulpmiddelen. Dit staat de ontwikkeling van medische behandelmethoden in de weg. De argumenten die [eiser] heeft aangevoerd – waarvan een aantal het ziekenhuis niet valt aan te rekenen of niet in causaal verband staan met de schade zoals eerder is geoordeeld – wegen onvoldoende zwaar om tot een ander oordeel over de toerekening te leiden. Hierop stuit de vordering van [eiser] op grond van artikel 6:74 juncto 6:77 BW af.¹

ANNOTATIE

1 *Inleiding*

1. Aanleiding voor deze bijdrage is een procedure tussen een patiënt en het UMC St. Radboud te Nijmegen voor de Rechtbank Arnhem.² Bij de patiënt was in 1992 ten behoeve van het sluiten van een netvliesscheur een Miragelplombe op het oog geplaatst.³ Die Miragelplombe heeft negatieve gezondheidseffecten gehad voor (het oog van) de patiënt. De patiënt spreekt vervolgens het ziekenhuis aan op basis van artikel 6:77 BW (het gebruik van een gebrekkige medische hulppzaak, bij de uitoefening van een geneeskundige behandelingsovereenkomst).
2. De rechtbank stelt voorop dat ‘niet in geschil is dat de Miragelplombe als (hulp)zaak in de zin van artikel 6:77 BW moet worden aangemerkt’. Ook de vaststelling van ongeschiktheid levert weinig problemen op: ‘een zaak is ongeschikt wanneer deze gebrekkig is of om andere redenen ongeschikt is voor het beoogde doel. Hoewel de Miragelplombe voor 90% van de patiënten bij wie de plombe is geplaatst zonder complicaties bruikbaar is gebleken bij de behandeling van een netvliesloslating, geldt dat bij 10% van de patiënten complicaties optreden en dat bij een deel van die 10% zich voordoet wat zich bij [eiser] heeft voorgedaan: de plombe verandert van chemische samenstelling, zwelt en fragmenteert. Naar het oordeel van de rechtbank brengen die

1 De onderstreping is van de auteur.

2 Rb. Arnhem 28 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606, JA 2013/27, nr. 2.30. Zie eveneens Rb. Arnhem 3 maart 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL6937.

3 Dit is een stukje gel dat tegen het scheurtje in het netvlies wordt geplaatst, om zo de netvliesscheur te sluiten.

eigenschappen van de Miragelplombe mee dat deze ongeschikt is voor het beoogde doel. Daarmee staat vast dat het ziekenhuis tekort is geschoten in de nakoming van de met [eiser] gesloten behandelingsovereenkomst.⁴

3. Zoals gezegd, is de Miragelplombe in 1992 geplaatst bij de patiënt. In de loop van de jaren '90 werd bekend dat de Miragelplombe negatieve gezondheidseffecten kan hebben. In 1995 heeft de fabrikant de productie van de Miragelplombe gestaakt. In het kader van de toerekening speelde derhalve de cruciale vraag in hoeverre het ziekenhuis in 1992 bekend had kunnen (en/of behoren te) zijn met de ongeschiktheid van de Miragelplombe. Om die vraag te beantwoorden, hebben deskundigen beschreven wat er in de relevante wetenschappelijke discipline(s) anno 1992 bekend was ten aanzien van de desbetreffende risico's. Zij kwamen tot de conclusie dat destijds te weinig informatie beschikbaar was om zinnige uitspraken te kunnen doen over de mogelijke negatieve gezondheidseffecten van een episcleraal geplaatste Miragelplombe.⁵
4. Daarmee lag de vraag voor of het ziekenhuis op grond van artikel 6:77 BW aansprakelijk kan zijn indien de ongeschiktheid van het medische hulpmiddel ten tijde van het gebruik daarvan niet bekend was. De rechtbank oordeelt dat aangezien aansprakelijkheid van een producent bij deze stand van zaken op grond van het ontwikkelingsrisicoverweer (art. 6:185 lid 1 sub e BW)⁶ zou afstuiten, niet in valt te zien dat het ziekenhuis wél aansprakelijk is. Hoewel men zich kan afvragen of dit een volledige lezing is van het ontwikkelingsrisicoverweer zoals dat uitwerking heeft gekregen in het productaansprakelijkheidsrecht,⁷ ligt het voor de hand dat de aansprakelijkheid van een ziekenhuis inderdaad niet verder reikt dan die van de producent.⁸

4 De causaliteitsvraagstukken laat ik onbesproken.

5 De risico's van een intrascleraal geplaatste plombe waren destijds beter bekend. Zie E.R. de Jong, *Voorzorgverplichtingen*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 107 e.v.

6 Zie in het bijzonder HvJ EG 29 mei 1997, ECLI:EU:C:1997:255, NJ 1998/522, r.o. 29 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

7 Aangezien voor toepassing van het ontwikkelingsrisicoverweer ook de vraag dient te worden beantwoord of het gebrek met de bestaande wetenschappelijke methoden (on)mogelijk was te ontdekken. Met andere woorden: het gaat er ook om of toepassing van de destijds voorhanden zijnde onderzoeksmethoden tot de benodigde kennis had geleid. Zie hierover ook W.H. van Boom en C.J.M. van Doorn, 'Productaansprakelijkheid en productveiligheid', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 261-280, p. 268 voetnoot 27.

8 Zie over samenloop- en kanalisatievragen, die in dit artikel niet worden besproken, onder meer A.L.M. Keirse, 'Richtlijn 1985/374/EG inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken', p. 33-67, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 57-65; P. Verbruggen & B. van Leeuwen, 'Aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen', *NTBR* 2015/45, par. 5; J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (diss. RUG), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 34 e.v. p. 116-122, p. 306-308, en specifiek met betrekking tot het ontwikkelingsrisicoverweer, p. 123-125. Zie voor rechtseconomische overwegingen Hiemstra 2018, p. 306-308. Zie voor een bespreking van de toerekening bij gebrekkige medische hulpzaken in gevallen van onbekendheid van het gebrek, R.P. Wijne, 'Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met "een niet te onderkennen gebrek"', *Letsel & Schade* 2015/370, p. 38-51.

5. Deze bijdrage richt zich verder dan ook niet op de juridische kern van de overwegingen van de rechtbank, maar op een empirische assumptie die deze naar voren schuift om haar juridische conclusie te onderbouwen. Aan het einde van haar oordeel overweegt ze namelijk dat ‘een ander oordeel ertoe zou kunnen leiden dat ziekenhuizen – hoewel een genees- of medisch hulpmiddel door de betreffende instanties, in dit geval de Federal Drug Administration, is goedgekeurd en op de markt is toegelaten – vanwege mogelijke onbekende negatieve eigenschappen en daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid, terughoudend zullen zijn in de toepassing van nieuwe genees- en hulpmiddelen. Dit staat de ontwikkeling van medische behandelmethoden in de weg.’⁹ Deze aanname komt niet helemaal uit de lucht vallen. De gedachte dat het aansprakelijkheidsrecht leidt tot ‘defensieve innovatie’ ligt eveneens ten grondslag aan de Richtlijn productaansprakelijkheid. Eén van de doelen van die richtlijn is om innovatie te faciliteren en, als het even meezit, aan te moedigen.¹⁰ Een belangrijke reden voor het opnemen van het ontwikkelingsrisicoverweer in die Richtlijn is erin gelegen dat, aldus de Commissie, het ontbreken van een dergelijk verweer innovatie-remsend zou werken.¹¹

2 *Leidt het aansprakelijkheidsrecht tot defensieve innovatie?*

6. In de kern centreert de aanname van de rechtbank rondom de vraag (wat er bekend is over) in welke mate en onder welke omstandigheden (de mogelijkheid van) aansprakelijkheid voor onbekende risico’s kan leiden tot defensieve innovatie, in het bijzonder in de medische sector.¹² Vooral nog hebben juristen zich echter met name gericht op de vraag hoe de neveneffecten van technologische ontwikkelingen het aansprakelijkheidsrecht beïnvloeden, bijvoorbeeld door te onderzoeken of bepaalde leerstukken voldoende toegerust zijn op (verwachte) technologische ontwikkelingen, en indien dit niet het geval is, of zij eventueel aanpassing behoeven om bij de (technologische) tijd te blijven.¹³ De vraag hoe het aansprakelijkheidsrecht innovatie beïnvloedt, staat daarentegen veel minder op het netvlies van (empirische) rechtswetenschappers. Er zijn dus nog de nodige vragen te beantwoorden. Klopt (en zo ja, in

9 Rb. Arnhem 28 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606, JA 2013/27, nr. 2:30.

10 COM (2018) 246, p. 2.

11 Implementatie van het verweer in het nationale recht is optioneel, zie art. 8 lid 4 van de richtlijn. Zie hierover het derde verslag van de Commissie over de toepassing van de richtlijn Productaansprakelijkheid, COM (2006) 496, par. 3.3.

12 Defensieve innovatie doet zich voor wanneer in anticipatie op een aansprakelijkheidsprocedure of als reactie daarop, een actor minder snel geneigd is of zelfs nalaat nieuwe genees- en behandelmethoden te onderzoeken, te ontwikkelen en uiteindelijk op de markt te brengen en/of te gebruiken.

13 Bijv. M. Martín-Casals (red.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, Cambridge University Press 2010.

hoeverre) de hiervoor beschreven aanname over het effect van het aansprakelijkheidsrecht op innovatie? In hoeverre kan op grond van de relevante kennis en inzichten worden gesteld dat het aansprakelijkheidsrecht (medische) innovatie belemmert? Is – wellicht – een tegenovergestelde conclusie ook mogelijk: stimuleert het aansprakelijkheidsrecht innovatie? Met deze vragen in het achterhoofd wordt in deze bijdrage de beschikbare (en toegankelijke)¹⁴ empirische kennis over de invloed van aansprakelijkheid voor onbekende risico's op (medische) innovatie geïnventariseerd.¹⁵

7. De vraag of, en indien ja, wanneer defensieve innovatie plaatsvindt, wordt de komende jaren om twee redenen steeds relevanter. Ten eerste zien we dat de nodige (baanbrekende) nieuwe (medische) technologieën in opmars zijn. Denk aan de nieuwe medische toepassingen die verschillende nanotechnologieën met zich brengen,¹⁶ de introductie van zorgrobots en ivf-behandeltechnieken. Met name op het gebied van nanotechnologie zijn de nodige ontwikkelingen te verwachten, zoals wondverzorgingsproducten met nanomaterialen,¹⁷ implantaten die met nanocoatings worden bedekt¹⁸ en geneesmiddelen die met behulp van nanotechnologie gericht naar een tumor ergens in het lichaam worden gebracht en, wanneer zij de tumor bereiken, van structuur veranderen.¹⁹
8. Ten tweede is onderzoek naar de relatie tussen aansprakelijkheid voor onbekende risico's en innovatie van belang, omdat een bepaalde mate van wetenschappelijke onzekerheid over de risico's van een specifieke innovatie, onontkoombaar is. Innovatie is immers gericht op het veranderen, aanpassen en creëren van nieuwe situaties, praktijken en processen.²⁰ Het gegeven dat innovatie en onzekerheid hand in hand gaan, wordt niet alleen geïllustreerd door de thans heersende onzekerheden over de risico's van nano-medische hulpmiddelen, maar ook door de onzekerheden omtrent de effecten van geneesmiddelen en/of behandelmethoden die reeds tot (productaan-

14 Informatie aangaande de centraal staande assumptie die naar voren is gebracht door de procespartijen in de specifieke procedure, wordt niet behandeld.

15 Het gaat hierbij niet over de relatie tussen (de criteria voor het vaststellen van) de toepasselijke zorgplicht en defensieve innovatie. Zie over die thematiek M. Greenberg, 'Medical Malpractice and New Devices: Defining an Elusive Standard of Care', *Health Matrix* 19 2009, p. 423-445, en G. Parchomovsky & A. Stein, 'Torts and Innovation', *Michigan Law Review* 107 (2008) 285.

16 S. McNamee, 'The Regulatory and Liability Implications of Nanoscale Drug Delivery in the Human Body', 11 *Nanotechnology Law & Business* 48, 2014; Rijksinstituut Volksgezondheid en Milieu, *Nanotechnologies in medical devices*, Bilthoven: RIVM 2015; B. Dorbeck-Jung, *Nanotechnologische en medische regulering – wegwijzers voor de toekomst van het recht en de technische universiteit* (oratie Universiteit Twente), Enschede: Universiteit Twente 2012.

17 RIVM 2015, p. 53.

18 RIVM 2015, p. 46.

19 Zie ook al Gezondheidsraad 2006, p. 50.

20 H. Nowotny, P. Scott & M. Gibbons, *Re-Thinking Science: Knowledge and the Public in an Age of Uncertainty*, Cambridge: Polity press in association with Blackwell Publishers 2011.

sprakelijkheids)procedures hebben geleid, zoals (onzekerheid over) de effecten van vaccins ter voorkoming van Hepatitis B²¹ en met HIV besmette bloedproducten.²²

9. Aangevangen wordt met een (korte) bespreking van rechtseconomische inzichten over defensieve innovatie (nr. 10-14). Daarna wordt besproken in welke mate er empirische kennis en inzichten voorhanden zijn die inzicht geven in de relatie tussen het aansprakelijkheidsrecht en defensieve innovatie (nr. 15-26). Hier zal blijken dat dergelijke informatie slechts in beperkte mate voorhanden is. Boven zijn er de nodige methodologische uitdagingen die het bemoeilijken om de relatie tussen het aansprakelijkheidsrecht en defensieve innovatie empirisch te duiden. Ter afronding wordt kort gereflecteerd op de door de rechtbank naar voren geschoven assumptie (nr. 27).

3 *De rechtseconomie: twee kanten van dezelfde medaille?*

10. Voor een begin van een antwoord op de vraag wanneer en in hoeverre het aansprakelijkheid in de weg kan staan aan de ontwikkeling van nieuwe medische behandelmethoden (anders: leidt tot defensieve innovatie), moeten we (kort) de rechtseconomie induiken. Rechtseconomen hebben hier namelijk al het nodige theoretische (voor)werk verricht.

3.1 **‘Het aansprakelijkheidsrecht kan leiden tot defensieve innovatie.’**

11. Rechtseconomen wijzen allereerst op de mogelijkheid dat indien actoren aansprakelijk zijn voor onbekende risico's, zij 'uit angst voor aansprakelijkheid kunnen besluiten geen nieuw product op de markt te brengen, maar zich vooral te richten op het (verder) beperken van de reeds bekende risico's'.²³ Het gevolg is defensieve innovatie. In de hier centraal staande procedure appelleert de rechtbank aan deze lezing van de invloed van het aansprakelijkheidsrecht op innovatie. Volgens rechtseconomen doet dit effect zich in het bijzonder voor indien de kosten van research & development (hierna: R&D) – die gemaakt worden om onbekende risico's te detecteren en het product indien nodig te verbeteren – hoger zijn dan de (verwachte) daling in zorgkosten en de kosten van de eventuele schade(vergoeding).²⁴ Epstein noteert in dit verband dat de vraag is of 'the costs generated by the new liability rules exceed the joint gains to

21 HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*Sanofi Pasteur*); G.M. Veldt & A.E.C. Wissink, 'Bewijslastverlichting voor de benadeelde bij productaansprakelijkheid voor onzekere risico's', *NTBR* 2017/36.

22 Rb. Amsterdam 3 februari 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AB8317.

23 L.T. Visscher, M. Faure & F. Weber, 'Geoorloofde maar gezondheidsbedreigende producten en diensten: een rechtseconomische visie op regulering en aansprakelijkheid', *AV&S* 2018/18, p. 86-91, p. 90. Zie eveneens M.G. Faure, L. Visscher & F. Weber, 'Liability for Unknown Risks. A Law and Economics Perspective' (2016) 2 *European Journal of European Tort Law* 198. Zie ook Hiemstra 2018, hfdst. 9.

24 Visscher, Faure & Weber 2018, p. 91.

consumers and producer (...). If in the aggregate the net gains are wiped out by the liability costs, then the product will no longer be made.²⁵ Dit effect kan met name problematisch zijn indien later blijkt dat de risico's verbonden aan een product minder ernstig of omvangrijk zijn dan in eerste instantie werd gedacht, of in het geheel niet aanwezig zijn. In de VS wordt in dit verband gewezen op de effecten van aansprakelijkheidsrechtelijke procedures in de context van onder meer het medicijn Benedictin die zouden hebben geleid tot het terugtrekken van deze producten van de markt.²⁶ Hierbij moet evenwel direct ook worden aangetekend dat er ook veel voorbeelden zijn waarin de gezondheidsrisico's juist wél aanwezig waren, zoals besmette bloedproducten, en een 'innovatie-hinderend' effect dus juist wenselijk is.

12. Relevant in dit verband is eveneens een economische studie van Viscusi en Moore naar de effecten van het Amerikaanse productaansprakelijkheidsrecht op innovatie. Hun startpunt is de (economische) theorie dat de bereidheid tot innoveren valt te vatten in de formule: opbrengsten van innovatie *minus* de R&D-kosten.²⁷ Op een bepaald moment is de verhoging van de R&D-kosten die het aansprakelijkheidsrecht teweeg kan brengen, dusdanig hoog dat een negatief effect op innovatie plaatsvindt. De vraag is: welk moment is dat? Enigszins verrassend vonden zij een positief effect (d.w.z. innovatie stimulerend effect) van het aansprakelijkheidsrecht op de R&D-inspanningen als de verwachte kostenstijging aan de matige kant is. Extra uitgaven aan R&D-inspanningen zouden dan (nog steeds) rendabel zijn. Een negatieve impact, dat wil zeggen een vermindering in de bereidheid om te investeren en innoveren, doet zich volgens Viscusi & Moore pas voor als de verwachte kosten drastisch stijgen.²⁸

3.2 'Maar het kan ook innovatie bevorderen...'

13. Rechtseconomen wijzen ook op mogelijke positieve effecten van aansprakelijkheid voor onbekende risico's. Het aansprakelijkheidsrecht zou namelijk prikkels tot het doen van onderzoek in het leven roepen en/of versterken, hetgeen uiteindelijk de kwaliteit van innovatie ten goede kan komen. Actoren zouden, aldus Faure, Visscher en Weber, 'door zulk onderzoek immers kunnen achterhalen dat er meer risico's aan het product kleven dan eerst gedacht, waarvoor zij aansprakelijk kunnen worden gesteld'. De desbetreffende actor, het ziekenhuis of de producent, zou vervolgens 'zijn

25 R.A. Epstein, 'Legal Liability for Medical Innovation', 8 *Cardozo Law Review* 1139 (1987), p. 1153.

26 M.D. Green, *Benedictin and Birth Defects: The Challenges of Mass Toxic Substances Litigation*, University of Pennsylvania Press 1996, p. 242 en p. 258-260; D. Bernstein, 'Getting to Causation in Toxic Tort Cases' (2008) 74 *Brooklyn Law Review*, p. 51; R. Haw, 'Delay and Its Benefits for Judicial Rulemaking Under Scientific Uncertainty' (2014) 55 *Boston College Law Review* 331, p. 362-365.

27 Ik laat de eventuele toename van kosten in de commercialisatiefase van een product onbesproken.

28 W.K. Viscusi & M.J. Moore, 'Product Liability, Research and Development, and Innovation,' 101 *J. Pol. Econ.* 161 (1993).

zorg- en activiteitsniveau aan de nieuwe informatie kunnen aanpassen',²⁹ hetgeen een kwaliteitsimpuls voor de desbetreffende producten met zich kan brengen of kan leiden tot de toepassing van andere – wellicht nieuwe – werkwijzen en producten. Indien de rechtbank van deze lezing was uitgegaan, had zij – los van de vraag of kanalisatie naar de producent om andere redenen hoe dan ook wenselijk zou zijn – ook kunnen overwegen dat aansprakelijkheid kan leiden tot het introduceren van (nieuwe) behandelmethoden waarvan de risico's beter bekend zijn of tot een verbetering van de bestaande behandelmethoden, vanwege een beter begrip van de toepasselijke risico's.

14. Het idee dat het aansprakelijkheidsrecht positieve effecten kan hebben op innovatie, sluit aan bij een stroming binnen de economie en innovatiestudies die betoogt dat strenge regelgeving juist innovatie kan faciliteren en bevorderen. Het belangrijkste in dit verband is de Porter Hypothesis. Deze hypothese houdt in de kern in dat strenge regulering de productiviteit van producenten (en eindgebruikers) vergroot.³⁰ Eveneens kan het zo zijn dat ten koste van ongewenste producten de ruimte wordt gecreëerd voor producten die wel veilig zijn. De 'ontwikkeling van vervangers voor Chloor-Fluor-Koolwaterstoffen (CFK's) als drijfgas in spuitbussen en koelmiddel na de uitfasering van CFK's onder het Montrealprotocol ter bescherming van de ozonlaag' wordt daarbij door Smale en Van der Sluijs aangehaald ter illustratie.³¹

4 Een blik bij Innovation Policy Studies

15. Het voorgaande roept aldus de vraag op of en wanneer een positief dan wel negatief effect op de innovatie intreedt. Voor een begin van een antwoord op die vraag kan men in het bijzonder inspiratie opdoen bij *Innovation Policy Studies*. Deze multidis-

29 Viisscher, Faure & Weber 2018, p. 90.

30 M. Porter, 'America's green strategy', *Scientific American*, vol. 264, 1991, p. 168; M. Porter & C. van der Linde, 'Toward a new conception of the environment-competitiveness relationship', *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 9, No 4, 1995, p. 97-118. Zie over de fundering van deze hypothese nader: S. Ambec & P. Barla, 'A Theoretical Foundation of the Porter Hypothesis', *Economics Letters*, vol. 75, issue 3, 2002, p. 355-360. Zie voor een studie naar de empirische houdbaarheid van de hypothese: M. Wagner, 'The Porter Hypothesis Revisited: A Literature Review of Theoretical Models and Empirical Tests', *Research Memorandum*, Center for Sustainability Management (SM) University of Lüneburg, Lüneburg: 2003. Zie voor andere voorbeelden van het idee dat regulering innovatie kan bevorderen: J. Pelkmans & A. Renda, *Does EU Regulation hinder or stimulate innovation?*, Centre for European Policy Studies 2014 p. 7-8. Zie voor een specifiek voorbeeld bij aansprakelijkheid voor onbekende risico's: M.A. Berger, 'Eliminating General Causation: Notes Towards a New Theory of Justice and Toxic Torts,' (97) *Columbia Law Review* 1997, afl. 7, p. 2117-2153. C.F. Cranor, *Toxic Torts, Science, Law and the Possibility of Justice*, Cambridge University Press 2016; C.F. Cranor, *Tragic Failures*, Oxford University Press 2017.

31 L.J. Smale & J.P. van der Sluijs, 'Magnetische velden van hoogspanningslijnen en kinderleukemie: het voorzorgsbeginsel in het Nederlandse omgevingsrecht en in het aansprakelijkheidsrecht', *TMA* 2010, afl. 4, p. 143-153.

ciplinaire discipline richt zich, kort gezegd, op het identificeren en analyseren van functies, doelen én feitelijke effecten en effectiviteit van reguleringsinterventies in de markt op het proces van innovatie.³² Uiteraard valt er meer te zeggen over deze discipline en de betekenis van termen als reguleringsinterventie en innovatie, maar voor deze bijdrage volstaat de vaststelling dat óók het aansprakelijkheidsrecht als een (vorm van een) reguleringsinterventie wordt gezien.

4.1 Het verschil tussen directe en indirecte effecten

16. Alvorens nader wordt ingegaan op de in die discipline besloten liggende kennis en inzichten, dient eerst een onderscheid te worden gemaakt tussen, wat ik noem, directe en indirecte (chilling) effecten.³³ Dit onderscheid ziet op de wegen waarlangs het aansprakelijkheidsrecht effect kan hebben op innovatie. Zoals hieronder zal blijken, dienen zich de nodige methodologische uitdagingen aan bij het in kaart brengen van beide typen effecten.
17. Directe (chilling) effecten zijn de effecten die rechtstreeks uit een aansprakelijkheidsrechtelijke procedure, en de uitspraak daarin, voortvloeien. Anders gesteld: bij directe (chilling) effecten passen actoren hun gedrag of beleid aan *vanwege de rechterlijke uitspraak of procedure*. De rechter kan bijvoorbeeld in zijn oordeel (impliciet) aangeven dat een wijziging in het beleid van de aangesproken actor rechtens is vereist, of dat het gevoerde beleid juist afdoende is. Daarmee legitimeert hij dat beleid. Eveneens kunnen actoren (in dit geval ziekenhuizen) door de remedie die wordt ingezet – een gebod, verbod of schadevergoeding – worden aangespoord normconform te handelen. Mede omdat er naast het aansprakelijkheidsrecht andere, hieronder te bespreken, impactmechanismen invloed hebben op het proces van innovatie, zijn directe (chilling) effecten moeilijk te identificeren.
18. Bij indirecte (chilling) effecten gaat het om de reactie van verschillende actoren in de samenleving op (de uitkomst van) een aansprakelijkheidsrechtelijke procedure. Die reactie in de samenleving is vervolgens de aanleiding voor een actor om zijn gedrag of beleid aan te passen. Anders gesteld: in dit geval passen actoren hun gedrag aan *vanwege de reactie van derden* op een rechterlijke uitspraak. Procedures kunnen bijvoorbeeld de maatschappelijke perceptie over een nieuwe behandelmethode beïnvloe-

32 In het navolgende laat ik de discussie over de definitie van de term innovatie én die van de term reguleringsinterventie onbesproken. Zie J. Edler & J. Fagerberg, 'Innovation policy: what, why and how', *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 33, issue 1, 2017, p. 2-23.

33 Beide onderscheidingen zijn als zodanig niet gemaakt in relatie tot aansprakelijkheid en innovatie. Dit onderscheid is allereerst gebaseerd op een studie naar de maatschappelijke impact van climate change litigation. Zie J. Peel & H.M. Osofsky, *Climate Change Litigation; Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge University Press 2017, p. 29. Daarnaast is het onderscheid gebaseerd op een studie naar de impact van algemeenbelangacties in de VS: N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, University of Chicago Press, 2nd ed. 2008.

den, sturing geven aan het maatschappelijke debat over hoe met een nieuwe technologie dient te worden omgegaan of een prikkel opleveren bij verschillende maatschappelijke actoren — denk aan toezichthouders, ngo's, burgers, het bedrijfsleven en de overheid — om verdere publieke, politieke of juridische actie te ondernemen. Deze reactie kan vervolgens aanleiding zijn om het gedrag of beleid aan te passen: men wil bijvoorbeeld niet meer blootgesteld worden aan negatieve publiciteit. Ook kan het zo zijn dat een aansprakelijkheidsprocedure aanleiding geeft tot de inzet van (andere) reguleringsinterventies, zoals het aannemen van wetgeving, overheidsbeleid of het starten van nieuwe procedures. Een methodologisch probleem bij indirecte (chilling) effecten is dat er sprake is van een dubbele empirische onzekerheid: als eerste rijst de vraag in hoeverre een bepaalde procedure aanleiding heeft gegeven tot de inzet van een andere/nieuwe reguleringsinterventie. Ten tweede is het de vraag in hoeverre die laatste interventie, als zodanig, innovatie beïnvloedt.

4.2 'Nobody knows anything'

19. Dát reguleringsinterventies (en dus ook het aansprakelijkheidsrecht) invloed *kunnen* hebben op innovatie, wordt niet betwist. Het is echter een stuk moeilijker om te bepalen tot welke effecten een bepaalde reguleringsinterventie kan leiden en onder welke omstandigheden de desbetreffende interventie ook daadwerkelijk die effecten teweegbrengt.³⁴ Het *Handbook of Innovation Policy Impact* komt tot de – na ongeveer 500 pagina's enigszins teleurstellende – conclusie dat er te weinig structureel empirisch onderzoek voorhanden is over de invloed van verschillende reguleringsregimes (en dus ook wat betreft het aansprakelijkheidsrecht) op innovatie om harde empirische uitspraken te doen over de relatie tussen reguleringsinterventies en innovatie.³⁵
20. Het gevolg is dat er slechts beperkte kennis over de causale relaties tussen de verschillende reguleringsvormen, zoals het aansprakelijkheidsrecht, en het proces van innovatie voorhanden is.³⁶ Of zoals Graham treffend stelt: 'when predicting how tort law will interact with innovation, nobody knows anything – at least for a while.'³⁷ Sommige studies zouden onvoldoende rekenschap afleggen van dit kennisgebrek, met als gevolg dat 'implicit or simplistic causal assumptions grossly overvalue the contribution' van

34 Anders gesteld: wanneer, hoe en waarom reguleringsinterventies tot bepaalde innovatie-effecten leiden, is met name wat betreft het aansprakelijkheidsrecht moeilijk te bepalen.

35 K. Blind, 'The Impact of Regulation on Innovation', in J. Edler et al. (red.): *Handbook of Innovation Policy Impact*, Edward Elgar Publishing 2016, p. 450-482, p. 450, 465 en 468; A. Galasso & H. Luo, 'Tort Reform and Innovation', *Journal of Law and Economics*, vol. 60, 2017, p. 386-421.

36 J. Edler (et al.), 'Conclusions: Evidence on the effectiveness of innovation policy intervention', in J. Edler et al. (red.): *Handbook of Innovation Policy Impact*, Edward Elgar Publishing 2016, p. 543-564, p. 550.

37 K. Graham, 'Of Frightened Horses and Autonomous Vehicles: Tort Law and Its Assimilation of Innovations', 52 *Santa Clara L. Rev.* 1241 (2012), p. 1241 en p. 1270.

een bepaald reguleringsmechanisme aan het proces van innovatie.³⁸ Dit gegeven alleen al maakt de houdbaarheid van de aanname van de rechtbank twijfelachtig.

4.3 Methodologische problemen

21. Een eerste verklaring voor dit kennisgebrek is praktisch-methodologisch van aard. Met name zou de (beperkte) tijdspanne van onderzoeken naar de effecten van reguleringsinterventies op innovatie problematisch zijn; ‘many studies focus on short-term effects (...). Yet it is apparent that the full impacts of innovation policy interventions are only apparent over the longer run.’³⁹ Een verklaring voor deze korte duur van de onderzoeken, aldus Edler e.a., is financieel-praktisch van aard. Er is te weinig geld beschikbaar voor *follow-up* studies en zowel private als publieke geldschieters investeren nog niet afdoende in studies naar langetermijneffecten.⁴⁰ Het gevolg is dat er een te beperkt beeld van de invloeden van reguleringsinterventies op innovatie ontstaat. Dit is in het bijzonder problematisch omdat de eventuele positieve effecten van een streng reguleringsregime, zoals aangestipt onder nummer 13 en 14, zich doorgaans pas na enige tijd zouden laten gevoelen: eerst moet het ‘slechte’ product van de markt zijn verdreven en vervolgens moet het nieuwe product (in casu: nieuwe behandelmethode) opkomen.
22. Een ander, methodologisch-inhoudelijk, probleem is dat het aansprakelijkheidsrecht niet in een isolement opereert. Wil men het intreden van bepaalde effecten als zodanig, en als gevolg van het aansprakelijkheidsrecht, in kaart brengen dan zal men deze moeten identificeren tegen de achtergrond van de invloed van andere reguleringsmechanismen. Blind onderscheidt in dit verband vier verschijningsvormen van reguleringsinterventies.⁴¹ Het betreft hier:
 - Regulering die een direct (stimulerend) effect op innovatie beoogt te bewerkstelligen (zoals het octrooirecht);
 - *economic regulations* die zien op het ordenen van de markt (denk aan het mededingingsrecht),
 - *social regulations* die zien op de invloed van innovatie op de fysieke leefomgeving (denk aan het milieu- en omgevingsrecht en het arbeidsrecht)
 - en ten slotte het toepasselijke institutionele raamwerk.⁴² Onder deze laatste reguleringsvorm moeten volgens hem, vanwege de generieke aard, onder meer

38 Edler e.a 2016, p. 550.

39 Blind 2016, p. 555.

40 Blind 2016, p. 555.

41 Hij spreekt ook wel van reguleringsniveaus, omdat de beoogde relatie tussen de interventie en innovatie afneemt naarmate men daalt op de ladder.

42 Deze term is vertaald vanuit het Engels. Men zou hier wellicht in het Nederlands spreken van het generieke juridische raamwerk.

het aansprakelijkheidsrecht, goederenrecht en faillissementsrecht worden geschaard.

23. De mate van afzonderlijke invloed van een van deze reguleringsinterventies op innovatie wordt mede bepaald door de wisselwerking met de andere toepasselijke interventies.⁴³ Om deze reden is het ook zo lastig om directe (chilling) effecten van het aansprakelijkheidsrecht in kaart te brengen.⁴⁴ Zo is de vraag in hoeverre het aansprakelijkheidsrecht invloed heeft in de medische sector waar toelating van medische hulpmiddelen op de markt aan regelgeving onderhevig is en reeds (in het bijzonder voor de producent) onderzoeksplichten van kracht zijn.⁴⁵ En dan is vervolgens de vraag in hoeverre het aansprakelijkheidsrecht de aanleiding is voor een gedrags- of beleidsverandering. De verhoging van de kosten als gevolg van het aansprakelijkheidsrecht kan bijvoorbeeld gering zijn. De wisselwerking tussen deze verschillende reguleringsvormen en de invloed daarvan op innovatie is nog niet afdoende empirisch in kaart gebracht.⁴⁶

4.4 Zet het aansprakelijkheidsrecht andere impactmechanismen in gang?

24. Aansluitend op het voorgaande punt speelt, ten derde, de methodologische uitdaging dat ook niet-juridische impactmechanismen van belang kunnen zijn voor de mate waarin het aansprakelijkheidsrecht effecten heeft op innovatie. Denk aan de economische omstandigheden in de afzetmarkt, de kosten van arbeid, de risicoperceptie van de (eind)gebruikers,⁴⁷ de acceptatiegraad van een nieuwe innovatie bij het publiek,⁴⁸ de mate waarin via de media na een ongeluk aan *naming and shaming* wordt gedaan en de – eventueel – daaruit voortvloeiende reputatieschade en de reactie van verzekeraars. Bovendien kunnen aansprakelijkheidsrechtelijke procedures ook weer leiden tot nieuwe reguleringsinterventies van overheidswege (zie nr. 26).

43 Zie voor een rechtseconomisch perspectief op deze wisselwerking: M.G. Faure, 'The complementary roles of liability, regulation and insurance in safety management: theory and practice', (2014) 6 *Journal of Risk Research* 6, 689-707.

44 Dit is overigens een algemeen probleem dat men tegenkomt wanneer getracht wordt de relatie tussen gedrag en aansprakelijkheid in kaart te brengen. Zoals Cardi, Penfield en Yoon betogen is de grootste opgave voor de rechtsempiricus om andere relevante *behavior modifying factors* (zoals de beschikbaarheid van verzekeringen en heuristieken en biases) van elkaar te isoleren, om zo enigszins steekhoudende inzichten over de invloed van het aansprakelijkheidsrecht op te doen. Zie W.J. Cardi, R.D. Penfield & A.H. Yoon, 'Does Tort Law Deter Individuals?' (2013) 9 *Journal of Empirical Legal Studies* 567.

45 Bijv. Hiemstra 2018, hfdst. 3. Ik ga niet in op de discussie in hoeverre dit een adequaat reguleringsstelsel is.

46 Edler e.a 2016, p. 549-550. Ze pleiten ervoor om dergelijke beperkingen expliciet te maken wanneer men empirische uitspraken doet over het effect van een specifieke reguleringsvorm op innovatie.

47 Zie bij nieuwe technologieën, zoals nanotechnologie, D.M. Kahan, D. Braman, P. Slovic, J. Gastil & G. Cohen, 'Cultural Cognition of the Risks and Benefits of Nanotechnology', in: P. Slovic (red.), *The Feeling of Risk*, New York: Earthscan 2010, p. 307-317.

48 Zie hierover onder meer E.M. Rogers, *Diffusion of Innovations*, New York: Free Press 2003.

25. Ofschoon ook hier de empirische studies niet in overvloed aanwezig zijn, is er wel enig (anekdotisch) empirisch bewijs voorhanden over de invloed van het aansprakelijkheidsrecht op andere impactmechanismen. Een dergelijk (en belangrijk) impactmechanisme is de reactie van verzekeraars op de toepasselijke aansprakelijkheidsrisico's.⁴⁹ Zo kunnen verzekeraars via hun polisvoorwaarden bepaald gedrag, zoals het doen van onderzoek, vereisen. In die zin kan de reactie van verzekeraars een stimulans voor 'betere' innovatie zijn. Maar er kunnen ook ongewenste effecten intreden. Huber geeft (in de jaren '80 van de vorige eeuw) een voorbeeld waaruit zou blijken dat verzekeraars niet bereid waren om aansprakelijkheid voor onbekende risico's bij nieuwe vaccins te dekken, mede omdat de onzekerheden tot problemen leidden bij het vaststellen van de premies en dekkingssomvang en daarmee dus uiteindelijk bij (het vaststellen van) de omvang van de mogelijke financiële risico's. De fabrikanten wilden de producten vervolgens pas op de markt brengen nadat de overheid een garantie had afgegeven de kosten te dragen.⁵⁰
26. Voorts is er (wederom) uit de VS enig anekdotisch bewijs voorhanden waaruit zou blijken dat aansprakelijkheidsrechtelijke procedures aanleiding hebben gegeven tot overheidsregulering. Het betreft hier de indirecte effecten van procedures aangaande gewichtsverliespillen⁵¹, Halcion⁵², asbest⁵³, roken⁵⁴, luchtvervuiling⁵⁵ en PFOA-chemicaliën⁵⁶, die voor de wetgever aanleiding zijn geweest om in te grijpen. Het probleem is evenwel dat er nog weinig structureel empirisch onderzoek is gedaan naar de vraag wanneer het aansprakelijkheidsrecht kan leiden en ook daadwerkelijk leidt tot overheidsoptreden. Een bijkomstig probleem is dat er ook studies zijn die juist suggereren dat de opkomst van de publiekrechtelijke gezondheids- en milieuregelgeving, aan het begin van de 20^{ste} eeuw, voor een belangrijk deel valt te verklaren door het onvermogen van het aansprakelijkheidsrecht om bedrijven aan in te zetten om bij de ontwikkeling en introductie van nieuwe producten óók de negatieve milieueffecten en

49 K.S. Abraham, 'The insurance effects of regulation by litigation', in: W.K. Viscusi (red.), *Regulation through litigation*, Washington, D.C.: American Enterprise Institute-Brookings Institution 2002, p. 212-233.

50 P. Huber, 'Safety and the Second Best: The Hazards of Public Risk Management in the Courts', *Columbia Law Review* (85) 1985, p. 308, p. 287. Ontleend aan Visscher, Faure & Weber 2018.

51 W. Wagner, 'When All Else Fails: Regulating Risky Products Through Tort Litigation', (2007) 95 *The Georgetown Law Review* 693, voetnoot 81 met verwijzingen.

52 Wagner 2007, voetnoot 82 met verwijzingen.

53 W.K. Viscusi (red.), *Regulation through litigation*, Washington, D.C.: American Enterprise Institute-Brookings Institution 2002, p. 3.

54 P. Luff, 'Regulating Tobacco through Litigation' (2015) 47 *Arizona State Law Journal* 126.

55 D. Kysar, 'The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism', *European Journal of Risk Regulation* 2018/1, p. 48-65.

56 Zie voor overzichten W.K. Viscusi (red.), *Regulation through litigation*, Washington, D.C.: American Enterprise Institute-Brookings Institution 2002; A.P. Morris, B. Yandle & A. Dorchak, *Regulation by Litigation* (Yale University Press, New Haven 2008), 1.

gezondheidseffecten in ogenschouw te nemen.⁵⁷ Dit impliceert volgens Glaeser en Scheifer dat het aansprakelijkheidsrecht weinig reguleringswaarde toekomt. Wanneer men prikkels tot veilige innovatie in het leven wil roepen, doet men er volgens deze auteurs dan ook goed aan niet al te veel kaarten op het aansprakelijkheidsrecht in te zetten.⁵⁸

5 Hoe verder?

27. Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat er empirisch gezien eigenlijk geen doorslaggevend antwoord te geven valt op de vraag wanneer en in welke mate het aansprakelijkheidsrecht, en dan in het bijzonder aansprakelijkheid voor onbekende risico's in de medische sector, leidt tot defensieve innovatie. Dat gegeven alleen al maakt de houdbaarheid van de stelling van de rechtbank twijfelachtig.
28. Tot op zekere hoogte kan men de rechtbank desalniettemin gelijk geven: aansprakelijkheid in dit geval zou inderdaad kunnen leiden tot defensieve innovatie. Dat geldt zeker wanneer men enig anekdotisch bewijs over de invloed van aansprakelijkheid voor onbekende risico's op de verzekerbaarheid in ogenschouw neemt. Anderzijds moet niet uit het oog worden verloren dat de medische sector al wordt gereguleerd. De vraag is in hoeverre aan het aansprakelijkheidsrecht tussen het geweld van de andere reguleringsinterventies betekenis toekomt bij de beslissing om al dan niet een nieuwe behandelmethode te introduceren.
29. Op grond van het voorgaande dringt zich uiteindelijk met name de vraag op welk juridisch gewicht dient toe te komen aan empirische assumpties, en in het bijzonder die assumpties waarover nog onzekerheid bestaat. Mijns inziens staat vast dat het gebruik van macro-argumenten zowel empirisch als normatief-juridisch verantwoord dient te zijn én, via de motivering, te worden.⁵⁹ Dat betekent in het bijzonder dat men transparant is over de onderbouwing van het macro-argument. Wellicht hadden de rechters expliciet kunnen aangeven dat er onzekerheid heerst over de empirische juistheid van de desbetreffende assumptie, maar dat men desalniettemin het (onzekere) risico op defensieve innovatie hoe dan ook niet wil nemen. Dat roept evenwel wederom de vraag op welk gewicht aan (onzekere) macro-argumenten dient toe te komen. Een

57 E.L. Glaeser & A. Shleifer, 'The Rise of the Regulatory State' (2003) *XLI Journal of Economic Literature* 401; A. Shleifer, *The Failures of Judges and the Rise of Regulator* (MIT Press 2012).

58 Uiteindelijk komt het dus aan op het vinden van een balans tussen regulering en aansprakelijkheid. Zie hierover M.G. Faure, 'The complementary roles of liability, regulation and insurance in safety management: theory and practice', (2014) *6 Journal of Risk Research* 6, 689-707.

59 Zie over deze thematiek E.R. de Jong & T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten? Een bespreking van de mogelijkheden om rekenschap te geven van macro-effecten in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2017/2, p. 60 e.v.

5 *AANSPRAKELIJKHEID EN DEFENSIEVE INNOVATIE: STAAT HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT
NIEUWE MEDISCHE BEHANDELMETHODEN IN DE WEG?*

antwoord op de vraag wanneer, in welke mate en op wat voor manier macro-argumenten in specifieke beslissingen gewicht toekomen, en in het bijzonder wanneer een macro-argument een geldige reden is voor het afwijzen of aannemen van aansprakelijkheid, is evenwel nog niet voorhanden.

6 AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEWELDDADIGE GEDRAGINGEN IN GROEPSVERBAND BIJ UITGAANSGELEGENHEDEN

*E.G.D. van Dongen**

UITSPRAAK

Rechtbank Dordrecht 15 augustus 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BB3957

KERNOVERWEGINGEN¹

6.10. Uit het bovenstaande volgt dat de vechtpartij als één gebeurtenis moet worden gezien en dat zowel [gedaagde 1] als [gedaagde 2] (samen met anderen) op verschillende momenten (opnieuw) de (fysieke) confrontatie met [eiser] zijn aangegaan. Tussen deze gedragingen van in het bijzonder [gedaagde 1] en [gedaagde 2] bestaat voldoende mate van bewuste samenhang om deze als gedragingen in groepsverband aan te kunnen merken. [gedaagde 1] en [gedaagde 2] hebben door hun gedragingen een bijdrage geleverd in het geheel van gedragingen in groepsverband die het gevaar voor het toebrengen van schade hebben doen ontstaan, welke schade ook (zoals hieronder nog zal worden uiteengezet) daadwerkelijk is opgetreden. Naar het oordeel van de rechtbank heeft [gedaagde 2] de vechtpartij uitgelokt door het zonder noemenswaardige aanleiding geven van een kopstoot tegen [eiser]. De daarop volgende vechtpartij is vervolgens in ernstige mate geëscaleerd door het voortdurende gewelddadig optreden van zowel [gedaagde 1] als [gedaagde 2]. De deelnemers van het groepsverband, waaronder [gedaagde 1] en [gedaagde 2], hadden zich behoren te weerhouden van het deelnemen aan de gewelddadige gedragingen in groepsverband en hadden

* Mr. dr. E.G.D. van Dongen is als universitair docent privaatrecht verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall) en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht. Hij dankt de leden van de 'Ucall's Empire' onderzoeksgroep en dr. T.S. van Veldhuizen (Universiteit Leiden) voor hun kritische opmerkingen bij eerdere versies van dit artikel.

1 De onderstrepingen zijn van de auteur.

ook voldoende mogelijkheid om zich te onttrekken aan de vechtpartij, door bijv. de discotheek te verlaten en naar huis te gaan. Dit alles leidt tot de conclusie dat [gedaagde 1] en [gedaagde 2] op grond van artikel 6:166 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die [eiser] heeft geleden als gevolg van de vechtpartij.²

ANNOTATIE

1 *Inleiding*

De zojuist geciteerde kernoverwegingen van Rechtbank Dordrecht zijn geformuleerd naar aanleiding van een vechtpartij in een discotheek tussen (onder meer) een portier en twee bezoekers die plaatsvond in november 2004. Volgens de rechtbank hadden de twee bezoekers, gedaagden in de onderhavige procedure, zich behoren te weerhouden van het deelnemen aan de gewelddadige gedragingen in groepsverband en hadden zij ook voldoende mogelijkheid om zich te onttrekken aan de vechtpartij. Vergelijkbare redeneringen vindt men ook in andere (latere) zaken, bijvoorbeeld in een vonnis van Rechtbank Maastricht uit 2011: ‘geen van hen heeft er blijk van gegeven zich te willen onttrekken aan het plegen van de onrechtmatige gedragingen’.³ De mogelijkheid tot onttrekken aan de groep wordt door de feitenrechters in zaken over artikel 6:166 BW, de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad gepleegd in groepsverband, onderzocht. Onrechtmatige daden gepleegd in groepsverband, zoals schade veroorzaakt door geweld en opstootjes, komen geregeld voor bij uitgaansgelegenheden. Dit is algemeen bekend, zoals ook blijkt uit een vonnis uit 2015 waarin de kantonrechter het algemeen bekend achtte dat er in de betreffende uitgaansnacht van zaterdag op zondag in Renesse mede als gevolg van alcoholgebruik een verhoogd risico op geweldsincidenten bestond.⁴

De onderhavige bijdrage problematiseert de aanname (assumptie) van de rechter dat het mogelijk is zich te onttrekken aan de groep, en plaatst deze aanname in een breder psychologisch perspectief. Deze aanname van de rechter, die niet alleen in het civiele recht maar

2 Rb. Dordrecht 15 augustus 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BB3957, r.o. 6.10.

3 Rb. Maastricht 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BT8383, r.o. 4.5.

4 Rb. Zeeland-West-Brabant 18 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:1557, r.o. 4.3. Uit internationaal onderzoek blijkt dat 32-50% van de geweldsdelicten alcohol-gerelateerd is en dat overmatig alcoholgebruik bijna altijd een rol speelt bij uitgaansgeweld. Alcohol speelt vaker een rol bij agressief geweld dan drugs. Uitvoerig over (de diverse theorieën over) agressie onder meer B. Krahé, *The Social Psychology of Aggression*, 2nd ed., Londen: Psychology Press 2013. Zij schrijft ook (zie uitvoerig p. 89-117) dat situationele factoren agressief gedrag kunnen faciliteren, zoals warmte, lawaai en drukte. De vraag of alcoholgebruik inderdaad in het weekend een verhoogd risico op geweldsincidenten geeft en of dat een feit van algemene bekendheid is, blijft hier verder buiten beschouwing.

ook in het strafrecht gehanteerd wordt,⁵ is betwistbaar. Deze bijdrage laat zien dat de door de rechter geopperde mogelijkheid van een persoon om een groep te verlaten wordt overschat,⁶ en de kracht van de situatie wordt onderschat. Eerst wordt ingegaan op de juridische inbedding (par. 2), daarna wordt de sociale context besproken, waaronder de concepten groepsdruk en conformisme (par. 3), dan wordt nader ingegaan op de verhouding tussen groepsoordelen en individuele meningen (zie par. 4), en ten slotte volgt een evaluatie (par. 5) en een conclusie (par. 6).

2 Achtergrond en juridische inbedding

Indien een onrechtmatige daad is gepleegd door een van de tot een groep behorende personen, en de kans op schade de deelnemers had behoren te weerhouden van gedragingen in groepsverband, kunnen zij hoofdelijk worden aangesproken op grond van artikel 6:166 BW. Ook als een deelnemer niet zelf een schadetoebrengende handeling verricht heeft, kan hij op grond van deze wetsbepaling worden aangesproken. De focus verschuift daarmee van de schadetoebrengende handeling, zoals bij artikel 6:162 BW, naar de deelname aan een groep(sactiviteit). Voor aansprakelijkheid is vereist dat:

- één van de tot een groep behorende personen onrechtmatig schade toebrengt;
- de kans op het toebrengen van de schade het aangesproken groepslid had moeten weerhouden van zijn gedragingen in groepsverband;
- en dat deze gedragingen het groepslid kunnen worden toegerekend.⁷

5 Uit de strafrechtelijke jurisprudentie inzake noodweer blijkt dat aan de subsidiariteitseis niet is voldaan indien een verdachte zich niet behoefde te verdedigen en er geen noodzaak bestond tot verdediging. Daarvan is sprake niet alleen als hij zich aan de aanranding had kunnen onttrekken (reële en redelijke mogelijkheid) maar ook had moeten onttrekken. Enkel met het argument dat hij zich had kunnen onttrekken kan niet worden volstaan, aldus HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, r.o. 3.5.2. Voor medeplegen in de zin van art. 47 Sr is een bewuste en nauwe samenwerking vereist, die ook kan blijken uit de aanwezigheid van de verdachte ten tijde van het delict en het zich niet distantiëren daarvan. Het enkele niet distantiëren kan op zichzelf geen medeplegen opleveren, maar toont eerder aan dat de verdachte bij het delict betrokken is gebleven. Zie A.J. Machielse, 'Commentaar op art. 47 Sr', in: T.J. Noyon/G.E. Langemeijer & J. Rummelink, *Wetboek van Strafrecht*, Deventer (online versie), aant. 27. Dat het niet-distantiëren op zichzelf geen grote betekenis toekomt, althans niet zonder meer voldoende is, maar dat het gaat om een wezenlijke bijdrage leveren aan het delict, blijkt bijv. uit HR 29 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK3356 en HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1328.

6 Laat staan optreden tegen gedrag – dit is erg lastig, laat staan als het een (dominant) groepslid betreft. Zo weten we ook dat optreden of hulpgedrag al zeer weinig plaatsvindt als men dader en slachtoffer niet kent en dat de kans dat een van de aanwezigen een ander in een noodsituatie helpt kleiner is naarmate meer mensen aanwezig zijn (zgn. *bystander-effect*; zie hierover, en over het nalaten een ander te redden (bijv. een drenkeling), S.B. Pape, 'De onrechtmatige daad van zuiver nalaten en het gedrag van omstanders', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civillologie: Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 541 e.v.

7 Zie over de vereisten van art. 6:166 BW, HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2914, en ook R.J.B. Boonekamp, 'De onrechtmatige daad in groepsverband bij de Hoge Raad: HR 2 oktober 2015,

De regeling van artikel 6:166 BW is van recente oorsprong. Een specifieke regeling omtrent groepsaansprakelijkheid bestond nog niet onder het regime van het Burgerlijk Wetboek van 1838. In artikel 6.3.5 van het Ontwerp-Meijers (1961) verschijnt de aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen gepleegd in groepsverband voor de eerste keer in Nederland. Toch is de gedachte niet nieuw.⁸ Zo was blijkens Johannes van de Linden (1756-1835) al onder het Oudvaderlands recht een actie wegens misdaad tegen het lichaam mogelijk tegen allen die behoorden tot de menigte waardoor iemand verwond is.⁹ De *in turba* (dat wil zeggen 'in een menigte') begane onrechtmatige daad, ingevoegd in de Ontwerpen van 1911 (Wetsontwerp-Regout) en 1913 (Wetsontwerp-Heemskerk), past(e) bovendien bij soortgelijke regelingen in buitenlandse rechtsstelsels.¹⁰ In het wetsontwerp van 1961 wordt de regel geïntroduceerd dat meedoen aan gedragingen in groepsverband een fout inhoudt in verband met de kans dat uit gedragingen in groepsverband schade zou worden berokkend.¹¹ Volgens de memorie van toelichting gaat het dan om het scheppen van de psychische sfeer die het gevaar doet ontstaan voor het onrechtmatige toebrengen van schade, een zogenoemd 'psychisch causaal verband'¹² tussen gedragingen in groepsverband en het toebrengen van schade.¹³ Het enkel deelnemen aan (bijvoorbeeld) een volksooploop is onvoldoende voor aansprakelijkheid voor daarbij door de volksooploop veroorzaakte schade.¹⁴

Voor aansprakelijkheid is aldus vereist dat het gezamenlijke optreden de kans op schade heeft verhoogd, met name door het ontstaan van een sfeer die gevaar oproept of vergroot, als ook dat de deelnemers deze kans bewust aanvaarden.¹⁵ In de literatuur wordt bij het handelen in groepsverband zowel een objectief als subjectief criterium als vereiste gesteld. Objectief in de zin van een bijdrage geleverd hebben aan de gedraging(en) die het gevaar voor de schade heeft/hebben doen ontstaan, subjectief in de zin van het bewust gezamenlijk optreden bij de actie die de schade heeft veroorzaakt.¹⁶ De kans op het aldus toebrengen van schade moet zodanig zijn geweest dat zij de tot de groep behorende personen had

ECL:NL:HR:2015:2914', *AV&S* 2016/7. Zie uitvoerig over de onrechtmatige daad gepleegd in groepsverband, R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW*, Deventer: Kluwer 2013.

8 Zie over de historie van dit leerstuk V.A.M. van der Burg, 'De onrechtmatige daad gepleegd in groepsverband', *WPNR* 1969, nr. 5064 en 5065.

9 J. van de Linden, *Regtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek*, Amsterdam: Johannes Allart 1806, p. 172.

10 E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting: derde gedeelte (boek 6)*, Den Haag: Staatsdr.- en Uitgeverijbedrijf 1961, p. 660, met verwijzingen.

11 *Ibid.*, p. 661.

12 Zie over het psychisch causaal verband Boonekamp 2013, p. 13-15.

13 Er wordt verwezen naar het Zwitserse recht (doctrine) en vermeld wordt ook een afwijkende mening, uit de Duitse doctrine, namelijk Larenz' *Lehrbuch des Schuldrechts*.

14 MvA bij Wetsontwerp tot wijziging Burgerlijk Wetboek omtrent de verbintenis uit onrechtmatige daad enz., ad 1402 BW, *W.* 1913, nr. 9459.

15 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/127.

16 Zie N. Peters & M. Goorts, 'Artikel 6:166 BW: onbekend maakt onbemind?', *AV&S* 2012/21.

behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband. Dit impliceert dat alleen hij aansprakelijk kan zijn, die wist of behoorde te begrijpen dat het groepsoptreden het gevaar schiep voor schade zoals die *in concreto* is toegebracht.¹⁷ Daarmee komen we op het punt van de voorzienbaarheid. De persoon diende de kans op het toebrengen van de ontstane schade daadwerkelijk te hebben voorzien of kunnen hebben voorzien.¹⁸ Vervolgens had hij/zij moeten afzien van het (gemeenschappelijke) handelen; men had zich aan de groep moeten onttrekken.¹⁹ Op dat moment spelen er echter enkele psychologische processen en invloeden vanuit de sociale context die dat bemoeilijken, zoals uit het navolgende zal blijken.

3 Sociale context

3.1 Introductie

Het bewustzijn van de voorzienbare gedragingen van een groep en van de gevolgen daarvan, lijken te veranderen, althans behoren te veranderen naarmate de situatie waarin de groep zich bevindt, verandert. Als de situatie gevaarlijk begint te worden en de kans op het ontstaan van schade nabij begint te komen, zou een deelnemer zich van de groep behoren te distantiëren, aldus de wet en de rechter – en niet, zoals in casu, op verschillende momenten de (fysieke) confrontatie opnieuw aangaan. Men dient hierbij echter te bedenken dat menselijke interacties invloed hebben op de gedachten en het gedrag van mensen. De invloed van sociale situaties²⁰ op de aansturing van menselijk gedrag is sterk. Mensen passen hun gedrag gewoonlijk aan de sociale situatie aan en reageren in nieuwe of ambigue situaties op de *cues* die men afleidt uit gedrag van anderen.

Hoewel men kan stellen dat de externe omgeving en/of gedragsmatige context subtiel, maar krachtig, invloed kan hebben op gedachten en gedrag (zgn. situationisme), kan men bepaald gedrag ook toeschrijven aan interne factoren (zgn. dispositionalisme). In het

17 Meijers 1961, p. 661.

18 Een potentieel bijkomend probleem is de invloed van alcohol op de perceptie van de agressieve gebeurtenissen. Uit onderzoek blijkt dat het gebruik van alcohol leidde tot een verhoging van de perceptie van agressie tijdens een neutrale interactie van een *intimate partner violence* (zgn. *hostility bias*), en een verlaging van de perceptie van agressie tijdens de fysieke agressie. Dit kan worden verklaard door de gevolgen van de *anxiety-dampening effects* van alcohol. Zie M.H. Karlén *et al.*, 'Alcohol Intoxicated Witnesses: Perception of Aggression and Guilt in Intimate Partner Violence', *Journal of Interpersonal Violence* (22) 2017, p. 3448-3474. Deze materie blijft verder voor de onderhavige bijdrage buiten beschouwing.

19 Peters & Goorts 2012.

20 Uit onderzoek blijkt dat er drie factoren relevant zijn voor het ontstaan van uitgaansgeweld: de invloed van alcohol en drugs, de invloed van de persoon en invloed van de sociale en fysieke omgeving. Zie Trimbos-instituut, *Alcohol en uitgaansgeweld. De stand van zaken*, Utrecht: Trimbos-instituut 2014. Deze factoren hebben ook invloed op de vraag of de deelnemer psychisch zou behoren te begrijpen dat optreden in groepsverband tot schade zou leiden.

onderhavige geval dient men te bedenken dat de concrete feitelijke (on)mogelijkheid voor bezoeker(s) om zich te onttrekken aan de groep kan worden gezien als een interactie van persoonlijke en situationele factoren of krachten (zgn. persoon-situatie-interactie).²¹ Het gedrag van mensen in groepen, het intreden van groepsdruk, groepsgedrag en conformisme zijn elementen van de sociale context die daaronder vallen en in het navolgende nader zullen worden beschouwd.

3.2 Groepen en groepsdruk

In de criminologische literatuur wordt een vergelijkbaar voorbeeld beschreven als de zaak die voorlag bij Rechtbank Dordrecht in 2017 (met één cruciaal verschil, zo zal blijken): na een avond stappen gaat een groep jongens naar een café, aangeschoten en zich aanstootgevend gedragend. Eén van hen krijgt ruzie met een stamgast, er ontstaat een massale vechtpartij waar onmiddellijk de hele groep aan deelneemt. Eén groepslid echter niet, die rent weg. Diezelfde nacht wordt deze persoon te kennen gegeven dat hij 'eruit ligt' als hij zijn vrienden niet steunt op de momenten dat het erop aankomt.²² Blijkbaar wordt dus van groepsleden verwacht dat ze meevechten wanneer de rest van de groep in een gevecht verzeild raakt. Dit is een voorbeeld van groepsdruk.²³ Dreiging met (sociale) uitsluiting of daadwerkelijk uitsluiten door de groep – maar ook slechts het idee dat uitsluiting dreigt (hierover meer in par. 3.3) – kan individuen ertoe bewegen zich aan te passen aan de in de groep heersende normen. Evolutionair beschouwd bestond deze mogelijkheid in vroegere tijden ter bescherming tegen bedreigingen van de eigen overlevingskansen.²⁴

Het is voor mensen, zeker ook voor jeugdigen – aangenomen dat het hier om jeugdigen gaat, de zaak spreekt over 'jongens' maar ook over 'mannen' – belangrijk om tot een groep te behoren. Mensen zijn van nature sociale dieren en leven, net als dieren, van nature in groepen. Bezien vanuit de evolutie was het zelfs van levensbelang om tot een groep te behoren.²⁵ Deelname aan een groep geschiedt ter bevrediging van bepaalde behoeften die mensen niet alleen kunnen bevredigen. Voor de ontwikkeling van een groep is afstemming

21 P.G. Zimbardo, R.L. Johnson & V. McCann, *Psychologie. Een inleiding*, Amsterdam: Pearson Benelux 2013, p. 437-439.

22 J.D. de Jong & F. van Gemert, *Een studie naar het concept groepsdruk*, Amsterdam/Den Haag: VU/WODC 2010, p. 5.

23 Zie ook reeds het bekende Asch-experiment uit de jaren '50; zie S.E. Asch, 'Effects of Group Pressure upon Modification and Distortion of Judgments', in: H. Guetskow (red.), *Groups, Leadership, and Men*, Pittsburgh: Carnegie Press 1951; *ibid.*, 'Studies of Independence and Conformity: A Minority of One against a Unanimous Majority', *Psych. Monographs* (70) 1956, p. 1-70.

24 E. van Dijk & D. van Knippenberg, 'Groepsgedrag', in: R. Vonk, *Sociale Psychologie*, Groningen: Noordhoff Uitgevers 2013, p. 487. Zie reeds R. Kurzban & M.R. Leary, 'Evolutionary Origins of Stigmatization: the Functions of Social Exclusion', *Psychol. Bull.* (127) 2001, p. 187-208.

25 R. Vonk, 'Sociale Psychologie', in: R. Vonk, *Sociale Psychologie*, Groningen: Noordhoff Uitgevers 2013, p. 21; Van Dijk & Van Knippenberg 2013, p. 484-485.

van onderling gedrag nodig. Dit leidt tot de motivatie bij groepsleden om het eigen gedrag, uit vrije wil, aan te passen aan de normen van de groep. Deze vrije wil is echter niet volledig; groepsleden worden namelijk ook blootgesteld aan groepsdruk.²⁶ Groepsdruk wordt door groepsleden ondervonden met als gevolg dat zij hun gedrag afstemmen op wat zij denken dat de normen van de groep zijn,²⁷ die niet eens daadwerkelijk de normen van de individuele groepsleden hoeven te zijn. Dit kan echter gedrag zijn dat de maatschappij als geheel als deviant bestempelt: ‘maatschappelijk onbetamelijk gedrag’. Succesvolle aanpassing kan leiden tot positieve bevestiging of beloning, overtreding kan leiden tot negatieve reacties of sancties (‘straf’).²⁸ Dit alles stimuleert conformistisch gedrag.

3.3 Conformisme en groepsgedrag

Lidmaatschap van een groep en groepsinvloeden hebben een zeer krachtige invloed op gevoelens, oordelen en het gedrag van de individuele leden.²⁹ In zijn onderzoek naar de invloed van sociaalpsychologische factoren op de besluitvorming in vennootschappen noemt Kroeze drie factoren die bepalend zijn bij de (uitkomst van de) besluitvorming in een groep zoals bestuur of raad van commissarissen: de verhouding tussen groepsleden onderling (conformisme), de verhouding tussen de groep en buitenstaanders (bevoordeling) en de wijze waarop een groep (complexe) besluiten neemt.³⁰ De eerste factor is ook voor de onderhavige uitspraak van belang: conformisme, dat wil zeggen het aanpassen door de deelnemer van zijn gedrag aan gedrag van anderen.³¹ Het kan zijn dat een deelnemer zijn gedrag aanpast aan de (waargenomen) gehanteerde norm door de meerderheid van een groep, want er kan een sterke behoefte bestaan erbij te horen en (niet) afgewezen te worden. Uit het bekende lijnenonderzoek van Solomon Asch blijkt dat de invloed van (de meerderheid van) een groep op het oordeel van een individu sterk kan zijn.³²

26 De Jong & Van Gemert 2010.

27 Het is overigens maar de vraag in hoeverre individuen zich bewust zijn van de groepsdruk die op hen wordt uitgeoefend – het bestaan van groepsdruk is echter lastig van buiten te herkennen.

28 De Jong & Van Gemert 2010.

29 R.S. Barron & N.L. Kerr, *Group Process, Group Decision, Group Action*, Buckingham: Open University Press 2003, p. xii.

30 M. Kroeze, ‘Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 870-871.

31 C. Martijn & J. Fonteijn, ‘Beïnvloeding’, in: R. Vonk, *Sociale psychologie*, Groningen: Noordhoff Uitgevers 2013, p. 466 e.v. Zie over conformiteit ook R.B. Cialdini & N.J. Goldstein, ‘Social Influence: Compliance and Conformity’, *Annu. Rev. Psychol.* (55) 2004, p. 591-621.

32 Interessant is ook dat bij groep van meer dan twee personen de conformiteit toeneemt. Zie ook Zimbardo, Johnson & McCann 2013, p. 443. Aanpassing van gedrag aan gedrag van anderen gebeurt soms bewust, maar ook onbewust.

Bij aanpassing van gedrag spelen er twee te onderscheiden processen,³³ conformisme wordt namelijk veroorzaakt door twee types van sociale invloed (*a two-process model of influence*³⁴): normatieve beïnvloeding en informationele beïnvloeding. Bij normatieve (sociale) beïnvloeding past de deelnemer zich aan (*compliance*), of neemt deze in ieder geval geen afwijkende houding aan, omdat hij mogelijk verwachtingen heeft dat de groep hem anders raar zou vinden of dat hij er niet meer bij zou horen, en niet omdat hij denkt dat het oordeel van de groep correct of beter is. Bij informationele (sociale) invloed gaat het om invloed met als doel informatie te accepteren van een ander (met name door groepsconsensus) als bewijs over de objectieve realiteit.³⁵ Een net ontstaan gevecht kan een situatie zijn waarin men niet direct weet wat te doen en men zich tot de omstanders richt als richtsnoer voor hoe te handelen. De belangrijkste oorzaak van de sociale druk die een persoon ervaart is de zojuist genoemde macht van de groep om een groepslid te straffen door afwijzing en vijandigheid en te belonen door acceptatie en goedkeuring. Sociale afwijzing is een stimulus geassocieerd met diverse onaangename gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan vanaf het moment van geboorte.³⁶

De effecten van sociale invloeden ziet men ook bij een bijzondere vorm van conformiteit, namelijk bij de neiging tot imitatie van anderen. Dit is het zogenoemde kameleoneffect. Het kameleoneffect verwijst naar de onbewuste nabootsing van de houding, gebruiken, gezichtsuitdrukkingen en ander gedrag van een ander op zo'n manier dat iemands gedrag onbewust verandert om op die manier gedrag te vertonen dat overeenkomt met dat van de ander. Het psychologisch verantwoordelijke construct is de zogenoemde *perception-behavior link*: de enkele perceptie van het gedrag van anderen vergroot automatisch de kans om zelf dat gedrag te gaan vertonen.³⁷ Het kameleoneffect dient ook de zeer krachtige basisbehoefte *to belong*. Uit onderzoek van Chartrand en Bargh blijkt dat nabootsing de soepelheid van interacties faciliteert en de waardering van de partners onderling doet toenemen. Het automatisch op gelijke wijze als andere leden van de groep handelen draagt eraan bij dat wordt voorkomen dat de individuele persoon buiten de groep komt te staan

33 M. Deutsch & H.B. Gerard, 'A Study of Normative and Informational Social Influences upon Individual Judgment', *J. Abnorm. Soc. Psychol.* (51) 1955, p. 629-636; J.C. Turner, *Social Influence*, Milton Keynes 1991, p. 34-35. Zie ook L.L. Dallas, 'Proposals for Reform of Corporate Boards of Directors: the Dual Board and Board Ombudsperson', *Washington & Lee Law Review* 1997, p. 104-105.

34 Turner 1991, p. 37 e.v.

35 Deutsch & Gerard 1955, p. 629. Zie ook Turner 1991, p. 35-37.

36 Barron & Kerr 2003, p. 71-72. De sociaalpsychologische mechanismen zijn sterker als de persoonlijke relaties in de groep positief zijn, als er verbondenheid in de groep is, als zij vertrouwen hebben in elkaars kwaliteiten, als zij belang hechten aan lidmaatschap van de groep en als dit lidmaatschap hun status oplevert, zie Kroeze 2013, p. 873.

37 T.L. Chartrand & J.A. Bargh, 'The Cameleon Effect: The Perception-Behavior Link and Social Interaction', *Journal of Personality & Social Psychology* (76) 1999, p. 893-910.

omdat hij anders is, en draagt zo bij aan het voorkomen van uitsluiting (*ostracism*)³⁸ en sociale afstand van de andere groepsleden.³⁹

4 Groepsoordelen, groepsdruk en individuele meningen

Een afwijkend oordeel kan leiden tot afwijzing door de groep en tot verdere consequenties. Voor de groep is unanimité immers van groot belang. Conformiteit hangt af van de perceptie dat de groep consensueel is ('*one mind*' heeft), en dat de afwijkende geïsoleerd staat (in zijn mening/positie).⁴⁰ Individuen conformeren zich dus veelal aan de consensus van de groep. Het behoren tot een groep, en goedkeuring vanuit die groep, is belangrijk gezien de menselijke (als sociale dieren), diepgewortelde *need to belong*.⁴¹ Sociale afwijzing of uitsluiting leidt tot bedroefdheid, en uit onderzoek blijkt dat het ook leidt tot een directe pijnlijke reactie in de hersenen. Er volgt eenzelfde neurocognitieve werking bij sociale pijn als bij fysieke pijn. Door deze pijn wordt een persoon erop gealarmeerd dat hij letsel heeft opgelopen in zijn sociale connecties, en dit stelt hem in de gelegenheid om herstelmaatregelen te nemen.⁴² Uit onderzoek blijkt dat oordelen die tegen de groepsoordelen ingaan, en dus het vasthouden aan autonomie, in de hersenen leiden tot emotionele belasting. Het leidt tot activering van de *amygdalae* die een rol spelen bij emoties (vooral angst en agressie) en tot activering van de rechter *nucleus caudatus*, het gebied betrokken bij het verwerken van de *stimuli* die de aandacht opeisen (*saliency*). Op deze wijze betaalt de persoon de prijs voor zijn individuele autonomie.⁴³ Onafhankelijkheid wordt geassocieerd met subcorticale activiteitsveranderingen die een indicatie zijn voor emotionele lading (*emotional salience*).⁴⁴ Een afwijkend oordeel aannemen ligt vanuit dit perspectief niet voor de hand. Dit sluit aan bij het psychologische concept cognitieve dissonantie, namelijk de spanning die ontstaat wanneer iemand een handeling verricht die in tegenspraak is met de gebruikelijke (positieve) opvatting over hem/haarzelf.⁴⁵

38 Ostracisme (ὄστρακισμός) stamt uit het antieke Athene en was een stemprocedure om prominente burgers via een volksstemming uit de stad te verbannen. Zie hierover onder meer J. Carcopino, *L'ostracisme athénien*, Parijs: Felix Alcan 1935; D. Kagan, 'The Origin and Purpose of Ostracism', *Hesperia* 30 (1961), p. 393-401.

39 Chartrand & Bargh 1999, i.h.b. p. 901. Zie over het psychologisch fenomeen ostracisme bijv. Barron & Kerr 2003, p. 71-73.

40 Zie bijv. Turner 1991, p. 42.

41 Zie over de *need to belong* uitvoerig R.F. Baumeister & M.R. Leary, 'The Need to Belong: Desire for Interpersonal Attachments as a Fundamental Human Motivation', *Psychol. Bull.* 117 (1995), p. 497-529.

42 N.I. Eisenberger, M.D. Lieberman & K.D. Williams, 'Does Rejection Hurt? An fMRI Study of Social Exclusion', *Science* 302 (2003), p. 290-292. Zie ook Van Dijk & Van Knippenberg 2013, p. 486-487.

43 G.S. Berns *et al.*, 'Neurobiological Correlates of Social Conformity and Independence During Mental Rotation', *Biological Psychiatry* (58) 2005, p. 252.

44 *Ibid.*, p. 253. Over *saliency* zie S. Plous, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, New York: Wesleyan University 1993, p. 178-180.

45 W. Aronson, T.D. Wilson & R.M. Akert, *Sociale psychologie*, Amsterdam: Pearson Benelux 2007, p. 178.

5 *Evaluatie*

De cognitieve dissonantie bestaat in casu uit het enerzijds graag bij de groep willen horen (dat vindt de persoon plezierig) en anderzijds de afkeuring van de groep. Er zijn dan twee opties om de cognitieve dissonantie te reduceren: (i) men gaat de groep minder aangenaam vinden, en dan is het distantiëren van de groep met risico van sociale uitsluiting dus ook minder erg, of (ii) men gaat het gedrag van de groep goedpraten of minder erg vinden, en dan is het deelnemen aan de groep ineens minder erg geworden.

De vraag komt bovendien op hoe een persoon zich kan wapenen tegen deze gevoeligheid voor sociale druk. Dat is mede problematisch gezien de illusie van de persoonlijke onkwetsbaarheid ('ik niet'-syndroom), de gedachte dat anderen wel, maar de persoon zelf niet onderhevig is aan situationele krachten. Bovendien treedt groepsdenken op, het sociaalpsychologische proces waarbij conformisme van denken en besluitvorming van individuen in groepen wordt gestimuleerd.⁴⁶ Groepen met een hoge mate van cohesie vertonen de neiging tot streven naar consensus (*concurrency-seeking*) wat interfereert met kritisch denken van individuen. Het streven van individuen tot een unanimitie heft de motivatie tot het komen van een realistisch ingeschatte alternatieve handelswijze op. Groepsdenken leidt dus tot de verslechtering van het mentale rendement, realiteitstoetsing (*reality testing*) en moreel oordeel, veroorzaakt door groepsdruk vanuit de groep zelf.⁴⁷

Uit het voorgaande blijkt dat de externe omgeving de gedachten en gedragingen van de persoon op krachtige wijze kan beïnvloeden. Groepsdruk, groepsgedrag en conformisme dienen niet te worden onderschat, ook niet in groepsgevechten en opstootjes. De persoon die aangesproken wordt op grond van artikel 6:166 BW diende de kans op het toebrengen van de ontstane schade daadwerkelijk te hebben voorzien of kunnen hebben voorzien. Vervolgens had hij/zij moeten afzien van het (gemeenschappelijke) handelen; men had zich aan de groep moeten onttrekken. Toch kan men de assumptie dat de deelnemers van het groepsverband de mogelijkheid hadden om zich te onttrekken aan de groep op zijn minst relativeren. Bij het beoordelen van de mogelijkheid tot onttrekken aan de groep dient men immers naast de kracht van de persoon om de situatie te verlaten ook de kracht van de situatie zelf te betrekken.

Betekent dit dat er daarom ook geen aansprakelijkheid bestaat voor personen die maar beperkt uit eigen vrije wil konden handelen? Niet zonder meer. Argumenten ontleend aan de psychologische context kunnen enkel als argument gelden, en zijn niet het (juridische)

46 Zimbardo, Johnston & McCann 2013, p. 446.

47 I.L. Janis, *Victims of Groupthink. A Psychological Study of Foreign-Policy Decisions and Fiascoes*, Boston: Houghton Mifflin 1972, p. 9.

eindoordeel. Rechters dienen vervolgens een normatieve vertaalslag te maken.⁴⁸ Zonder meer stellen dat op grond van groepsdruk geen aansprakelijkheid meer zou moeten worden aangenomen is in dit geval een nogal vergaande conclusie – zeker gezien het feit dat in casu op verschillende momenten de (fysieke) confrontatie opnieuw werd aangegaan. Het is de vraag wat het gevolg zou moeten zijn van de bredere (psychologische) context en de diverse facetten die in deze bijdrage zijn beschreven, voor het rechterlijk oordeel. Dat is geen eenvoudige vraag. Empirische nuancering van de feitelijke (on)mogelijkheid raakt namelijk aan de bijdrage van het individu aan de groep, aan de risico-acceptatie door het groepslid (en de daaraan verbonden aansprakelijkheid) en aan de gedachte van hoofdelijkheid – en heeft aldus vergaande gevolgen.

6 Conclusie

De onderhavige bijdrage besprak onrechtmatige daden (geweld, opstootjes) gepleegd in groepsverband. Indien een onrechtmatige daad is gepleegd door een van de tot een groep behorende personen, en de kans op schade de deelnemers had behoren te weerhouden van gedragingen in groepsverband, kunnen zij hoofdelijk worden aangesproken op grond van artikel 6:166 BW. De kans op het aldus toebrengen van schade moet zodanig zijn geweest dat zij de tot de groep behorende personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband. Het oordeel van Rechtbank Dordrecht in de onderhavige zaak over de persoon in kwestie is met name normatief bedoeld: hij had zich *moeten* distantiëren ('hadden zich behoren te weerhouden van het deelnemen aan de gewelddadige gedragingen in groepsverband en hadden ook voldoende mogelijkheid om zich te onttrekken aan de vechtpartij'). Dit impliceert dat de rechters een bepaalde weerbaarheid van mensen verwachten. Groepsdruk, conformisme en sociale invloeden leiden vanuit psychologisch en evolutionair perspectief tot aanpassing van het gedrag aan het gedrag van de groep, althans tot het aannemen van een afwijkende houding. Een afwijkende houding leidt tot sociale afwijzing en sociale pijn en ligt daardoor niet voor de hand. De door Rechtbank Dordrecht gegeven feitelijke uitleg laat onvoldoende begrip zien van contextuele psychologische factoren: 'door bijv. de discotheek te verlaten en naar huis te gaan'. Rechters zouden er goed aan doen om expliciet de psychologische factoren te benoemen, af te wegen, mee te nemen in hun feitelijke vaststellingen en in hun normatieve (waarde)oordeel, en dit alles vervolgens goed te expliciteren. Mocht de aansprakelijkheid van een groepslid, na toetreden tot de (potentieel gewelddadige) groep, ondanks de psychologische context, in feite neerkomen op een risicoaansprakelijkheid, dan is dat een normatieve keuze, maar

48 Zie hierover ook I. Giesen, 'The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning', *Utrecht Law Review* (11) 2015, p. 1-18.

dan is in ieder geval de afweging duidelijk (al is dan nog de vraag wat dan de precieze reden is voor die risicoaansprakelijkheid, maar dat is dan weer een andere vraag).

7 PERCENTAGES EN INFORMED CONSENT: HOEVEEL BEGRIJPT DE PATIËNT?

*S.N.P. Wiznitzer**

UITSpraak

Hof Arnhem 27 juli 1999, ECLI:NL:GHARN:1999:AD7603

Kernoverwegingen¹

- 2.11. Het hof ziet zich thans gesteld voor de vraag of E. en W. in de omstandigheden van het geval K. voldoende informatie hebben verschaft voorafgaande aan de operatie op 19 november 1993 om te verzekeren dat zij een informed consent kon geven te dier zake. Vaststaat dat E. de op handen zijnde operatie niet of nauwelijks heeft besproken met K. Eventuele alternatieven voor de operatie zijn door hem, noch door W. aan de orde gesteld. Ook de mogelijke complicaties als gevolg van deze ingreep zijn door E. niet ter sprake gebracht, terwijl W. enkele dagen voor de operatie tegen K. heeft gezegd te hopen dat zich niet opnieuw nabloedingen zullen voordoen, daarbij refererend aan de eerdere operatie aan de rechterknie.
- 2.12. K. gaat uit van de stelling dat zij, indien haar was voorgehouden dat, als alternatief voor een ingrijpende en risicovolle operatie, met medicatie en fysiotherapie het beloop van de klachten zouden kunnen worden afgewacht, zij daar zonder meer voor zou hebben gekozen en dat niet-opereren altijd een te overwegen alternatief is dat besproken moet worden, tenzij er een medische indicatie voor ingrijpen bestaat, welke indicatie hier echter ontbrak (antwoordmemorie na deskundigenbericht sub 8). Ook ingeval er geen enkel alternatief zou zijn dat overweging verdiende, dan nog geldt dat zij niet is geïnformeerd omtrent de aan de operatie verbonden risico's. Dit levert een tekortkoming op aan de zijde van E. omdat zij geen informed consent voor de operatie heeft gegeven, aldus K.

* Shosha Wiznitzer is aio bij Ucall.

1 De onderstrepingen zijn van de auteur.

- 2.13. Gelet op de omstandigheid dat de alternatieve behandelingsmethoden voor K. geen reële optie boden, kan aan E. en W. naar 's hofs oordeel geen verwijt worden gemaakt dat zij deze alternatieven niet aan K. hebben voorgelegd. Het staat vast dat in het onderhavige geval sprake was van een ernstige, vergevorderde en progressieve gonarthrose, waarvan volgens prof. Van Horn bekend is dat deze op conservatieve maatregelen niet goed reageert (diens rapport, p. 12). Dit wordt in algemene zin onderschreven door orthopedisch chirurg A.M. van der Heyden in diens brief van 16 juni 1997, waar deze schrijft dat de kans op het behouden van mobiliteit door het aanhouden en verergeren van ernstige arthroseklachten afneemt, ondanks conservatieve, gewrichtssparende maatregelen (p. 4).
- 2.14. Terzake van het verzuim K. voldoende te informeren omtrent de mogelijke complicaties die een operatieve ingreep als de onderhavige zou kunnen meebrengen, geldt het volgende.
- Volgens de deskundige prof. Van Horn komt amputatie als complicatie van ingrepen als de onderhavige slechts zelden voor. Het risico van infectie verwezenlijkt zich in circa 2 tot 5% van de gevallen, terwijl een amputatie zich in een zeer klein deel van dit percentage gevallen kan voordoen (p. 14).
- Volgens prof. Van Horn is het noemen van de mogelijke complicatie van infectie voldoende en behoeft de uitermate kleine kans van amputatie niet te worden genoemd. Vaak schrikt het noemen van een uiterste consequentie van een medische handeling de patiënt af, raakt deze verward en is deze niet in staat het relatieve van een zeer klein percentage op juiste waarde te schatten.
- 2.15. Ook deze overwegingen van de deskundige worden door het hof overgenomen. In de specifieke omstandigheden van het onderhavige geval waren E. en W. niet gehouden K. te wijzen op de minieme mogelijkheid van amputatie, zoals die zich hier uiteindelijk heeft voorgedaan. Van een arts kan immers niet worden verlangd om voorafgaande aan een ingreep te waarschuwen voor mogelijke complicaties die, zoals in casu de mogelijkheid van amputatie, zich slechts zelden voordoen.

ANNOTATIE

1 *Inleiding en belang*

1. In deze zaak gaat het om een patiënte die in verband met gonarthrose een knieoperatie ondergaat. Naderhand treden complicaties op, waardoor uiteindelijk het been van de patiënte moet worden geamputeerd. De patiënte stelt vervolgens haar behandelaars aansprakelijk. Eén van de voorliggende vragen is of de patiënte voldoende is ingelicht over de mogelijke complicaties die waren verbonden aan de verrichte operatie. Het

gaat om twee risico's: het risico op een infectie en het risico op amputatie van het been ten gevolge van een infectie. Het risico op het oplopen van een infectie ligt tussen de 2% en 5%, en een amputatie ten gevolge van een infectie komt slechts *zeer zelden* voor – in de uitspraak worden voor het laatstgenoemde risico geen percentages vermeld.

2. Om de vraag te beantwoorden of in dit geval aan de informatieplicht is voldaan, vraagt het Hof Arnhem advies aan een deskundige. Volgens de deskundige (en het hof) hoeven patiënten niet te worden geïnformeerd over complicaties die zich maar zeer zelden voordoen – in casu het risico op amputatie van het been ten gevolge van een infectie. Volgens de deskundige kunnen patiënten zeer kleine risicopercentages niet goed interpreteren, wat zou leiden tot 'afschrikking' – in deze context impliceert dit dat patiënten dan minder snel geneigd zouden zijn hun toestemming voor een behandeling te verlenen. Het hof neemt de overwegingen van de deskundige over, en komt daarmee tot de conclusie dat het niet-mededelen van het risico op amputatie ten gevolge van een infectie geen schending van de informatieplicht oplevert. Het risico hierop was 'miniem', en van artsen kan volgens het hof niet worden verlangd om patiënten over alle minimale risico's te informeren. Dat is anders voor het risico op een infectie: dat lag tussen de 2% en 5% en was daarmee volgens het hof niet 'miniem'. Wanneer een risico precies als miniem mag worden beschouwd, blijft in de uitspraak in het midden. De vastgestelde schending van de informatieplicht wat betreft het niet-vermelden van de kans op een infectie levert de patiënte verder overigens niets op, omdat een causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de door de patiënte geleden schade ontbreekt.
3. De deskundige die het hof raadpleegt, doet een aantal uitspraken over het vermogen van patiënten om informatie over kleine risico's te begrijpen. Hij stelt het volgende:

'Vaak schrikt het noemen van een uiterste consequentie van een medische handeling de patiënt af, raakt deze verward en is deze niet in staat het relatieve van een zeer klein percentage op juiste waarde te schatten.' (r.o. 2.14)

In deze veronderstelling zijn twee met elkaar samenhangende assumpties te onderscheiden.² De eerste is dat het noemen van een uiterste consequentie van een medische handeling patiënten afschrikt en verward. De tweede is dat patiënten zeer kleine percentages niet op waarde kunnen schatten. Of de deskundige bedoelt dat alleen al het noemen van een uiterste consequentie patiënten af kan schrikken (zonder daarbij

2 Gezegd kan worden dat nog een derde assumptie valt te onderscheiden, namelijk dat het noemen van uiterste consequenties patiënten *vaak* afschrikt. Gezien de omvang van deze bijdrage laat ik deze derde assumptie onbesproken.

percentages te vermelden), of dat hij bedoelt dat het niet op waarde kunnen schatten van een zeer klein percentage uiteindelijk tot afschrikking leidt, is niet helemaal duidelijk. Het lijkt in de context van de casus logisch deze uitspraken zo te interpreteren dat het laatste bedoeld is: doordat patiënten een zeer klein percentage niet op waarde kunnen schatten, raken zij verward en worden zij afgeschrikt. In het hiernavolgende zal ik de assumpties op deze wijze benaderen. Aan het eind van de noot zal ik ook over de alternatieve interpretatie (het noemen van een uiterste consequentie schrikt patiënten af) nog enkele opmerkingen maken.

4. Vooraf moet gezegd worden dat deze assumpties technisch gezien niet door het hof zelf worden gebezigd, maar, zoals gezegd, door de deskundige die het hof van advies voorziet. Toch beschouw ik de hier beschreven assumpties ook als de opvatting van het hof. Het hof zegt immers de overwegingen van de deskundige over te nemen (r.o. 2.15), en het is op basis hiervan dat het hof tot de conclusie komt dat de informatieplicht wat betreft het niet-vermelden van het risico op amputatie van het been niet is geschonden. De assumpties waar de deskundige van uitgaat, kunnen daarom ook als de assumpties van het hof worden beschouwd.
5. In hoeverre worden deze assumpties ondersteund door empirisch bewijs? Beantwoording van die vraag kan van groot belang zijn voor het leerstuk van informed consent (art. 7:448 BW jo. 7:450 BW).³ Informed consent wil zeggen dat, voordat een patiënt echt toestemming kan geven voor het ondergaan van een behandeling, de patiënt gedegen moet zijn geïnformeerd over de behandeling. Het achterliggende doel van informed consent is om patiënten in staat te stellen om goed geïnformeerd keuzes te maken, waarmee wordt beoogd het recht op zelfbeschikking te beschermen.⁴ Mocht het zo zijn dat patiënten bepaalde informatie, zoals zeer kleine percentages, niet goed kunnen verwerken en dat dit een negatieve invloed heeft op het keuzeproces, dan zou dat reden kunnen zijn om deze informatie niet met patiënten te delen. Deze informatie draagt dan niet meer bij aan het keuzeproces. Worden deze assumpties echter niet ondersteund, dan kunnen de assumpties mijns inziens niet als argumenten worden gebruikt om het niet-mededelen van zeer kleine risicopercentages aan patiënten te legitimeren. Het recht op zelfbeschikking is een fundamenteel recht, en voor het al dan niet vaststellen van een schending van dit recht is een onderbouwing met overtuigende en kloppende argumenten vereist. Onderdeel daarvan is dat de bij de argumentatie gehanteerde assumpties bevestiging vinden in de empirie. Naar die bevestiging zal ik hieronder op zoek gaan, door het nalopen van empirisch onderzoek dat ziet op de hiervoor beschreven assumpties.

3 Zie over informed consent uitgebreid H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 107 e.v.

4 Aldus de Hoge Raad in de *Informed consent* arresten, zie HR 23 november 2001, NJ 2002/386, r.o. 3.5.3 en 3.5.4; HR 23 november 2001, NJ 2002/387, r.o. 3.5.2 en 3.5.3; zie daarover ook Leenen e.a. 2017, p. 108-110.

2 *Empirie*

6. Empirisch onderzoek naar de vraagstukken die hier centraal staan, concentreert zich niet zozeer op de vraag hoe patiënten omgaan met zeer kleine percentages, maar stelt de bredere vraag aan de orde of patiënten überhaupt in staat zijn om een getalsmatige weergave van behandelrisico's te begrijpen.⁵ Daarnaast wordt in onderzoek aandacht besteed aan de vraag of de wijze waarop risico's met patiënten worden gecommuniceerd invloed heeft op de risicoperceptie van patiënten. Beide onderzoeksvragen zijn relevant voor de assumpties die in deze bijdrage centraal staan. Verscheidene onderzoeken naar deze vraagstukken zullen daarom hieronder worden besproken.⁶
7. Bij de hier te beschrijven onderzoeken moet wel de belangrijke kanttekening worden geplaatst dat het steeds gaat om proefpersonen die worden geconfronteerd met fictieve scenario's, en niet om situaties waarin een patiënt daadwerkelijk een keuze over het al dan niet ondergaan van een behandeling moet maken. Dergelijk onderzoek zou immers onethisch zijn. Dit betekent wel dat niet met zekerheid kan worden gezegd of de resultaten van de beschreven onderzoeken ook toepasselijk zijn in een situatie waarin een patiënt echt een behandeling moet kiezen. Het is immers goed mogelijk dat een patiënt zich anders opstelt dan een proefpersoon in een fictief scenario. Dergelijke onderzoeken zijn echter wel de beste benadering van de werkelijkheid die voorhanden is, en daarom zullen deze onderzoeksresultaten – met enige voorzichtigheid – worden gebruikt om de hiervoor beschreven assumpties te onderzoeken.
8. Te beginnen met de vraag in hoeverre patiënten risico-informatie (hetzij grote, hetzij kleine risico's) interpreteren. Van belang hierbij is de zogeheten *anchoring-and-adjustment bias*.⁷ Deze bias duidt op de neiging om bij de verwerking van nieuwe informatie zwaar te leunen op vooraf vergaarde of bestaande kennis. De voorkennis fungeert als 'anker' voor de verwerking van de nieuwe informatie. Het anker heeft invloed op de manier waarop nieuwe informatie wordt geïnterpreteerd, doordat de nieuwe informatie tegen het anker wordt afgezet. Concreet toegepast op de situatie

5 Zo bleek na het zoeken naar literatuur in de databases Pubmed en PsycInfo. Er is voor het laatst gezocht op 4 september 2018 met de zoektermen: 'risk perception', 'patients', 'percentages', 'decision making', 'informed consent'. Daarnaast is literatuur gevonden via verwijzingen in de gevonden artikelen.

6 De omvang van deze bijdrage leent zich niet voor het tot in detail bespreken van elke factor die mogelijk invloed uitoefent op de interpretatie van risicopercentages, en van elk onderzoek dat op dit terrein verricht is. Daarom zal hier worden volstaan met een niet-uitputtende weergave van factoren die een rol kunnen spelen bij de hiervoor beschreven vraagstukken. De factoren zijn gebaseerd op een literatuurselectie die is gemaakt naar aanleiding van de zoekopdracht die is beschreven in de vorige noot.

7 Zie I.S. Senay & K.A. Kaphingst, 'Anchoring-and-adjustment bias in communication of disease risk', *Medical Decision Making* 2009, p. 193-201. Zie over *de anchoring-and-adjustment bias* in het recht ook L.F.H. Enneking, I. Giesen & R. Rijnhout, 'Bewijswaardering en psychologische inzichten', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

dat een zorgverlener een patiënt risico-informatie verschaft, betekent dit dat het mogelijk is dat patiënten vooraf een bepaald idee hebben over hoe hoog of laag bepaalde gezondheidsrisico's zijn, waarna zij de door de arts verschaft informatie in het licht van die voorkennis interpreteren. Een voorbeeld wordt gegeven door Senay & Kaphingst.⁸ Zij beschrijven een onderzoek waarin aan patiënten werd gevraagd wat zij dachten dat hun risico was op borstkanker.⁹ Aan de patiënten werd vervolgens verteld wat klinisch gezien hun risico op borstkanker was. Wanneer de patiënten op een vervolgspraak kwamen, werd opnieuw aan hen gevraagd wat zij dachten dat hun risico op borstkanker was. Uit de resultaten van dit onderzoek blijkt dat patiënten die vooraf het risico overschatten, na het verkrijgen van informatie het risico op borstkanker weliswaar minder hoog inschatten, maar nog wel een hoger percentage noemden dan wat aan hen was medegedeeld. Patiënten die het risico aanvankelijk onderschatten rapporteerden na het verkrijgen van informatie een hoger risico op borstkanker, maar de percentages die deze patiënten noemden, waren nog steeds lager dan het klinische risicopercentage dat aan hen was medegedeeld. Senay & Kaphingst zien in deze resultaten een rol voor de *anchoring-and-adjustment bias*. Het zelf geschatte risico, waar de patiënten van uitgingen voordat aan hen het wetenschappelijk onderbouwde risicopercentage werd medegedeeld, fungeert hier als anker. Te zien is dat de patiënten de risico-informatie verwerken aan de hand van hun anker; zij kunnen hun risico-inschatting enigszins aanpassen, maar doen dit wel rondom het anker. Iemand die van tevoren het risico overschatte, blijft dit enigszins gematigd doen. Hetzelfde geldt voor personen die de risico's onderschatten.

9. Een andere belangrijke factor bij het interpreteren van getalsmatige risico-informatie betreft *numeracy*, oftewel rekenvaardigheid. Uit verscheidene onderzoeken is gebleken dat personen met een betere rekenvaardigheid ook beter in staat zijn cijfers over risico's te interpreteren.¹⁰ Daarnaast is gebleken dat personen met een minder goede rekenvaardigheid de neiging hebben hun persoonlijke risico's te overschatten.¹¹ Deze twee fenomenen maken het relevant om aandacht te besteden aan de rekenvaardigheid van patiënten. Over hoe het gesteld is met de rekenvaardigheid van Nederlandse patiënten zijn, voor zover mij bekend, geen algemene gegevens beschikbaar. Wordt gezocht naar informatie over de rekenvaardigheid van Nederlanders in het algemeen, dan is weinig te vinden over volwassenen. Wel bekend zijn gegevens van de onderwijsinspectie over het rekenniveau van basisschoolleerlingen. Uit een peiling van de

8 Senay & Kaphingst 2009.

9 A. Cull e.a., 'The impact of genetic counselling about breast cancer risk on women's risk perceptions and levels of distress', *British Journal of Cancer* 1999, p. 501-508.

10 Zie bijvoorbeeld J.S. Ancker, E.U. Weber & R. Kukafka, 'Effects of game-like interactive graphics on risk perceptions and decisions', *Medical Decision Making* 2011, p. 130-142.

11 Zie bijvoorbeeld S.L. Davids e.a., 'Predictors of pessimistic breast cancer risk perceptions in a primary care population', *J Gen Intern Med* 2004, p. 310-315.

prestaties van basisschoolleerlingen over het jaar 2016-2017 blijkt dat, hoewel een groot deel van de leerlingen (93%) het fundamentele niveau van rekenen beheerst, slechts 48% van de leerlingen het streefniveau beheerst.¹² In het voortgezet onderwijs worden thans extra middelen ingezet om de rekenvaardigheden van leerlingen te verbeteren, naar aanleiding van signalen vanuit het vervolgonderwijs dat het reken- en taalniveau van jongeren onder de maat is.¹³ Nu zeggen deze gegevens natuurlijk niet meteen iets over de rekenvaardigheid van patiënten in 2018, maar hiermee wordt wel enig inzicht geboden in de rekenvaardigheid van toekomstige patiënten. Mocht blijken dat ook na het afronden van het voortgezet onderwijs bij een groot deel van de leerlingen het rekenniveau niet voldoet aan de streefwaarden,¹⁴ dan lijkt dit, gezien de rol die rekenvaardigheid speelt bij het kunnen begrijpen van risico-informatie, een trend waarmee ook rekening moet worden gehouden in de gezondheidszorg.

10. Daarnaast kan de manier waarop informatie wordt gepresenteerd een rol spelen bij de wijze waarop de informatie wordt geïnterpreteerd. Een voorbeeld kan worden ontleend aan een onderzoek van Timmermans e.a.¹⁵ De onderzoekers vroegen hun proefpersonen een behandeling te kiezen aan de hand van twee fictieve scenario's. De risico's verbonden aan de behandelopties werden op verschillende wijzen gepresenteerd: als percentages en frequenties,¹⁶ als een staafdiagram met daarbij percentages en als een figuur met gekleurde poppetjes met daarbij percentages. Bij de laatstgenoemde optie bestond de getoonde figuur uit zwart en wit gekleurde poppetjes: het aantal witte poppetjes liet zien hoeveel personen na behandeling in leven bleven, en het aantal zwarte poppetjes liet zien hoeveel personen na behandeling kwamen te overlijden. Een weergave van risico's met een staafdiagram werd door de proefpersonen als meer complex ervaren dan de weergave van de risico's met alleen percentages en frequenties of de weergave met het figuur en percentages. Daarnaast vonden de proefpersonen de risico-informatie 'bedreigender' als deze werd weergegeven middels het staafdiagram. Deze resultaten duiden erop dat de wijze waarop informatie wordt gepresenteerd, invloed heeft op hoe goed de patiënt denkt de informatie te kunnen begrijpen, en in hoeverre de informatie bedreigend (en daarmee potentieel afschrikwekkend) overkomt.

12 *Peil.Onderwijs: Taal en rekenen* (rapport Inspectie van het Onderwijs), 2018. Het fundamentele niveau duidt op een toepassingsgerichte benadering van rekenen, de streefniveaus zien op voorbereiding op meer abstracte wiskunde.

13 Zie daarover bijvoorbeeld de brief van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 14 juni 2016, 1008866, www.rijksoverheid.nl.

14 Hierover zijn helaas geen gegevens bekend.

15 D. Timmermans e.a., 'Different formats for communicating surgical risk to patients and the effect on choice of treatment', *Patient Education and Counseling* 2004, p. 255-263.

16 Een voorbeeld van een frequentie is: 1 op de 100 patiënten krijgt een bepaalde ziekte (1:100).

11. Een laatste factor die ik in dit verband wil noemen betreft de complexiteit van de informatie die aan de patiënt wordt gegeven. Risico-informatie kan in meer of mindere mate complex zijn. Een voorbeeld kan worden ontleend aan de in deze noot besproken uitspraak. Het risico op infectie van 2% tot 5% is minder complex dan het risico op amputatie van het been ten gevolge van een infectie – het laatstgenoemde risico gaat immers om een kans die weer afhankelijk is van een andere kans. Het is goed voorstelbaar dat wanneer de informatie complexer wordt, patiënten meer moeite hebben om de informatie juist te interpreteren. Dit standpunt wordt ook ingenomen door Visschers, Meertens, Passchier en De Vries.¹⁷ In een uitgebreid overzichtsartikel onderzoeken zij (onder andere) of personen net zo goed in staat zijn om relatieve risicopercentages te begrijpen als absolute risicopercentages.¹⁸ Uit de verscheidene onderzoeken die de onderzoekers beschrijven komt naar voren dat mensen meer moeite hebben om percentages goed te begrijpen die relatieve risicoreductie uitdrukken dan percentages die absolute risicoreductie uitdrukken.¹⁹ Tevens bespreken Visschers e.a. twee onderzoeken waarin weliswaar geen verschil in begrip van absolute en relatieve percentages wordt aangetoond, maar waarin wel wordt geconcludeerd dat het begrip van beide typen percentages laag is.²⁰ Deze onderzoeken wekken de indruk dat personen over het algemeen moeite hebben met het interpreteren van percentages die risicoreductie uitdrukken, hetzij absoluut, hetzij relatief, en ertoe neigen om relatieve risicopercentages nog net iets ingewikkelder te vinden.
12. Deze beknopte weergave van enkele factoren die een rol spelen bij het vermogen om numerieke risico-informatie goed te kunnen begrijpen, laat zien dat de vraag of patiënten in staat zijn zeer kleine risicopercentages op waarde te schatten niet eenvoud-

17 V.H.M. Visschers e.a., 'Probability information in risk communication: a review of the research literature', *Risk Analysis* 2009, 29, 2, p. 267-287.

18 De invloed van een bepaalde handeling op het optreden van een bepaald risico kan worden uitgedrukt in absolute reductie van het risico en relatieve reductie van het risico. Absolute risicoreductie betreft het absolute verschil tussen het percentage 'slachtoffers' in de situatie zonder interventie en het percentage 'slachtoffers' in de situatie met interventie. Relatieve risicoreductie betreft het relatieve verschil in risico tussen het percentage 'slachtoffers' in de situatie zonder interventie en het percentage 'slachtoffers' in de situatie met interventie. Een voorbeeld, ontleend aan L. Irwig e.a., *Smart Health Choices. Making sense of health advice*, Londen: Hammersmith Press 2008, p. 213-214: stel dat een groep patiënten een bepaald medicijn niet gebruikt (groep 1), en een andere groep patiënten gebruikt het medicijn wel (groep 2). In groep 1 krijgt 20% van de patiënten klachten, en in groep 2 krijgt 12% van de patiënten klachten. De absolute risicoreductie is het absolute verschil tussen de twee groepen, dat is $20 - 12 = 8\%$. De relatieve risicoreductie is de absolute risicoreductie gedeeld door het percentage 'slachtoffers' in de situatie zonder interventie: $8/20 = 0,4$, oftewel een reductie van het absolute risico van 40%.

19 De onderzoeken die Visschers e.a. hebben geraadpleegd zijn te vinden in hun artikel: Visschers e.a. 2009, p. 274 (tabel IV).

20 Zie hiervoor. Het gaat om T.M. Marteau, V. Senior & P. Sasieni, 'Women's understanding of a "normal smear test result": experimental questionnaire based study', *British Medical Journal* 2001, p. 526-528 en S.L. Sheridan, M.P. Pignone & C.L. Lewis, 'A randomized comparison of patients' understanding of number needed to treat and other risk reduction formats', *Journal of General Internal Medicine* 2003, p. 884-892.

dig te beantwoorden is. Dat is onder meer afhankelijk van de verwachtingen van de patiënt (de *anchoring-and-adjustment bias*), de rekenvaardigheid, de manier waarop de informatie met de patiënt wordt gecommuniceerd en de complexiteit van de weergegeven informatie. De vervolgvraag die dit oproept, en die de tweede hier te bespreken assumptie bestrijkt (het noemen van een uiterste consequentie schrikt patiënten af), is de volgende: mocht het zo zijn dat een patiënt een risico verkeerd interpreteert, wat voor gevolgen heeft dat dan?

13. In de literatuur zijn voorbeelden te vinden van experimenten die inzicht in deze vraag bieden. Timmermans e.a. bijvoorbeeld keken in het hiervoor aangehaalde onderzoek niet alleen naar de begrijpelijkheid van de verschillende formats, maar ook naar de invloed op de behandelkeuze die de proefpersonen vervolgens maakten. Zoals gezegd werd informatieoverdracht met het staafdiagram als meest 'dreigend' beschouwd. Daarnaast kozen de personen die het staafdiagram te zien hadden gekregen vaker voor het niet-ondergaan van de behandeling. Dat impliceert dat, wanneer het risico als dreigender wordt ervaren, dit invloed heeft op de behandelkeuze die een patiënt maakt.
14. Daarnaast concluderen Visschers e.a. uit de resultaten van de verschillende onderzoeken die zij bespreken dat het erop lijkt dat personen die worden voorgelicht middels relatieve risicopercentages eerder geneigd zijn om een behandeling te ondergaan. Dit kan volgens de auteurs te maken hebben met het feit dat de relatieve risicoreductie een groter percentage betreft dan absolute risicoreductie.²¹ Doordat personen het moeilijk vinden om te begrijpen wat een relatief risico precies uitdrukt, maakt het grotere getal meer indruk en zijn personen eerder geneigd om actie te ondernemen, zo stellen Visschers e.a. Omdat volgens verscheidene onderzoeken relatieve percentages minder goed begrepen worden dan absolute percentages, adviseren de onderzoekers het gebruik van relatieve risicoreductiepercentages in de praktijk te beperken. Een uitzondering zou gemaakt moeten worden in het geval van een klein risico met ernstige consequenties: dan zou er volgens de onderzoekers voor gekozen kunnen worden de relatieve risicoreductie weer te geven, zodat mensen geconfronteerd worden met een groter getal en zij het kleine risico niet negeren. Dit advies van de onderzoekers betreft uiteraard een normatieve stellingname naar aanleiding van de onderzoeksresultaten die zij beschrijven. Hoewel deze bijdrage er niet toe strekt om tot een dergelijke normatieve stellingname te komen, is het advies van de onderzoekers mijns inziens in deze context toch noemenswaardig. Het laat immers zien dat het mogelijk bestaan van verwarring over kleine percentages niet per se tot de conclusie hoeft te leiden dat je die percentages niet aan patiënten moet vertellen, zoals de deskundige en het hof

21 Visschers e.a. 2009, p. 273.

stellen, maar dat uitgaande van dezelfde assumptie ook tot een tegenovergesteld advies kan worden gekomen.

15. Resumerend wijst empirisch onderzoek erop dat als (de reductie van) een risico als groot wordt ervaren, mensen eerder geneigd zijn om daarop actie te ondernemen. Die actie is erop gericht het risico op negatieve gevolgen te vermijden. Omgekeerd impliceert dit principe dat wanneer men een risico als klein ervaart, men minder snel geneigd zal zijn te kiezen voor de optie waarmee het risico vermeden kan worden.

3 *Terug naar de zaak*

16. Wat betekenen deze inzichten nu concreet voor de hiervoor beschreven assumpties? Ik herhaal hier de stelling van de deskundige die het hof volgt:

‘Vaak schrikt het noemen van een uiterste consequentie van een medische handeling de patiënt af, raakt deze verward en is deze niet in staat het relatieve van een zeer klein percentage op juiste waarde te schatten.’

Wat betreft de eerst besproken assumptie, namelijk dat patiënten niet in staat zijn zeer kleine percentages op juiste waarde te schatten, kan gezegd worden dat empirisch onderzoek laat zien dat verschillende factoren hierbij een rol spelen. Heeft een arts te maken met een patiënt met weinig rekenvaardigheid, gaat het om complexe informatie en wordt een *format* gebruikt dat voor de patiënt weinig inzichtelijk is, dan is de kans inderdaad groot dat een patiënt niet goed zal begrijpen wat het weergegeven risico nu concreet betekent. Deze factoren zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In de hier besproken zaak is over deze factoren geen informatie weergegeven. Hoe goed de patiënte in staat zou zijn geweest om het risico op amputatie van haar been ten gevolge van een infectie te begrijpen kan daarom niet worden gezegd. Het generaliseren van de patiëntpopulatie op dit punt lijkt niet gerechtvaardigd, gezien de verscheidene factoren die een rol spelen. Bovendien zijn de factoren niet alleen patiëntafhankelijk (bijvoorbeeld rekenvaardigheid), maar ook afhankelijk van de arts (bijvoorbeeld de wijze waarop risico's worden gecommuniceerd). De stelling dat patiënten ‘vaak’ niet in staat zijn ‘het relatieve van een zeer klein percentage op juiste waarde te schatten’ is mijns inziens, gelet op onderzoeksliteratuur, een te algemene stelling.

17. Dan de tweede assumptie: het noemen van een uiterste consequentie schrikt de patiënt af. Zoals gezegd is niet duidelijk of hiermee wordt bedoeld dat het de *uiterste consequentie* is die de patiënt zou afschrikken, of dat de afschrikking ontstaat doordat de

patiënt niet in staat is een klein risicopercentage op waarde te schatten. Beide opties worden hieronder besproken.

18. Zoals hiervoor beschreven, is uit verscheidene onderzoeken gebleken dat patiënten gestimuleerd worden om te handelen door risico's die zij (al dan niet terecht) als groot ervaren. Mocht bedoeld zijn dat enkel het noemen van een zeer ernstig gevolg er al toe leidt dat een patiënt zal worden afgeschrikt, dan kan dit door de hier beschreven onderzoeksliteratuur niet worden ondersteund. In het hiervoor genoemde onderzoek van Timmermans e.a. bijvoorbeeld werd aan proefpersonen hetzelfde ernstige gevolg voorgelegd, waarbij bleek dat als het risico op het intreden van het gevolg als groter werd beschouwd, mensen eerder geneigd waren daarop te handelen. Het noemen van een ernstig gevolg lijkt op zichzelf dus niet voldoende om patiënten actie te doen ondernemen.
19. Mocht zijn bedoeld dat afschrikking plaatsvindt doordat een risicopercentage (onterecht) als groot wordt geïnterpreteerd, dan vindt deze stelling ondersteuning in empirisch bewijs. Zoals gezegd komt uit onderzoek immers naar voren dat als een risico als groot wordt ervaren, men geneigd is zo te handelen dat het intreden van het risico wordt verkleind. Dit zou kunnen plaatsvinden in de vorm van het afzien van een bepaalde medische procedure, omdat men het intreden van bepaalde negatieve gevolgen door het ondergaan van deze procedure vreest.
20. Concluderend kan, mijns inziens, gesteld worden dat de hier centraal staande assumptie noch geheel ontkracht noch geheel bevestigd kan worden aan de hand van empirisch bewijs. Dat patiënten moeite kunnen hebben met het goed begrijpen van risicopercentages is een gegeven, maar dit is afhankelijk van zo veel verschillende factoren dat hierover niet veel zinnigs kan worden gezegd zonder (in elk geval enkele van) die factoren in overweging te nemen. Bovendien zal een verkeerde interpretatie van een risico niet altijd tot afschrikking leiden – het is immers ook mogelijk dat een risico juist wordt onderschat. Dat maakt dat de gehanteerde assumptie mijns inziens te algemeen van aard is om te kunnen dienen als juridisch argument. Gezien het belang van het recht op informatie, namelijk het dienen van het zelfbeschikkingsrecht van de betrokken patiënt, wordt de patiënt tekortgedaan als het informatierecht op basis van zo'n algemene stelling terzijde kan worden geschoven.
21. Daarmee is niet gezegd dat ik meen dat hier ten onrechte geen schending van het informatierecht is aangenomen. Wil men recht doen aan het recht op zelfbeschikking en de patiënt zo goed mogelijk in staat stellen een gedegen behandelkeuze te maken, dan zijn redenen te bedenken om zeer kleine behandelrisico's niet mede te delen. Dan kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het willen voorkomen van een *information-overload*: het beschikken over te veel informatie kan juist leiden tot een bemoeilijking van het keuzeproces, waarmee uiteindelijk niet wordt bijgedragen aan het doel van

zelfbeschikking.²² Dat argument is hier echter niet gebruikt. Feit is dat de in deze uitspraak gehanteerde assumpties te algemeen van aard zijn om een schending van de informatieplicht af te kunnen wijzen. Dat betekent niet dat de uitkomst van de zaak op zichzelf niet valide is, maar wel dat de onderbouwing daarvan gebrekkig is.

22 Zie daarover bijvoorbeeld B. Swar, T. Hameed & I. Reychar, 'Information overload, psychological ill-being, and behavioral intention to continue online healthcare information search', *Computers in Human Behavior* 2017, p. 416-425.

8 DE GEMIDDELDE CONSUMENT: NORMATIEF CONSTRUCT OF EVIDENCE-BASED?

*T. Bouwman**

UITSpraak

HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361 (*Teekanne*)

KERNOVERWEGINGEN

36. Bij de beoordeling of een etikettering voor een koper misleidend kan zijn, moet de nationale rechter voornamelijk uitgaan van de vermoedelijke verwachting ten aanzien van die etikettering die een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument heeft ten aanzien van de oorsprong, de herkomst en de hoedanigheid van het levensmiddel, aangezien het er in wezen om gaat de consument niet te misleiden en hem er niet toe te brengen ten onrechte te geloven dat het product een andere oorsprong, herkomst of hoedanigheid heeft dan in werkelijkheid het geval is (...)
37. In dit verband volgt uit de rechtspraak van het Hof dat ervan uit moet worden gegaan dat de consument, wiens beslissing tot aankoop van een product wordt bepaald door de samenstelling van het betrokken product, eerst de lijst van ingrediënten leest, waarvan de vermelding krachtens artikel 3, lid 1, punt 2, van richtlijn 2000/13 verplicht is (...)
38. Dat de lijst van ingrediënten op de verpakking van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde product staat, kan evenwel op zich niet uitsluiten dat de etikettering van dat product en de wijze waarop zij is uitgevoerd, de koper kan misleiden (...)

* Mr. Tom Bouwman is als promovendus verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall). Enkele passages uit deze bijdrage zijn afkomstig uit de masterscriptie van de auteur getiteld 'Van psychologisch inzicht naar verbintenisrechtelijke norm: een onderzoek naar de voorwaarden voor het gebruik van psychologische inzichten bij verbintenisrechtelijke normstelling', die in het kader van de Legal Research Master van de Universiteit Utrecht is geschreven. De auteur dankt daarom zijn scriptiebegeleiders, prof. mr. I. Giesen en dr. mr. R. Rijnhout, voor hun kritische opmerkingen.

39. De etikettering (...) is immers samengesteld uit vermeldingen, aanwijzingen, fabrieks- of handelsmerken, afbeeldingen of tekens die betrekking hebben op een levensmiddel en op de verpakking ervan staan. Van die verschillende elementen kunnen sommige in de praktijk leugenachtig, verkeerd, dubbelzinnig, tegenstrijdig of onbegrijpelijk zijn.
40. Indien dat het geval is, kan de lijst van ingrediënten in bepaalde situaties, ook al is die lijst juist en volledig, ongeschikt zijn om de verkeerde of dubbelzinnige indruk van de consument over de kenmerken van een levensmiddel, die voortvloeit uit de andere elementen waaruit de etikettering van dat levensmiddel is samengesteld, genoegzaam te corrigeren.
41. In de situatie waarin de etikettering van een levensmiddel en de wijze waarop deze is uitgevoerd, in hun geheel beschouwd, de indruk wekken dat dit levensmiddel een ingrediënt bevat dat het in werkelijkheid niet bevat, kan een dergelijke etikettering de koper dus misleiden ten aanzien van de kenmerken van dat levensmiddel.
42. In casu staat het aan de verwijzende rechter om alle verschillende elementen van de etikettering van de vruchtenthee te onderzoeken teneinde te bepalen of een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument kan worden misleid ten aanzien van de aanwezigheid van frambozen- en vanillebloesembestanddelen of van uit die ingrediënten verkregen aroma's.
43. In dat onderzoek moet de verwijzende rechter met name rekening houden met de gebruikte bewoordingen en afbeeldingen en met de plaats, de omvang, de kleur, het lettertype, de taal, de zinsbouw en de gebruikte leestekens van de verschillende elementen op de verpakking van de vruchtenthee.¹

ANNOTATIE

1 De assumptie

Mogen op een thee verpakking vanillebloesems en frambozen afgebeeld worden, begeleid met de tekst 'vruchtenthee met natuurlijke aroma's – vanille-frambozenmaak', terwijl de thee in werkelijkheid – zoals op de ingrediëntenlijst vermeld staat – enkel aroma's met vanille- en frambozenmaak bevat?² Tot de *Teekanne*-zaak uit 2015 beantwoordde het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) dergelijke vragen standaard bevesti-

1 HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361, IER 2015/53, m.nt. E. Hoogenraad & B.B. Duivenvoorde (*Teekanne*), r.o. 36-43.

2 HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361, IER 2015/53, m.nt. E. Hoogenraad & B.B. Duivenvoorde (*Teekanne*), r.o. 14-25.

gend.³ Het Hof ging er namelijk van uit dat de gemiddelde consument voor wie de samenstelling van een product van belang is, de ingrediëntenlijst van het product bestudeert en zich daarom niet laat misleiden door de – foutieve – indrukken die de verpakking kan opwekken.⁴ De verwachtingen die het Hof van de gemiddelde consument had, waren aldus behoorlijk hoog: de gemiddelde consument laat zich niet zomaar om de tuin leiden.⁵ In de *Teekanne*-zaak lijkt het Hof echter van koers te zijn veranderd.⁶ De zojuist genoemde assumptie is daarin vervangen door de assumptie dat, ook al bestudeert de gemiddelde consument de ingrediëntenlijst van een product, het dan alsnog zo kan zijn dat de indruk die de verpakking opwekt ervoor zorgt dat de gemiddelde consument misleid wordt ten aanzien van de kenmerken van het product.⁷ De verwachtingen die het Hof heeft van de gemiddelde consument lijken aldus naar beneden te zijn bijgesteld. Het Hof acht het mogelijk dat de gemiddelde consument zich om de tuin laat leiden door, bijvoorbeeld, onjuiste afbeeldingen op een theeverpakking.

In deze annotatie zal vanuit een gedragswetenschappelijk perspectief worden gekeken naar de correctheid van zowel de oude als de nieuwe assumptie die het Hof (heeft) gebruikt bij de interpretatie van het begrip de ‘gemiddelde consument’. Vervolgens wordt, aan de hand van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (hierna: Richtlijn OHP)⁸ – een richtlijn waarin de gemiddelde consument een belangrijke rol speelt – gereflecteerd op de vraag wat de juridische relevantie is van dit onderzoek naar de correctheid van de assumpties.

3 HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*); HvJ EG 9 februari 1999, C-383/97, ECLI:EU:C:1999:64 (*Van der Laan*); HvJ EG 4 april 2000, C-465/98, ECLI:EU:C:2000:184 (*Adolf Darbo*).

4 HvJ EG 9 februari 1999, C-383/97, ECLI:EU:C:1999:64 (*Van der Laan*), r.o. 37; HvJ EG 4 april 2000, C-465/98, ECLI:EU:C:2000:184 (*Adolf Darbo*), r.o. 22.

5 B.B. Duivenvoorde, ‘De gemiddelde consument als standaard bij misleiding’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 150; M.Th. Beumers & W.H. van Boom, ‘De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht’, in: *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens* (Preadvies VASR 2016), Deventer: Kluwer 2016, p. 5; Conclusie A-G Fennely 16 september 1999, C-220/98, ECLI:EU:C:1999:425 (*Lifting*), r.o. 25; Conclusie A-G Geelhoed 11 december 2003, C-239/02, ECLI:EU:C:2003:668 (*Douwe Egberts*), r.o. 79; Conclusie A-G Trstenjak 24 maart 2010, C-540/08, ECLI:EU:C:2010:161 (*Mediaprint*), r.o. 103.

6 HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361, *IER* 2015/53, m.nt. E. Hoogenraad & B.B. Duivenvoorde (*Teekanne*), r.o. 40. Zie in soortgelijke zin: H. Schebesta & K.P. Purnhagen, ‘The Behaviour of the Average Consumer: A Little Less Normativity and a Little More Reality in CJEU’s Case Law? Reflections on *Teekanne*’, *European Law Review* 2016, p. 590-598; V. Mak, ‘De “gemiddelde consument”: van fictie naar feit?’, *Ars Aequi* 2017, p. 596-598.

7 HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361, *IER* 2015/53, m.nt. E. Hoogenraad & B.B. Duivenvoorde (*Teekanne*), r.o. 36-43.

8 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad.

Deze annotatie is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt eerst kort aandacht besteed aan de vraag wat de juridische functie van de gemiddelde consument is. Vervolgens wordt in paragraaf 3 gekeken hoe het Hof betekenis heeft gegeven aan dit begrip tot de *Teekanne*-zaak uit 2015. Paragraaf 4 bevat een analyse van hoe het Hof sinds de *Teekanne*-zaak uit 2015 het begrip de ‘gemiddelde consument’ interpreteert. In paragraaf 5 wordt vervolgens de ontwikkeling van de ‘gemiddelde consument’ vanuit een gedragswetenschappelijk perspectief geduid waarna in paragraaf 6 wordt gekeken wat de juridische waarde hiervan is. Paragraaf 7 sluit af.

2 *De juridische functie van de gemiddelde consument*

Al sinds 1979 wordt op verschillende terreinen binnen het Europees recht gebruik gemaakt van een ‘gemiddelde consument’.⁹ Aan de hand van dit construct dienen verschillende juridische beoordelingen te worden gemaakt. Zo bepaalt het handelen van de gemiddelde consument of een beperking van het vrije verkeer van goederen of diensten gerechtvaardigd is,¹⁰ of een handelspraktijk oneerlijk is,¹¹ en binnen het intellectuele eigendomsrecht of er, bijvoorbeeld, verwarringsgevaar bestaat.¹²

Aangezien in deze annotatie de invloed van de assumptie van het Hof op de Richtlijn OHP centraal staat, wordt deze paragraaf verder toegespitst op de rol die de gemiddelde consument binnen die richtlijn speelt. Artikel 5 Richtlijn OHP bepaalt dat een handelspraktijk oneerlijk is indien zij ‘het economisch gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is (...) verstoort of kan verstoren.’¹³ In artikel 6, 7 en 8 vindt men gelijksoortige bepalingen, maar dan toegespitst op – respectievelijk – misleidende handelspraktijken, misleidende omissies en agressieve handelspraktijken. Doorslaggevend voor de vraag of een handelspraktijk oneerlijk is – en daardoor onrechtmatig in de zin van

9 HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*) kan gezien worden als de impliciete ‘geboorte’ van de gemiddelde consument. Zie hierover ook: B.B. Duivenvoorde, *The Consumer Benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, Londen: Springer 2015, p. 29-30.

10 Zie onder meer HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*); HvJ EG 7 maart 1990, C-362/88, ECLI:EU:C:1990:102 (*GB-INNO-BM*); HvJ EG 18 mei 1993, C-126/91, ECLI:EU:C:1993:191 (*Yves Rocher*); HvJ EG 2 februari 1994, C-315/92, ECLI:EU:C:1994:34 (*Clinique*).

11 Preambule Richtlijn 2005/29/EG, overweging 18; HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kasler*); HvJ EU 26 oktober 2016, C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800 (*Canal Digital*).

12 HvJ EG 12 januari 2006, C-361/04, ECLI:EU:C:2006:25 (*Picasso*); HvJ EG 3 september 2009, C-498/07, ECLI:EU:C:2009:503 (*Aceites del Sur v. Koipe*), HvJ EG 10 april 2008, C-102/07, ECLI:EU:C:2008:217 (*Adidas*).

13 Art. 5 vereist hiernaast ook dat de handelspraktijk ‘in strijd is met de vereisten van professionele toewijding’, maar uit HvJ EU 19 september 2013, C-435/11, ECLI:EU:C:2013:574 (*CHS/Team4 Travel*) blijkt dat in de regel niet getoetst hoeft te worden aan het criterium. Art. 5 is geïmplementeerd door middel van art. 6:193b BW.

artikel 6:162 lid 2 BW¹⁴ – is telkens of de gemiddelde consument zich in economisch opzicht erdoor laat beïnvloeden. Het niveau van consumentenbescherming die de Richtlijn OHP biedt, is daardoor direct afhankelijk van de eigenschappen van de gemiddelde consument. Als de gemiddelde consument verondersteld wordt zeer oplettend te zijn, dan wordt een werkelijk bestaande consument ook pas bescherming geboden tegen oneerlijke handelspraktijken indien die zeer oplettend heeft gehandeld maar alsnog misleid is door een handelspraktijk. Andersom is het ook zo dat als verondersteld wordt dat de gemiddelde consument zich zeer gemakkelijk laat misleiden, dat dan het niveau van consumentenbescherming dat wordt geboden aan de werkelijk bestaande consument hoog zal zijn. Hij hoeft dan immers niet zeer oplettend te hebben gehandeld om beschermd te worden tegen oneerlijke handelspraktijken.

3 *De gemiddelde consument van voor de Teekanne-zaak*

De eigenschappen van de gemiddelde consument zijn aldus van doorslaggevende betekenis voor het niveau van consumentenbescherming dat tegen oneerlijke handelspraktijken wordt geboden. In deze paragraaf wordt op basis van jurisprudentie van het Hof voorafgaand aan de *Teekanne-zaak* uit 2015 gekeken hoe de gemiddelde consument volgens het Hof handelt en zijn beslissingen neemt. De wijze waarop het Hof het begrip de ‘gemiddelde consument’ interpreteert, verschilt – met uitzondering van wetgeving op het terreinen van het intellectuele eigendomsrecht¹⁵ – niet per richtlijn, verordening of verdragsbepaling.¹⁶ Voor de vraag welke eigenschappen de gemiddelde consument volgens het Hof heeft, zijn daardoor ook arresten relevant die niet over de interpretatie van de Richtlijn OHP gaan.

Sinds de *Gut Springenheide-zaak* uit 1998 is het vaste rechtspraak van het Hof dat de gemiddelde consument een ‘gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’ is.¹⁷ Maar wat betekent dit precies? Dat de gemiddelde consument gemiddeld geïnformeerd is, betekent volgens het Hof dat hij bijvoorbeeld weet dat aardbeienjam residuen van lood, cadmium en pesticide kan bevatten door de verontreinigde bodem waar aardbeien doorgaans op geteeld worden.¹⁸ Dat de gemiddelde consument gemiddeld omzichtig is, betekent dat hij – zoals reeds besproken – de ingrediëntenlijst van levensmiddelen bestudeert indien zijn aankoopbeslissing afhangt van de samenstelling van het product

14 Zie art. 6:193b lid 1 BW.

15 Duivenvoorde 2015, p. 52.

16 Duivenvoorde 2015, p. 29-30.

17 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369, NJ 2000/374, m.nt. D.W.F. Verkade (*Gut Springenheide*), r.o. 31.

18 HvJ EG 4 april 2000, C-465/98, ECLI:EU:C:2000:184 (*Adolf Darbo*), r.o. 26-28.

en zich daarom ook niet laat misleiden door suggestieve aanprijzingen op verpakkingen.¹⁹ Zo laat hij zich niet misleiden door het gebruik van de term ‘natuurzuiver’ op de verpakking van aardbeienjam als hij op de ingrediëntenlijst heeft kunnen lezen dat de jam het geleermiddel pectine bevat en daardoor in werkelijkheid niet natuurzuiver is.²⁰ Dat de gemiddelde consument – tot slot – ook gemiddeld oplettend is, betekent dat hij bijvoorbeeld begrijpt dat cosmeticaproducten met de merknaam ‘Clinique’ geen geneeskundige werking hebben en dat een gezichtscreme die aangeprezen wordt met de term ‘lifting’ geen duurzame werking heeft.²¹ Daarnaast betekent het ook, zo blijkt uit de *Mars*-zaak, dat hij oplettend genoeg is om zich niet te laten misleiden door een ijsverpakking waarop ‘+10%’ gedrukt staat in een gekleurd vlak dat suggereert het voordeel van de verpakking uit te beelden maar in werkelijkheid groter is dan de tien procent voordeel die de verpakking biedt.²²

Het beeld dat uit de jurisprudentie van het Hof tot de *Teekanne*-zaak uit 2015 geconstrueerd kan worden, is er aldus één van een gemiddelde consument die zich niet gemakkelijk om de tuin laat leiden.²³ Hij bestudeert de informatie die hem wordt aangeboden, is kritisch ten opzichte van die informatie en laat zich niet zomaar beïnvloeden door – valse – indrukken die teksten of visuele middelen kunnen opwekken. Of zoals A-G Trstenjak het samenvat: de gemiddelde consument wordt geacht ‘het potentiële gevaar van bepaalde handelspraktijken te herkennen en daarop rationeel te reageren’.²⁴

4 Een nieuwe koers: *Teekanne* en *Canal Digital*

Dat het Hof inmiddels zijn verwachtingen ten aanzien van de gemiddelde consument heeft bijgesteld, blijkt uit de arresten *Teekanne* en *Canal Digital*. In de *Teekanne*-zaak ging het om de vraag of een theeverpakking waarop vanillebloesems en frambozen afgebeeld stonden met daarbij de tekst ‘vruchtenthee met natuurlijke aroma’s – vanille-frambozen-smaak’ misleidend is krachtens artikel 2 lid 1 Richtlijn 2000/13/EG²⁵, aangezien de thee

19 HvJ EG 9 februari 1999, C-383/97, ECLI:EU:C:1999:64 (*Van der Laan*), r.o. 37; HvJ EG 4 april 2000, C-465/98, ECLI:EU:C:2000:184 (*Adolf Darbo*), r.o. 22.

20 HvJ EG 4 april 2000, C-465/98, ECLI:EU:C:2000:184 (*Adolf Darbo*), r.o. 22.

21 HvJ EG 2 februari 1994, C-315/92, ECLI:EU:C:1994:34 (*Clinique*), r.o. 21; HvJ EG 16 september 1999, C-220/98, ECLI:EU:C:2000:8, r.o. 29.

22 HvJ EG 6 juli 1995, C-470/93, ECLI:EU:C:1995:224, NJ 1996/228 (*Mars*), r.o. 24.

23 Vergelijk Duivenvoorde 2013, p. 150; Beaumers & Van Boom 2016, p. 5.

24 Conclusie A-G Trstenjak 24 maart 2010, C-540/08, ECLI:EU:C:2010:161 (*Mediaprint*), r.o. 103. Zie ook in soortgelijke zin: Conclusie A-G Fennely 16 september 1999, C-220/98, ECLI:EU:C:1999:425 (*Lifting*), r.o. 25; Conclusie A-G Geelhoed 11 december 2003, C-239/02, ECLI:EU:C:2003:668 (*Douwe Egberts*), r.o. 79.

25 Richtlijn 2000/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten inzake de etikettering en presentatie van levensmiddelen alsmede inzake de daarvoor gemaakte reclame. Art. 2 lid 1 Richtlijn 2000/12/EG bepaalt dat de etikettering van levensmiddelen niet misleidend mag zijn.

– zoals ook uit de ingrediëntenlijst was op te maken – in werkelijkheid enkel aroma’s met vanille- en frambozensmaak bevatte.²⁶ Na eerst de *Gut Springenheide*-norm herhaald te hebben,²⁷ geeft het Hof vervolgens een nieuwe invulling aan die norm: in plaats van dat het Hof ervan uitgaat dat de ingrediëntenlijst de indrukken die de verpakking opwekt standaard corrigeert, veronderstelt het Hof dat een verpakking indrukken kan opwekken over de eigenschappen van het product die niet genoegzaam gecorrigeerd worden door de ingrediëntenlijst. Om te beoordelen of een verpakking misleidend is, moet de verpakking in zijn geheel beschouwd worden. De nationale rechter moet aan de hand van ‘alle verschillende elementen van de etikettering’²⁸ bepalen of een verpakking misleidend is voor de gemiddelde consument.²⁹

Dat deze uitspraak, waarin een minder omzichtige en oplettende gemiddelde consument verondersteld wordt dan voorheen, niet op zichzelf staat, blijkt uit de *Canal Digital*-zaak uit 2016. Deze zaak ging over een reclamespot van Canal Digital waarin de maandelijkse prijs van een abonnement getoond werd en daarnaast ook uitgesproken werd door een voice-over. De voice-over maakte echter geen melding van de halfjaarlijkse ‘card service’ die ook betaald moest worden bij het afsluiten van een abonnement. Deze ‘card service’ stond enkel met een kleiner lettertype dan dat van de abonnementsprijs onderaan het scherm vermeld, tezamen met de totaalprijs van het abonnement.³⁰ Het Hof werd gevraagd of een dergelijke vorm van marketing waarbij de maandelijkse prijs in het oog springt en de halfjaarlijkse prijs getoond wordt op een minder in het oog springende wijze, misleidend is krachtens artikel 6 lid 1 Richtlijn OHP. Het Hof overwoog:

‘Wanneer de prijs van een product in de zin van artikel 2, onder c, van richtlijn 2005/29 bestaat uit meerdere componenten, waarvan bij de marketing van het product één in het bijzonder op de voorgrond wordt geplaatst, terwijl de andere component, die nochtans een noodzakelijk en voorzienbaar bestanddeel van de prijs vormt, volledig buiten beschouwing wordt gelaten of op een minder in het oog springende wijze wordt gepresenteerd, moet in het bijzonder worden nagegaan of die presentatie kan leiden tot een onjuiste perceptie van het aanbod in zijn geheel. Dat is met name het geval wanneer bij de gemiddelde consument

26 HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361, *IER* 2015/53, m.nt. E. Hoogenraad & B.B. Duivenvoorde (*Teekanne*), r.o. 14-25.

27 HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361, *IER* 2015/53, m.nt. E. Hoogenraad & B.B. Duivenvoorde (*Teekanne*), r.o. 36.

28 HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361, *IER* 2015/53, m.nt. E. Hoogenraad & B.B. Duivenvoorde (*Teekanne*), r.o. 42.

29 HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361, *IER* 2015/53, m.nt. E. Hoogenraad & B.B. Duivenvoorde (*Teekanne*), r.o. 37-43.

30 HvJ EU 26 oktober 2016, C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800 (*Canal Digital*), r.o. 13-17.

de onjuiste indruk kan ontstaan dat hem een bijzonder voordelige prijs wordt aangeboden, omdat hij ten onrechte heeft kunnen aannemen dat hij slechts de op de voorgrond geplaatste prijscomponent moet betalen. Het is de taak van de verwijzende rechter om dat te beoordelen.³¹

De assumptie dat de gemiddelde consument misleid kan worden door de onjuiste indrukken die een handelspraktijk opwekt, dient kortom ook op andere terreinen dan enkel Richtlijn 2000/13/EG, de richtlijn die centraal stond in de *Teekanne*-zaak, leidend te zijn.

5 *De gemiddelde consument: een gedragswetenschappelijk perspectief*

De vraag die zich nu voordoet, is hoe de ontwikkeling die de gemiddelde consument heeft doorgemaakt vanuit het perspectief van de gedragswetenschappen gewaardeerd dient te worden. Is de gemiddelde consument in staat ‘het potentiële gevaar van bepaalde handelspraktijken te herkennen en daarop rationeel te reageren’³² of laat hij zich leiden door de onjuiste indrukken die een handelspraktijk kan opwekken?³³

Lange tijd is de rationele-keuzetheorie dominant geweest in het denken over het handelen van consumenten.³⁴ De rationele-keuzetheorie is een verzameling van aannames over menselijk keuzegedrag die onder meer in de economie gebruikt wordt om gedrag te voorspellen. De belangrijkste aanname van de rationele-keuzetheorie is dat mensen beslissingen nemen op basis van de te verwachten gevolgen van hun keuzes voor hun eigen opbrengsten.³⁵ Beschikbare informatie wordt volgens de rationele-keuzetheorie door mensen optimaal gebruikt om op die manier zo veel mogelijk de eigen behoeftes te kunnen bevredigen. Volgens de rationele-keuzetheorie blijven deze behoeftes stabiel, laten mensen zich bij hun keuzes niet leiden door emoties, en verdisconteren ze onzekerheden en lange- en kortetermijnopbrengsten op rationele wijze.³⁶

31 HvJ EU 26 oktober 2016, C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800 (*Canal Digital*), r.o. 43-44.

32 Conclusie A-G Trstenjak 24 maart 2010, C-540/08, ECLI:EU:C:2010:161 (*Mediaprint*), r.o. 103.

33 HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361, *IER* 2015/53, m.nt. E. Hoogenraad & B.B. Duivenvoorde (*Teekanne*); HvJ EU 26 oktober 2016, C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800 (*Canal Digital*).

34 W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken: de psychologie van het beslissen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 10.

35 E. van Dijk & M. Zeelenberg, ‘De (ir)rationaliteit van de beslisser’, in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser. Over de psychologie van keuze en gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 25-28; H. Vollebergh & J. Vromen, ‘Grondbeginselen van de keuzetheorie’, in: H. Pellikaan & W. Hout (red.), *Economische modellen en politieke besluitvorming. Inleiding in de rationele-keuzetheorie*, Bussum: Coetinho 1998, p. 41-70.

36 Dijk & Zeelenberg 2009, p. 25-28.

Sinds de jaren '70 van de 20^{ste} eeuw laten inzichten uit de gedragswetenschappen echter zien dat er grote vraagtekens moeten worden gezet bij de aannames van de rationele-keuzetheorie. Uit die inzichten blijkt namelijk dat mensen slechts een begrensde rationaliteit hebben. Hiermee wordt niet bedoeld dat de rationaliteit van de mens volledig buitenspel staat bij het maken van keuzes, maar dat de cognitieve capaciteiten van mensen wel grenzen stellen aan hun rationaliteit.³⁷ Deze begrensde rationaliteit van de mens is te verklaren vanuit de twee systemen van denken en beslissen die kunnen worden onderscheiden: het automatische systeem en het reflectieve systeem.³⁸ Het automatische systeem (hierna aangeduid als 'Systeem 1') werkt snel en kost weinig of geen inspanning, terwijl het reflectieve systeem (hierna aangeduid als 'Systeem 2') veel inspanning kost; het omvat wat doorgaans geassocieerd wordt met nadenken.³⁹ Elk van de twee systemen is een instrument van het menselijk brein met zijn eigen vaardigheden, beperkingen en functies. Zo is het Systeem 1 dat op basis van heuristieken – ook wel cognitieve shortcuts of vuistregels genoemd – automatisch antwoord geeft op de som '1 + 1 = ?' en is het Systeem 2 dat aan het werk wordt gezet bij het oplossen van de som '16 x 43 = ?'.⁴⁰

De taakverdeling en interactie tussen Systeem 1 en Systeem 2 is vaak erg nuttig.⁴¹ Wanneer er onverwachts een voorwerp op iemand afkomt, bukt diegene dankzij een ingeving van Systeem 1 in plaats van eerst volgens Systeem 2 na te denken over wat de meest gepaste reactie op de situatie zou zijn. Dat zou namelijk te lang duren. Het is Systeem 1 dat indrukken, ingevingen, intenties en gevoelens genereert waarna vervolgens Systeem 2 deze indrukken doorgaans automatisch oppikt en omzet in keuzes en overtuigingen. Pas als Systeem 1 een vraag niet kan beantwoorden of als een situatie te complex wordt – denk bijvoorbeeld aan het oplossen van de som '16 x 43 = ?' of het inparkeren in een krappe plek – dan neemt Systeem 2 het over van Systeem 1; in plaats van op de automatische piloot te handelen, gaat men nadenken.⁴²

Deze taakverdeling tussen Systeem 1 en Systeem 2 is, zoals reeds opgemerkt, erg nuttig, maar het maakt mensen ook kwetsbaar. Doordat Systeem 1 gebruikmaakt van heuristieken zijn de indrukken van Systeem 1 niet altijd even accuraat. Zo is Systeem 1 niet erg goed in

37 H.A. Simon, 'Rationality as Process and as Product of Thought', *The American Economic Review* 1978, afl. 2, p. 1-16; M.W. Eysenck & M.T. Keane, *Cognitive Psychology: A Student's Handbook*, Hove: Psychology Press 2010, p. 526-527; B.R. Newell, D.A. Lagnado & D.R. Shanks, *Straight Choices: The Psychology of Decision Making*, Londen: Psychology Press 2015, p. 201-207.

38 R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health Wealth and Happiness*, Londen: Penguin Books 2009, p. 21-22.

39 Eysenck & Keane 2010, p. 511-513; D. Kahneman, *Ons feilbare denken*, Amsterdam: Business Contact 2011, p. 28-32.

40 Kahneman 2011, p. 29-30. Het antwoord op de som is overigens 688.

41 Kahneman 2011, p. 32-33.

42 Kahneman 2011, p. 32-33.

statistiek en is het in complexe situaties snel geneigd informatie buiten beschouwing te laten om op die manier de situatie minder complex te maken.⁴³ Dergelijke systematische en grotendeels voorspelbare vergissingen van Systeem 1 zorgen ervoor dat Systeem 2 soms verkeerd geïnformeerd wordt, en aangezien Systeem 2 geneigd is de indrukken van Systeem 1 automatisch over te nemen, zorgt dit uiteindelijk voor structurele fouten in het menselijk denken – ook wel *biases* genoemd.⁴⁴

Aangezien het begrip ‘handelspraktijk’ door de Richtlijn OHP ruim gedefinieerd wordt,⁴⁵ zijn er meerdere heuristieken en *biases* die binnen de context van de richtlijn relevant zijn vanwege hun invloed op het handelen van consumenten. Een goed voorbeeld van een *bias* die in combinatie met een – ogenschijnlijk onschuldige – handelspraktijk toch van invloed kan zijn op de keuze van consumenten is het afleidingseffect (*decoy effect*). Het afleidingseffect laat zien dat de wijze waarop een keuze wordt gepresenteerd de voorkeur voor een optie kan beïnvloeden.⁴⁶ Een experiment dat is uitgevoerd door Ariely kan de invloed van dit effect goed illustreren.⁴⁷ Het Britse tijdschrift *The Economist* bood een tijdlang drie verschillende soorten abonnementen aan: voor 59 pond enkel online toegang tot *The Economist* (1), voor 125 pond de geprinte versie van *The Economist* thuisbezorgd (2) en voor 125 pond zowel de geprinte versie van *The Economist* thuisbezorgd als online toegang tot *The Economist* (3). Om te onderzoeken wat de invloed van de irrelevante tweede optie is op de keuze van consumenten, legde Ariely deze keuze voor aan honderd van zijn studenten. Zestien daarvan kozen voor de eerste optie, geen enkele voor de tweede optie, en 84 voor de derde optie. Tot zover niets bijzonders. Echter, toen Ariely honderd andere studenten enkel de eerste en derde optie voorlegde, verschilden de voorkeuren van de studenten significant in vergelijking met de vorige groep: maar liefst 68 studenten kozen de eerste optie, terwijl slechts 32 studenten voor de derde optie kozen.⁴⁸ Enkel door een irrelevante keuzeoptie toe te voegen, kunnen de keuzes van consumenten dus al beïnvloed worden.

Een ander voorbeeld van een *bias* die consumentengedrag beïnvloedt, is het bezitseffect (*endowment effect*). Dit effect laat zien dat consumenten bezittingen met een gebruikswaarde

43 Kahneman 2011, p. 32-33.

44 A. Tversky & D. Kahneman, ‘Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases’, *Science* 1974, p. 1124-1131; Kahneman 2011, p.32-33; D. Ariely, *Predictably Irrational*, New York: Harper Collins 2008, p. xi-xxiii.

45 Art. 2 sub d Richtlijn 2005/29/EG bepaalt dat een handelspraktijk ‘iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten’ is.

46 A. Tversky & D. Kahneman, ‘The framing of decisions and the psychology of choice’, *Science* 1981, p. 453.

47 Ariely 2008. Duivenvoorde bespreekt in zijn proefschrift dezelfde studie, zie: Duivenvoorde 2015, p. 164.

48 Ariely 2008, p. 1-6.

– oftewel: andere goederen dan geld – hoger waarderen dan gerechtvaardigd is op basis van de marktprijs daarvan.⁴⁹ Dit komt doordat consumenten een sterke voorkeur hebben voor de status quo en een afkeer voor verlies. Het gevolg hiervan is dat consumenten die bijvoorbeeld een product kosteloos kunnen uitproberen waarschijnlijk minder snel hun keuze zullen herzien dan rationeel gezien logisch zou zijn.⁵⁰

Een *bias* die gezien de feiten die ten grondslag liggen aan de *Teekanne*-zaak interessant is, is het referentieniveau-effect (*anchoring effect*).⁵¹ Dit effect, dat veroorzaakt kan worden door het falen van zowel Systeem 1 als Systeem 2,⁵² zorgt ervoor dat mensen onbewust gebruikmaken van willekeurige gegevens als referentiepunt bij het maken van inschattingen.⁵³ De verstrekkende gevolgen die dit effect kan hebben, kunnen geïllustreerd worden aan de hand van twee experimenten die zijn uitgevoerd door Wansin, Kent en Hoch.⁵⁴ Voor die twee experimenten veranderden zij de verkoopsetting van een product gedurende een week op verschillende wijzen in verschillende supermarkten in Amerika. Door middel van het eerste experiment hebben ze onderzocht of consumenten een andere aankoopbeslissing nemen bij de reclametekst ‘On sale – 6 cans for \$3’ dan bij de reclametekst ‘On sale – \$0.50’. De verschillende teksten bleken van grote invloed te zijn: de verkoop van het product was gemiddeld tweeëndertig procent hoger bij de supermarkten die de eerstgenoemde reclametekst gebruikten – met het hogere referentieniveau – dan bij de supermarkten die de tweede reclametekst gebruikten.⁵⁵ Middels het tweede experiment onderzochten Wansin, Kent en Hoch wat de invloed van het referentieniveau-effect is als consumenten in het kader van een aanbieding maar een maximaal aantal van een bepaald actieproduct tegen gereduceerde prijs mogen kopen. Om dit te testen werden een aantal controlesupermarkten aangewezen waarbij bij de actie geen maximaal aantal bestond, een aantal supermarkten waar consumenten maximaal vier blikken van het product tegen de actieprijs mochten kopen, en een aantal supermarkten waar consumenten maximaal twaalf blikken van een bepaald product tegen deze gereduceerde prijs mochten kopen. Wat bleek: in de

49 D. Kahneman, J. Knetsch & R. Thaler, ‘Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias’, *Journal of Economic Perspectives* 1991, p. 193-206; Ariely 2008, p. 127-138.

50 J.A. Luzak, ‘To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers’, *Journal of Consumer Policy* 2014, p. 101-102.

51 Schebesta & Purnhagen 2016, p. 595-596. Zie daarover ook de bijdrage van Schipper en Rijnhout in deze bundel, *red.*

52 A. Furnham & H.C. Boo, ‘A literature review of the anchoring effect’, *Journal of Socio-Economics* 2011, p. 35-42.

53 Kahneman 2011, p. 127; L.F.M. Enneking, I. Giesen & R. Rijnhout, ‘Bewijswaardering en psychologische inzichten’, W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 1036-1042.

54 B. Wansink, R.J. Kent & S.J. Hoch, ‘An Anchoring and Adjustment Model of Purchase Quantity Decisions’, *Journal of Marketing Research* 1981, afl. 1, p. 71-81.

55 Wansink, Kent & Hoch 1981, p. 73.

supermarkten waar geen maximum gold, kochten consumenten gemiddeld 3,3 blikken, in de supermarkten waar een maximum van vier blikken gold gemiddeld 3,5 blikken en in de supermarkten waar een maximum van twaalf blikken gold maar liefst 7 blikken gemiddeld.⁵⁶

Naast getallen kunnen ook visuele elementen door middel van het referentieniveau-effect van invloed zijn op de overtuigingen van consumenten.⁵⁷ Een experiment dat door Purnhagen en Van Herpen naar aanleiding van de *Mars*-zaak is uitgevoerd, illustreert dit.⁵⁸ In dat experiment onderzochten zij of, zoals het Hof veronderstelt, het juist is dat consumenten zich bij het inschatten van de voordeligheid van een bonusverpakking niet laten (mis)leiden door het gekleurde vlak dat de voordeligheid suggereert uit te beelden maar groter is wanneer de werkelijke voordeligheid dan ook met tekst op de verpakking beschreven staat ('+10% extra'). Uit het experiment bleek dat dit niet het geval was: de participanten schatten de voordeligheid van de bonusverpakking groter in dan de werkelijke voordeligheid, ondanks de tekst die op de verpakking stond.⁵⁹

Over de vraag in hoeverre afbeeldingen op verpakkingen middels het referentieniveau-effect ook invloed hebben op overtuigingen van consumenten omtrent andere kenmerken dan de kwantiteit van het product – de samenstelling van een theezakje bijvoorbeeld – lijkt, helaas, geen onderzoek beschikbaar. Wel zijn verschillende onderzoeken uitgevoerd die, als men die in samenhang beschouwt, erop wijzen dat de nieuwe benadering van het Hof in de *Teekanne*-zaak vanuit een gedragswetenschappelijk perspectief positief gewaardeerd dient te worden. Zo is bekend dat consumenten doorgaans afbeeldingen gemakkelijker onthouden dan woorden – het 'picture superiority effect'⁶⁰ – en dat consumenten wanneer hun tijd slechts beperkt is – zoals in de supermarkt – meer aandacht hebben voor afbeeldingen dan voor tekst.⁶¹ Daarnaast laat een studie van Scott en Vargas zien dat afbeeldingen op voorspelbare wijze productinformatie zoals zachtheid kunnen communi-

56 Wansink, Kent & Hoch 1981, p. 74.

57 P. Tomczak & J. Traczyk, 'The mechanism of non-numerical anchoring heuristic based on magnitude priming: is it just the basic anchoring effect in disguise?', *Polish Psychological Bulletin* 2017, p. 401-403.

58 K.P. Purnhagen & E. van Herpen, 'Can Bonus Packs Mislead Consumers? A Demonstration of How Behavioural Consumer Research Can Inform Unfair Commercial Practices Law on the Example of the ECJ's Mars Judgement', *Journal of Consumer Policy* 2017, p. 231; HvJ EG 6 juli 1995, C-470/93, ECLI:EU:C:1995:224, NJ 1996/228 (*Mars*).

59 Purnhagen & Van Herpen 2017, p. 231.

60 W.E. Hockley, 'The picture superiority effect in associative recognition', *Memory & Cognition* 2008, p. 1351-1259; W.E. Hockley & T. Bancroft, 'Extensions of the Picture Superiority Effect in Associative Recognition', *Canadian Journal of Experimental Psychology* 2011, afl. 4, p. 236-244.

61 R. Pieters & L. Warlop, 'Visual attention during brand choice: The impact of time pressure and task motivation', *International Journal of Research in Marketing* 1999, p. 1-16.

ceren,⁶² en demonstrenen Klein en Underwood dat consumenten merken positiever evalueren wanneer op de verpakkingen afbeeldingen van het product staan dan wanneer dat niet het geval is.⁶³ Afbeeldingen op verpakkingen bereiken consumenten aldus niet alleen gemakkelijker dan tekst, maar ze zijn daarnaast ook in staat om van invloed te zijn op inhoudelijke overtuigingen van consumenten. Het lijkt kortom aannemelijker om – zoals het Hof ook sinds de *Teekanne*-zaak doet – te stellen dat de overtuigingen van een consument omtrent de kenmerken van een product tot stand komen door de verschillende elementen van de verpakking, waaronder de afbeeldingen die erop staan, dan door te stellen dat die door enkel de ingrediëntenlijst tot stand komt, zoals het Hof voorheen deed.⁶⁴

6 Hoe nu verder?

Uit de vorige paragraaf is niet alleen naar voren gekomen dat de *Teekanne*-zaak vanuit gedragswetenschappelijk perspectief positief gewaardeerd dient te worden, maar ook dat dit slechts het topje van de ijsberg is: inzichten uit de gedragswetenschappen laten zien dat consumenten zich – relatief – gemakkelijk door handelspraktijken laten verleiden tot keuzes die rationeel niet te verklaren zijn. De normatieve vraag die zich daarom voordoet, is wat de jurist met deze informatie moet doen. Dienen de inzichten uit de gedragswetenschappen te bepalen wat de eigenschappen van de ‘gemiddelde consument’ zijn, of zijn er redenen om deze feitelijke gegevens – deels – links te laten liggen?

Het voert te ver om in deze annotatie een volledig antwoord op deze vraag te formuleren, maar een tweetal aandachtspunten wil ik hier benoemen. Allereest is het – mijns inziens, maar ik ben hier zeker niet de enige in⁶⁵ – noodzakelijk voor het functioneren van het recht dat juristen naar de werkelijkheid kijken. Eén van de doelen van de Richtlijn OHP is bijvoorbeeld het bieden van een hoog niveau van consumentenbescherming.⁶⁶ De enige manier waarop dit doel bereikt kan worden, is door op de hoogte te zijn van hoe consumenten werkelijk beslissingen nemen. Enkel op die manier kan men weten of de bescherming die geboden wordt het gewenste effect heeft en als dat niet zo is, wat er voor nodig

62 L.M. Scott & P. Vargas, ‘Writing with Pictures: Toward a Unifying Theory of Consumer Response to Images’, *Journal of Consumer Research* 2007, afl. 3, p. 341-356.

63 R.L. Underwood & N.M. Klein, ‘Packaging as Brand Communication: Effects of Product Pictures on Consumer Responses to the Package and Brand’, *Journal of Marketing Theory and Practice* 2002, afl. 4, p. 58-69.

64 Vergelijk: Schebesta & Purnhagen 2016, p. 595-596.

65 Zie onder meer: W.H. van Boom, ‘Empirisch Privaatrecht. Enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtwetenschap’, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2013, p. 49; I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 18-19; J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****, Deventer: Kluwer 2005, par. 39-52.

66 Art. 1 Richtlijn 2005/29/EG.

is om daar verandering in te brengen. Of zoals Van Boom het stelt: ‘aspireert men niet te weten hoe de civielrechtelijke werkelijkheid in elkaar steekt, dan werkt men aan een privaatrecht zonder “*reality check*”, dat losgezongen kan raken van de werkelijkheid (...).’⁶⁷

Tegelijkertijd is het zo dat als een juridische norm – zoals de ‘gemiddelde consument’ – een gedragspresumptie bevat die niet overeenkomt met de werkelijkheid, dit op zichzelf nog geen argument is om de norm aan te passen. Het recht is inherent normatief en feiten dicteren geen normen.⁶⁸ Zo streeft de Richtlijn OHP niet alleen een hoog niveau van consumentenbescherming na, maar heeft de richtlijn ook als doel om bij te dragen aan een goede werking van de interne markt.⁶⁹ Een hoog niveau van consumentenbescherming kan voor de verwezenlijking van dit doel mogelijk negatief uitpakken, aangezien een hoog niveau van consumentenbescherming minder ruimte biedt aan handelaren om te concurreren.⁷⁰ De verwezenlijking van het ene doel van de richtlijn kan, kortom, gevolgen hebben voor de verwezenlijking van het andere doel. De vraag wat de eigenschappen van de ‘gemiddelde consument’ dienen te zijn, kan daarom niet enkel aan de hand van feitelijke gegevens over het handelen van consumenten worden beantwoord, aangezien men dan over het hoofd ziet dat het een normatieve afweging is die bepaalt in hoeverre de eigenschappen van de ‘gemiddelde consument’ overeenkomen met hoe consumenten werkelijk handelen.

7 Afronding

‘De gemiddelde consument: normatief construct of *evidence-based*?’ De vraag die de titel van deze annotatie vormt, is een verkeerde gebleken: de gemiddelde consument is zowel een normatief construct als – in ieder geval voor een deel – ook *evidence-based*. De gemiddelde consument zal ook altijd een normatief construct blijven aangezien het een normatieve afweging is die bepaalt in hoeverre de eigenschappen van de gemiddelde consument overeenkomen met hoe consumenten werkelijk handelen. De – ten opzichte van eerdere uitspraken – nieuwe normatieve afweging die het Hof in de *Teekanne*-zaak heeft

67 Van Boom 2013, p. 49.

68 F.L. Leeuw & H. Schmeets, *Empirical Legal Research: A Guidance Book for Lawyers, Legislators and Regulators*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016, p. 225-226; I. Giesen, ‘The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning’, *Utrecht Law Review* 2015, afl. 1, p. 2; W.H. van Boom, ‘Kritiek en methode in juridisch-dogmatisch privaatrechtelijk onderzoek – een bespreking van Asser-Vranken Algemeen Deel****’, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2015, p. 130; J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014, par. 24; O. Lepsius, ‘Socialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild’, *JuristenZeitung* 2005, afl. 1, p. 8.

69 Art. 1 Richtlijn 2005/29/EG.

70 Duivenvoorde 2015, p. 206-209; F. Gomez, ‘The Unfair Commercial Practice Directive: a Law and Economics Perspective’, *European Review of Contract Law* 2006, p. 20-26.

gemaakt, heeft ervoor gezorgd dat de ‘gemiddelde consument’ daarnaast tegenwoordig ook – meer – *evidence-based* is. Inzichten uit de gedragswetenschappen laten zien dat consumenten slechts een begrensde rationaliteit hebben, aangezien zij doorgaans niet de cognitieve capaciteiten hebben om alle informatie die hen bereikt rationeel te verwerken. De assumptie dat de overtuigingen van consumenten omtrent de kenmerken van een product tot stand komen door de verschillende elementen van een verpakking, waaronder de afbeeldingen die daarop staan, lijkt daarom meer in overeenstemming met de werkelijkheid dan de assumptie dat de ingrediëntenlijst over het algemeen misleidende indrukken genoegzaam kan corrigeren.

9 ‘MINDER BUDGET BETEKENT MINDER ZORG’

*Enige bedenkingen bij Reaal
Schadeverzekeringen NV/Gemeente Deventer*

*E. Engelhard**

UITSpraak

HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, NJ 2014/368, m.nt. T. Hartlief (*Reaal Schadeverzekeringen NV/Gemeente Deventer*)¹

KERNOVERWEGINGEN²

- 3.6.1 Bij de beoordeling van de klachten wordt vooropgesteld dat stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten en omstandigheden die ten grondslag worden gelegd aan een op art. 6:174 lid 1 BW gebaseerde vordering, in beginsel op de eiser rusten.
- 3.6.2 Indien, zoals in het onderhavige geval, de eiser stelt dat de schade is ontstaan doordat de openbare weg gebrekkig is, en het aangesproken overheidslichaam (in dit geval: de Gemeente) dat ervoor moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert, zich als verweer (mede) erop beroept dat de financiële middelen te beperkt waren om de vereiste maatregelen te treffen, ligt het op de weg van dat overheidslichaam dit verweer voldoende te onderbouwen; het gaat daarbij immers om feiten en omstandigheden die in zijn domein liggen. De enkele stelling van het overheidslichaam dat de financiële middelen ontoereikend waren, zal in de regel niet volstaan.
- 3.6.3 Indien het desbetreffende overheidslichaam zijn verweer onvoldoende motiveert en de eiser aldus onvoldoende aanknopingspunten biedt voor een meer specifieke onderbouwing van zijn stelling, zal de rechter voorshands moeten oordelen dat de eiser op dat punt aan zijn stelplicht heeft voldaan en het gestelde, bij gebreke van een

* Dr. E.F.D. (Esther) Engelhard is als universitair hoofddocent verbonden aan Ucall en het Molengraaff Instituut voor privaatrecht en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.

1 Zie voor commentaren op dit arrest, naast de NJ-noot van T. Hartlief, o.m.: AB 2014/228, m.nt. A.H.J. Hofman; O&A 2015/4, m.nt. J.J. van der Helm; JA 2014/78, m.nt. J. Veninga en F.T. Oldenhuis.

2 De onderstrepingen hierna zijn toegevoegd (EE).

voldoende gemotiveerd verweer, voorshands als vaststaand moeten aannemen, of zelfs de bewijslast op dat punt kunnen omkeren.

3.7.1 De Gemeente heeft terzake het volgende verweer gevoerd in haar memorie van antwoord:

‘88. De gemeente Deventer heeft als publiekrechtelijke rechtspersoon in het kader van het wegbeheer beleidsvrijheid. Vanwege de beperkte financiële middelen moet zij keuzes [maken] in zaken die wel of juist niet worden aangepakt.

89. Er bestaat voor de gemeente Deventer geen verplichting en het is ook niet gebruikelijk om smalle richels zoals die zich op de Biesterveldsweg voordoen (steeds) op te vullen. Dat is ook niet redelijkerwijs van haar te vergen. Daarvoor heeft de gemeente Deventer eenvoudigweg niet voldoende draagkracht en gaat daar ook thans niet toe over.’

(...)

3.8 In het licht van hetgeen hiervoor in 3.6 is overwogen is het in het arrest van het hof besloten oordeel dat de Gemeente haar beroep op de beperktheid van haar financiële middelen voldoende heeft onderbouwd, onbegrijpelijk. De Gemeente heeft immers in haar memorie van antwoord volstaan met algemeenheden waardoor aan Reaal geen enkel aanknopingspunt werd geboden voor een meer specifieke onderbouwing van haar stelling, en heeft ook bij pleidooi haar door Reaal betwiste verweer niet nader toegelicht.

ANNOTATIE

1 *De assumptie dat beperkte overheidsfinanciën het recht bepalen (en niet omgekeerd)*

1. Behoort de overheid, indien zij als wegbeheerder aansprakelijk wordt gesteld voor de schade als gevolg van een wegongeval, zich te kunnen verweren met een beroep op haar beperkte financiële draagkracht in die zin dat haar draagkracht ontoereikend was voor de door de eiser verlangde mate van zorg? De bovenstaande uitspraak laat zien dat de gemeente zich inderdaad, ten verwere tegen de vordering tot schadevergoeding, kan beroepen op de beperkingen van haar publieke middelen, maar deze uitspraak gaat één stap verder: mits dit verweer ‘voldoende *specifiek*’ wordt onderbouwd. De veronderstelling die *aan dit laatste aspect (specificatie)* ten grondslag ligt is een feitelijke, namelijk dát de gemeente haar standpunt (‘het budget heeft in de weg

gestaan aan de verlangde maatregel') op een specifieke financiële onderbouwing kan laten steunen. Daar valt het nodige op af te dingen want dát de vereiste mate van zorg niet is genomen zal, uitzonderingen daargelaten, niet een bijzondere of specifieke geldkwestie zijn, maar veeleer een kwestie van prioritering binnen de (politieke) besluitvorming: aan het geld werd een bepaalde bestemming gegeven en die bestemming was niet de bestemming die de eiser, achteraf gezien, graag had gezien. Dus moet de rechter niet zozeer naar de concrete cijfers of het concrete budget kijken (want dan komt men er in de regel niet uit), maar – en met terughoudendheid – naar de diverse af te wegen belangen van het onderhavige geval. Daartoe zal ik eerst kort ingaan op de feiten van het onderhavige geval.

2. Deze kwestie betrof een fietser die, doordat hij moest uitwijken voor een hem inhalende vrachtauto met aanhangwagen, met zijn voorwiel in een richel (spleet) tussen het wegdek en de berm is beland. Daardoor is hij ten val gekomen en ernstig gewond geraakt. De WAM-verzekeraar van de vrachtwagencombinatie, Reaal, zoekt regres bij de gemeente als wegbeheerder. Zij baseert haar regresvordering ingevolge artikel 6:10 BW op artikel 6:174 lid 1 en 2 BW (kwalitatieve aansprakelijkheid voor opstallen). Rechtbank en hof beoordelen deze vordering aan de hand van de *Wilnis*-maatstaf. Dit houdt in dat de vraag of de weg³ niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen (en dus 'gebrekig' is), niet alleen afhangt van omstandigheden zoals de aard, de functie en de fysieke toestand van de opstal en van het daarvan te verwachten gebruik. Voorts dient volgens het hof in aanmerking te worden genomen:

'de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar, *alsmede (...) de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen*'.⁴

Bij dit laatste kan ingevolge het *Wilnis*-arrest, alsmede de parlementaire toelichting op artikel 6:174 BW:

3 Het hof heeft geoordeeld dat dat, hoewel de berm van een weg niet uitdrukkelijk wordt genoemd in art. 6:174 lid 6 BW, een redelijke uitleg van die bepaling met zich brengt dat voor de toepassing van art. 6:174 BW onder weg mede de bij die weg behorende berm dient te worden begrepen wanneer de ligging en de toestand van de berm relevant zijn voor de beoordeling van de vraag of die weg een gevaar oplevert voor gebruikers. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ3262, r.o. 6.2. Dit blijft in cassatie in stand.

4 R.o. 6.5 van het hof (mijn cursief, EE).

‘voor het geval de aansprakelijkheid op een overheidslichaam rust mede betekenis toekomen aan de hem toekomende beleidsvrijheid *en ter beschikking staande financiële middelen*’.⁵

Volgens het hof had Reaal hieraan onvoldoende invulling gegeven:

‘nu zij heeft nagelaten voldoende onderbouwd te stellen dat (...) onder de gegeven omstandigheden van de gemeente kon worden gevegd dat zij de onder haar beheer staande wegen zodanig onderhoudt dat richels als de onderhavige telkens worden opgevuld.’⁶

De gemeente had namelijk aangevoerd:

‘dat, gelet op de continue berijding van de weg door zwaar landbouwverkeer, richels naast de rijbaan met grote regelmaat zouden moeten worden opgevuld, terwijl de gemeente hiervoor onvoldoende capaciteit en financiële middelen heeft.’

De stelling van de eiser dat het enkel opvullen van de richel met enige ‘harde substantie’ niet veel had hoeven kosten, was volgens het hof, gelet op deze betwisting, niet voldoende.

De hiertegen gerichte cassatieklacht van Reaal, die inhield dat het nu juist op de weg van de *gemeente* ligt om haar verweer omtrent haar financiële middelen en beweerdelijk door haar gemaakte keuzes en prioritering concreet te onderbouwen, slaagt. De gemeente heeft naar het oordeel van de Hoge Raad met haar stelling dat haar financiële middelen beperkt zijn,

‘volstaan met algemeenheden waardoor aan Reaal geen enkel aanknopingspunt werd geboden voor een meer specifieke onderbouwing van haar stelling (...)’.⁷

Ook na verwijzing is de gemeente niet in deze stelplicht geslaagd.⁸ De gemeente heeft in de verwijzingsprocedure bij Hof Den Bosch nog gesteld:

5 R.o. 6.5 van het hof (mijn cursief, EE); Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1394; HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*), r.o. 4.3.3.

6 R.o. 6.6 van het hof (mijn cursief, EE).

7 R.o. 3.8.

8 Hof Den Bosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022.

'dat zij [de gemeente, EE] voor al het wegenonderhoud jaarlijks ongeveer 5 miljoen euro beschikbaar heeft. Als alle maatregelen uit het Wegbeheer bestand volgens de CROW-normen zouden worden uitgevoerd, zou daarvoor 9 miljoen euro nodig zijn, inclusief alle indirecte kosten zelfs 14 tot 18 miljoen euro. Volgens het [deskundigenrapport, EE] bedragen de (directe) kosten van het eenmalig verbeteren van de grasbetonklinkers langs de [straatnaam] circa € 16.000. Het is voor wegbeheerders onmogelijk om alle situaties van richels en opstaande stoepranden overal tegen te gaan en te blijven controleren. Het zou ook leiden tot veel wegwerkzaamheden met afzetting van wegen en risico op ongevallen door onoverzichtelijke verkeerssituaties.'⁹

Volgens het hof:

'heeft de gemeente daarmee nog steeds niet voldoende onderbouwd dat haar financiële middelen te beperkt zijn om de vereiste maatregelen te treffen. De gemeente heeft immers wel haar jaarbudget voor wegonderhoud genoemd, maar niet onderbouwd welke keuzes zij binnen dit budget heeft gemaakt en waarom een bedrag als voornoemd voor herstel van de richel niet kon worden gedragen, noch gesteld hoeveel de totale begroting van de gemeente bedraagt, hoeveel daarvan aan andere beleidsterreinen wordt uitgegeven, en welke afwegingen en keuzes de gemeente daarbij heeft gemaakt. Zij heeft wel genoemd dat zij beleidsvrijheid heeft, maar zij heeft op geen enkele wijze concreet, voor deze situatie, ingevuld hoe zij daarvan gebruik heeft gemaakt.'¹⁰

Kortom, eenvoudig is het voor de gemeente allermint. Maar dat neemt niet weg dat in een ander geval de te beperkte financiële armslag van de aansprakelijk gestelde gemeente, indien zij die wél afdoende weet te onderbouwen, wel degelijk in de weg kan staan aan het moeten nemen van bepaalde veiligheidsmaatregelen en haar aldus kan vrijwaren van aansprakelijkheid ingevolge artikel 6:174 BW. Met het arrest *Reaal/Deventer* wordt de ruimte die toekomt aan de wegbeheerder om het 'beperkte middelen'-verweer te voeren *de facto* smaller gemaakt.¹¹

3. Maar *impliciet* wordt met deze uitspraak tevens de aandacht verlegd van een algemene (abstracte) naar een concrete beoordeling van de financiële middelen van de wegbeheerder. Deze beoordeling gaat veel verder dan dat de rechter in zijn oordeel het algemene gegeven betreft dat financiële (en evt. andere praktische) capaciteiten in

⁹ Citaat uit het arrest van het hof, Hof Den Bosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022, r.o. 2.4.2.

¹⁰ Hof Den Bosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022, r.o. 2.5.7.

¹¹ Zie met name in die zin Venninga en Oldenhuis in *JA* 2014/78; voorts de annotaties van Hofman in *AB* 2014/228 en Van der Helm in *O&A* 2015/4.

algemene zin beperkt zijn. De geconcretiseerde uitleg van het ‘beperkte middelen’-verweer kan namelijk meebrengen dat de rechter moet beoordelen of de concrete financiële (en andere praktische) capaciteiten van het desbetreffende overheidsorgaan in het gegeven jaar waarin het schadevooral plaatsvond, toereikend waren voor het kunnen nemen van de door de rechter beoogde veiligheidsmaatregel. In deze specificatie van het ‘beperkte middelen’-verweer (de toespitsing op het concrete budget en de concrete begroting) schuilt volgens mij een nog verdergaande feitelijke, niet-juridische assumptie, dan die welke ik hierboven (bij nr. 1) al noemde. Namelijk: dat de door de eiser verlangde mate van zorg of veiligheid rechtens niet als maatstaf kan dienen voor het rechterlijk oordeel *omdat er ten tijde van het schadevooral volgens de gemeente geen budget was*. Op dit punt past voorzichtigheid, want als de rechter in een concreet geval oordeelt dat er ten tijde van het schadevooral een rechtsplicht bestond om de verlangde mate van zorg te betrachten, dan zal de naleving daarvan per definitie alsnog op de concrete begroting van de gemeente komen althans behoren te staan (en dan zal vervolgens wellicht geld ontbreken om andere prioriteiten te stellen, maar dát staat dan niet in de weg aan de *in concreto* verlangde zorg). Het zal dan ook veelal niet zozeer een geldkwestie zijn, maar een verwijt ten aanzien van de onderliggende belangenafweging, het gevoerde beleid, de genomen beslissingen over de weginrichting. De rechter zal er dan ook voor moeten waken zich bij het ‘beperkte middelen’-verweer niet onnodig in ‘de centen’ te gaan verdiepen (want ook de publieke middelen die gemoeid zijn met instandhouding van het rechterlijk apparaat zijn beperkt). Alvorens dit nader toe te lichten, vraagt eerst het ‘beperkte middelen’-verweer om enige nadere toelichting.

2 *Achtergrond: het ‘beperkte middelen’-verweer*

4. Het ‘beperkte middelen’-verweer wordt ingeroepen in het kader van de *normatieve* vraag welke mate van zorg van de gemeente kan en mag worden verlangd. Dat bij die vraag, naar de wenselijkheid van overheidsoptreden, als feit van algemene bekendheid meeweegt dat de publieke middelen nu eenmaal beperkt zijn, is meer dan logisch. Ter illustratie, als er een botsing plaatsvindt op een fietspad doordat het fietspad een onoverzichtelijke bocht kent, dan zou het ‘beperkte middelen’-verweer kunnen luiden dat de gemeente niet bij machte is ‘om voor elke onoverzichtelijke bocht een waarschuwbord te plaatsen’.¹² Dit verweer kan door de overheid worden gevoerd in de context van het formuleren van een zorgvuldigheidsnorm zoals bedoeld in artikel 6:162 lid 2, slot BW,¹³ maar ook, zoals in het voorliggende arrest het geval is, in het

12 Rb. Limburg 18 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6819 (*Eiser/Gemeente Peel en Maas en Gemeente Leudal*).

13 Zie het art. 81 Wet RO-arrest inzake HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:102 (*Plakoksel*).

kader van het gebrekkigheidsvereiste van artikel 6:174 BW. Dit volgt, zoals gezegd, reeds uit de parlementaire geschiedenis met betrekking tot artikel 6:174 BW en, meer specifiek, het *Wilnis*-arrest.¹⁴

5. Voor het 'beperkte middelen'-verweer van de wegbeheerder is – vanzelfsprekend – slechts ruimte binnen zekere grenzen. Zo wordt in de parlementaire geschiedenis in het kader van artikel 6:174 BW gesteld dat de beperkte financiële middelen die het overheidslichaam ten dienste stonden niet betekenen:

‘dat het onderhoudsniveau bij gebreke aan financiële mogelijkheden *beneden een aanvaardbaar peil* zal mogen dalen, of dat bekende gevaarlijke situaties mogen voortbestaan.’¹⁵

Dit laatste – bekendheid met de gevaarlijke situatie – zal gemeenten, zeker indien die bekendheid bij de gemeente al geruime tijd bestaat, doorgaans zwaar worden aangerekend indien de te verlangen mate van zorg relatief eenvoudig was te realiseren.¹⁶ De relevantie van het verweer lijkt, *grosso modo*, dan ook beperkt te zijn tot gevallen waarin de eiser zich erover beklaagt dat de gemeente minder zorg heeft betracht dan door hem voor de gegeven wegsituatie wenselijk wordt geacht, terwijl de gemeente zich op het standpunt stelt dat de wegsituatie niet onaanvaardbaar was (laat staan dat het bij de gemeente bekend zou zijn geweest dat de desbetreffende wegsituatie ‘gevaarlijk’ zou zijn) en haar budget de verlangde voorzorgsmaatregelen niet toeliet.¹⁷ De civiele rechter kán in dat geval, indien de gemeente dit 'beperkte middelen'-verweer voldoende heeft onderbouwd (bijvoorbeeld met documentatie van haar beleidsoverwegingen alsmede van haar budgettaire uitleg), zoals gezegd oordelen dat de gemeente verdergaande veiligheidsmaatregelen niet hoeft te nemen. Ik gaf daarvan hiervoor al een voorbeeld. Dit zal de rechter bij ongevallen die (mede) debet zijn aan de ongelukkige weg- of verkeerssituatie, naar mijn inschatting althans, niet snel doen; zo zal de rechter beducht zijn voor veralgemeniseringen van de aangesproken gemeente, in die zin dat de verlangde veiligheidsmaatregel zou betekenen dat ook op andere plaatsen de wegsituatie dienovereenkomstig moet worden aangepast. ('Als wij hier moeten snoeien en/of waarschuwingsborden moeten plaatsen, dan moet dit op tal van andere locaties ook en dat is te kostbaar en praktisch niet haalbaar.')¹⁸ De rechter zal (hopelijk) kritisch kijken of de discussie kan worden teruggebracht naar de ver-

14 Zie nr. 1.

15 Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1394 (mijn cursief) en Van der Helm 2015, nr. 6.

16 Zie bijv. Hof Den Bosch 11 maart 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AF6147, VR 2004/54.

17 Zie recent bijv. Rb. Limburg 18 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6819 (*Eiser/Gemeente Peel en Maas en Gemeente Leudal*), r.o. 4.18.

18 Zie bijv. Rb. Limburg 18 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6819 (*Eiser/Gemeente Peel en Maas en Gemeente Leudal*). In deze uitspraak wordt een dergelijk 'beperkte middelen'-verweer van de gemeente verworpen.

langde veiligheidsmaatregel op de desbetreffende locatie.¹⁹ Nogmaals, voor de duidelijkheid: het ‘beperkte middelen’-verweer betreft slechts één van de factoren die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van het gebrekkigheidsvereiste van artikel 6:174 BW (resp. het vereiste van onrechtmatigheid wegens strijd met hetgeen in het maatschappelijke verkeer betaamt). Als bijvoorbeeld een stoplicht niet werkt, dan is de weg gebrekkig, onafhankelijk van de vraag of de gemeente veel of weinig financiële capaciteiten heeft om dit probleem aan te pakken. Maar bij minder evidente gevallen kan aan het ‘beperkte middelen’-verweer eventueel beslissend gewicht toekomen (zoals wellicht in de kwestie *Reaal/Deventer* het geval had kunnen zijn). De relevantie van het hier besprokene ziet dan ook eigenlijk op zulke gevallen.

6. Hoewel dus de praktische relevantie van het ‘beperkte middelen’-verweer vermoedelijk in zekere zin gerelativeerd kan worden, kan zij in ander opzicht ook juist gemakkelijk worden *onderschat*. Er zijn in Nederland, naar ik vermoed, talrijke wegsituaties die als ‘risicovol-doch-aanvaardbaar’ kunnen worden aangemerkt en die door de gemeente, provincie en/of het Rijk, mede vanwege het algemene gegeven dat het publieke budget nu eenmaal beperkt is, niet worden aangepakt. Indien er als gevolg hiervan een ongeval ontstaat, dan kan de aansprakelijk gestelde overheid zich verweren met een beroep op haar beperkte budget. Dit verweer kan slagen indien de gemeente haar beleidskeuzes hieromtrent goed heeft gedocumenteerd en voorzien heeft van een financiële toelichting van haar negatieve keuze.

3 *Wenselijkheid van het ‘beperkte middelen’-verweer: alleen indien objectief uitgelegd*

7. Over de vraag of het ‘beperkte middelen’-verweer *überhaupt* wenselijk is, lopen de meningen uiteen, zij het dat de academische discussie hierover nog maar beperkt heeft plaatsgevonden.²⁰ Ik heb met dit verweer als zodanig geen moeite, *mits dit slechts in algemene zin wordt verstaan (als zijnde een feit van algemene bekendheid)*;²¹ de rechter zou zich dan bij de vraag welke mate van zorg van de overheid wordt verlangd, slechts rekenschap kunnen en mogen geven van het feit van algemene bekendheid dat het overheidsbudget (nu dit vanuit de publieke middelen gefinancierd is) per definitie beperkt is. Dit brengt bijvoorbeeld mee dat niet op iedere straathoek in

19 In die zin besliste ook Rb. Limburg 18 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6819 (*Eiser/Gemeente Peel en Maas en Gemeente Leudal*).

20 Zie het overzicht bij K.J.O. Jansen, *Groene Serie Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.4.4.6 (actueel t/m 15-01-2018) en vgl. ook aant. 7.2.1.3; voorts T. Hartlief, ‘De draagkracht van de gedaagde overheid’, redactioneel *NJB* 2014/975; J.J. Jacobse & Pieterse, ‘Zorgen en plichten; een analyse van de jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid voor schade door wateroverlast’, *O&A* 2017/91, p. 197-205.

21 Bij dit punt (‘mits in algemene zin verstaan’) ligt de kern van mijn betoog; ik zal dit hierna nader toelichten.

Nederland een verkeersregelaar kan staan, ook niet waar het gaat om gevaarlijke kruispunten, smalle fietspaden, enzovoort. Maar zoals gezegd benadert de Hoge Raad het 'beperkte middelen'-verweer (ook deels) concreet, door te oordelen dat de gemeente die dit verweer voert haar financiële beperkingen moet concretiseren. Hartlief wijst er in zijn *NJ*-noot op dat de rechter zich hierdoor desgevraagd met het gemeentebudget zal behoren bezig te houden om te bepalen wat de gemeente zich kon permitteren.²²

8. Een andere nadelige consequentie van de in het arrest *Reaal/Deventer* veronderstelde specificering of concretisering van het 'beperkte middelen'-verweer, indien dit verweer succesvol wordt gevoerd, is mijns inziens dat van gemeenten met voldoende financiële armslag, althans gemeenten die onvoldoende in staat blijken te zijn om hun 'beperkte middelen'-verweer feitelijk te onderbouwen, een verdergaand veiligheidsniveau kan worden verlangd dan van de gemeenten die aantoonbaar minder goed 'in de slappe was' zitten: de laatste categorie gemeenten kan volstaan met het realiseren van een 'weliswaar niet-zonder-risico'-s-doch-aanvaardbaar' veiligheidsniveau.²³ Dat de rechter bij de laatstbedoelde gemeenten terughoudender zou kunnen zijn dan bij de eerstbedoelde categorie gemeenten heeft mijns inziens, zeker vanuit het oogpunt van de burger, wiens veiligheid in het geding is, iets bevreemdends.

4 *Terug naar de assumptie: klopt die eigenlijk wel?*

9. Maar waar het mij in de onderhavige bijdrage om gaat, is de niet-juridische, feitelijke veronderstelling die aan het 'beperkte middelen'-verweer ten grondslag ligt. Verondersteld wordt immers dát beperkte financiële overheidsmiddelen eraan in de weg kunnen hebben gestaan 'om de vereiste maatregelen te treffen' (zie in die woorden r.o. 3.6.2). Indien het 'beperkte middelen'-verweer door de gemeente specifiek wordt onderbouwd, dan kan dit voor de rechter een argument zijn om bij de beoordeling van de vraag naar aansprakelijkheid de voor die gemeente 'te dure' veiligheidsmaatregelen in beginsel niet te verlangen. Klopt echter de feitelijke, niet-juridische veronderstelling over de rol van de financiële middelen bij het vaststellen van wat rechtens is of dient te zijn? Uiteraard beïnvloedt het beschikbare budget van lagere overheden hun keuze voor het al dan niet nemen van veiligheidsmaatregelen (in die zin dat het beperkte budget een factor is die tot terughoudendheid noopt). Dat staat niet ter discussie. Maar is het ook zo dat budgetkrapte van een overheidslichaam feitelijk in

²² Een andere moeilijkheid die hierbij speelt, betreft de vraag *hoe* de civiele rechter tot een dergelijk oordeel (nl. het oordeel dat de gemeente te beperkte financiële middelen heeft) komt. Ik zal dit punt laten rusten.

²³ Vgl. de kritische noot van Bloembergen bij HR 19 november 1999, *NJ* 2000/234 (*Waterschap De Dommel*) en hierover ook Hartlief's *NJ*-noot bij HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155 (*Wilnis*). Anders: Van der Helm, 2015 nr. 9.

de weg kan staan aan de naleving van zorgplichten die het in het aansprakelijkheidsrecht worden opgelegd? Is het feitelijk bijvoorbeeld zo dat een overheidslichaam zijn budget, althans de besteding daarvan, vaststelt en invult onafhankelijk van de maatregelen die het *rechtens* dient te nemen? Waardoor het dan dus feitelijk kan voorkomen dat zijn budget ontoereikend is? Of is het in de praktijk omgekeerd en zal de gemeente haar financiële middelen afstemmen op hetgeen rechtens van haar wordt verlangd? Kortom: *het recht* bepaalt (mede), althans impliceert *de facto*, of/welk budget beschikbaar dient te zijn. Nu kan de gemeente natuurlijk stellen dat die beoogde rechtsplicht pas achteraf, dus *ex post*, door de rechter wordt vastgesteld en opgelegd. Maar dat is altijd zo: de aansprakelijke hoort achteraf pas hoe de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm luidt aan de hand waarvan zijn gedrag dat tot de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft geleid wordt beoordeeld. Dat hij zich – doordat hij die ongeschreven norm toen niet kende of kon kennen – zich daardoor niet heeft laten leiden, komt voor zijn risico: pas achteraf hoorde Sjouwerman dat het nemen van extra beveiligingsmaatregelen bij het openlaten van het kelderluik noodzakelijk was,²⁴ pas achteraf hoorde de schoonmaakster dát en hoe zij de door haar aangetroffen natronloog extra veilig had behoren te verpakken,²⁵ pas achteraf hoort de wegbeheerder hoe hij de richels had behoren te beveiligen; die vereiste maatregelen hadden voorafgaand aan de schadeveroorzakende gebeurtenis behoren te worden getroffen. De gemeente dient bij de vaststelling van haar begroting de op dat moment bestaande juridische verplichtingen te respecteren. Er had dus, *ex post* geredeneerd, budget voor moeten worden vrijgemaakt.

10. Dient de rechter dan helemaal geen rekening te houden met budgetkrapte? Natuurlijk wel: de rechter zal bij zijn vaststelling en invulling van de mate van zorg die in het kader van de vraag naar aansprakelijkheid van de overheid wordt verlangd, rekening houden met het *algemene* ('*objectieve*') feit dat publieke middelen nu eenmaal beperkt zijn.²⁶ Dit laatste stel ik in de onderhavige bijdrage niet ter discussie. Bij de keuze uit de (in het kader van art. 6:162 of art. 6:174 BW) te verlangen veiligheidsmaatregelen kan van overheden in redelijkheid niet noodzakelijk de meest vergaande, en daarmee veelal de meest kostbare maatregel worden verlangd. Het 'beperkte middelen'-verweer kán en mág en zál juist dáár van betekenis zijn: bij de keuze uit het scala aan veiligheidsmaatregelen variërend van kostbaar tot acceptabel. Ik gaf daarvan al een voorbeeld. Dit verweer wordt terecht geplaatst in het licht van de *Kelderluik*-factor die de (eventuele) 'bezwaarlijkheid' van te nemen voorzorgsmaatregelen laat meewegen in

24 HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

25 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982/614, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natronloog*).

26 In die zin bijv. Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 20 augustus 2018, ECLI:NL:OGGEAC:2018:243, r.o. 4.6, dat, verwijzend naar dit 'feit van algemene bekendheid', oordeelt dat niet verlangd mag worden dat de geasfalteerde wegen in laag gelegen delen van Curaçao vrij zijn van verzakkingen.

het oordeel over de zorg die door de schadeveroorzaker had behoren te worden betracht.²⁷ Dit laatste (*Kelderluik*) onderstreept echter ook dat dit een algemene, objectieve toets betreft: het gaat erom in welke mate en welke vorm de gemeente als een 'goed' wegbeheerder (de zgn. *reasonable man*-maatstaf) maatregelen had moeten treffen ten behoeve van de weggebruiker. Deze algemene, objectieve benadering ligt ook in de rede aangezien de verkeersveiligheid voor iedere burger gegarandeerd moet zijn en dit dus niet zou moeten fluctueren met het scala aan (gemeentelijke en provinciale) wegbeheerders dat Nederland kent of met hun onderling uiteenlopende schaalgrootte (bijv. 'kleine' versus 'grote' gemeenten, enz.) of met de per gemeente wisselende (en ook politiek ingegeven) prioriteiten die aan het verkeersbudget worden gegeven. Onderzoek bevestigt het beeld dat gemeenten onderling andere prioriteiten stellen.²⁸ 'De' wegbeheerder bestaat dan ook eigenlijk niet; daar lopen bijvoorbeeld ook verkeersveiligheidsdeskundigen tegenaan bij het ontwikkelen van regiobeleid,²⁹ ondanks de initiatieven om tot uitwisseling en kennisoverdracht te komen en studies naar andere vormen van verkeersmanagement en financiering.³⁰ Een algemene, objectieve toets voor 'de' wegbeheerder (los van ieders budget en budgetplannen) sluit ook beter aan bij het feit dat overwegingen omtrent de verkeersveiligheid deel kunnen uitmaken van het beleid op een hoger – provinciaal – of interprovinciaal niveau.³¹ Objectivering bevordert bovendien des te meer³² dat de rechter zich 'actief', dus in positieve zin, uitlaat over de vraag welke maatregel naar zijn oordeel wél op zijn plaats was geweest en het gevaar had kunnen voorkomen.³³

11. Waar het mij in de onderhavige bijdrage om gaat, is dan ook slechts de verdergaande interpretatie van het 'beperkte middelen'-verweer die nu terrein heeft gewonnen, waarbij het niet enkel meer gaat om het (abstracte) gegeven van algemene bekendheid

27 Zie o.m. K. Teuben, *MvV* 2006, p. 176-177.

28 Zoals reeds werd geconstateerd in D.M. Wijnolst, *Kennisoverdracht naar wegbeheerders. Een onderzoek naar welke vormen van kennisoverdracht gewenst zijn bij gemeentelijke en provinciale wegbeheerders*, Leidschendam: SWOV, 1995 (SWOV-rapport-R-95-62), p. 12, al zijn er de laatste jaren de nodige initiatieven tot uitwisseling.

29 J. van Minnen, *Regiotoets voor duurzaam-veilige wegategorisering*, deel 2. Eindrapport, Leidschendam: SWOV, 2001 (SWOV-rapport R-2000-13), p. 35.

30 Zie o.a. *Van wegbeheer naar netwerkbeheer. Advies over het anders organiseren van wegbeheer*, Den Haag: Raad voor Verkeer en Waterstaat, november 2007.

31 Waarbij allerlei samenwerkingsverbanden kunnen bestaan op verschillende bestuursniveaus, zoals geïllustreerd wordt in het SWOV-rapport R-2000-13.

32 Ook in de door mij onderzochte feitenrechtspraak waarin het 'beperkte middelen'-verweer *niet* wordt gevoerd, blijkt dat de rechter die de aansprakelijkheidsclaim tegen de wegbeheerder toewijst, daarbij veelal niet volstaat met een negatief oordeel, maar tevens aangeeft wat dan wél het gevaar had kunnen voorkomen. Dat de rechter dit laatste doet, hangt samen met (casuïstische) problematiek; daárvóór is het 'beperkte middelen'-verweer niet nodig.

33 Illustratief is bijv. Rb. Gelderland 3 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3271, waar niet wordt volstaan met het verwerpen van de door de gemeente aangedragen veiligheidsmaatregel, maar tevens wordt geoordeeld hoe het gevaar wél vermeden had kunnen worden (r.o. 2.18).

dat publieke middelen beperkt zijn, maar om het rechtens verlangen althans toelaten dat de gemeente met een specifieke onderbouwing komt van hetgeen haar concrete gemeentebudget in de gegeven situatie daadwerkelijk toeliet. Dit laatste betekent dat in algemene zin redelijkerwijs te verlangen veiligheidsmaatregelen (die verder zouden gaan dan de minimumgrens van hetgeen slechts ‘aanvaardbaar’ is) door de rechter *al bij voorbaat* terzijde worden geschoven op basis van het simpele argument dat de desbetreffende overheid daarvoor feitelijk niet de middelen heeft. Ik denk dat dát niet wenselijk is en dat er geen ruimte zou moeten zijn om gemeenten te laten klagen over hun te beperkte financiële armslag als het gaat om de beoordeling van de zorg die maatschappelijk wenselijk is, óók indien dit het basale niveau te boven gaat. Het is vanuit deze visie dat ik de voornoemde niet-juridische veronderstelling (dat budgetkrapte van een overheidslichaam feitelijk gezien daadwerkelijk in de weg kan staan aan de naleving van de zorgplicht die het in het aansprakelijkheidsrecht wordt opgelegd) aan een kritische blik wil onderwerpen. Niet alleen juridisch, maar ook in de praktijk zal het toch, naar ik vermoed, veeleer andersom zijn, en zal de gemeente haar begrotingsplannen primair afstemmen op hetgeen waartoe zij rechtens gehouden is. Voor de vaststelling en beoordeling door de rechter van dit laatste (‘hetgeen waartoe zij rechtens gehouden is’, lees: de rechtens verlangde mate van zorg of veiligheid) zal, zoals gezegd, rekening worden gehouden met het algemene feit dat de publieke middelen beperkt zijn. Maar als een bepaalde (door de eiser verlangde) mate van zorg hem, mede gelet op de overige factoren, als redelijk voorkomt, dan is het in de praktijk aan een gemeente die daarvoor geen geld had uitgetrokken om (de schade te vergoeden en) voor de toekomst te zorgen dat zij hiervoor wel het geld heeft.

5 *Bepalen de budgettaire kaders welke maatregelen genomen worden of is het omgekeerd?*

12. Het cruciale vertrekpunt is dat gemeenten op het terrein van het financieel beleid beleidsvrijheid hebben en eigen verantwoordelijkheid dragen.³⁴ De gemeenteraad heeft budgetrecht: hij bepaalt welke taken en activiteiten worden ondernomen. ‘Alle taken en activiteiten van de gemeente – ook verplichte – moeten op de begroting worden vermeld’, aldus Van der Woude.³⁵ De Gemeenteraad geeft, volgens lid 1 van artikel 187 Gemeentewet (Gemw) ‘de bedragen [aan, EE] die hij daarvoor beschikbaar stelt, alsmede de financiële middelen die hij naar verwachting kan aanwenden’. In de begroting wordt een volledig overzicht gegeven van het voorgenomen gemeentelijke beleid. Hiermee wordt dan bovendien een afweging tussen de verschillende taken en

34 T&C GPW, Commentaar op hoofdstuk XIII Gemw (Van der Woude).

35 T&C GPW, Commentaar op hoofdstuk XIII Gemw (Van der Woude).

activiteiten bevordert.³⁶ Volgens lid 3 van voornoemde wetsbepaling kunnen slechts verplichtingen worden aangegaan 'tot de bedragen die hiervoor op de begroting staan vermeld'. Dit geeft de nodige ruimte en die ruimte wordt ook gebruikt: zoals hiervoor al kort werd aangehaald, blijkt dat er in Nederland per gemeente en zelfs per ambtenaar verschillend wordt omgegaan met het proces waarbij financiële middelen beschikbaar zijn of worden gesteld voor het nemen van concrete maatregelen ten behoeve van verkeersveiligheid. De SWOV stelde in 1995 het volgende:³⁷

'De één laat de ontwikkeling van een verkeersplan afhangen van de beschikbare hoeveelheid geld, de ander probeert interesse voor verkeersveiligheid bij bestuurders te vergroten.'

En:³⁸

'De hoeveelheid geld die beschikbaar wordt gesteld lijkt sterk afhankelijk van de prioriteit die men binnen de gemeente aan verkeersveiligheid geeft.'

Er zijn geen aanwijzingen dat dit beeld inmiddels daadwerkelijk feitelijk zou zijn gewijzigd.

13. Die prioriteit kan en dient mede te worden ingegeven door het recht. De gemeente heeft zich immers, de voornoemde beslissingsruimte ten spijt, ook gewoon te houden aan wettelijke en ook ongeschreven verplichtingen. Ook het privaatrecht draagt bij aan het opleggen van ongeschreven verplichtingen. Zo formuleerde de Hoge Raad in het arrest *Diepen/Rep-Tax* een algemene zorgvuldigheidsnorm in het kader van (thans) artikel 6:162 lid 2 BW die inhield dat:

'wanneer de gemeente ter fysieke ondersteuning van verkeersmaatregelen een weg zodanig inricht dat deze zonder beveiligingsmaatregelen gevaar oplevert voor personen of zaken, zij door deugdelijke beveiligingsmaatregelen, zoals waarschuwingen, ervoor zorg behoort te dragen dat de veiligheid van personen en zaken voldoende gewaarborgd blijft, waarbij de gemeente mede in aanmerking heeft te nemen dat niet alle verkeersdeelnemers steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten. Indien deze veiligheid niet voldoende kan worden gewaarborgd, dient de gemeente van een zodanige inrichting van de weg af te zien.'³⁹

36 T&C, Commentaar op paragraaf 1 Gemw (Van der Woude).

37 SWOV-rapport-R-95-62, p. 14.

38 SWOV-rapport-R-95-62, p. 14.

39 HR 20 maart 1992, NJ 1993/547 (*Diepen/Rep-Tax*), r.o. 3.3 (mijn onderstreping).

Dit oogt als een objectivering van de zorgplicht die enigszins op gespannen voet staat met het toestaan van het verweer dat de concrete middelen van het desbetreffende overheidsorgaan in de weg staan aan naleving; ongeacht het concrete budget van gemeente *x*, *y* of *z*, zal naleving van deze norm moeten worden gegarandeerd. Hoe de gemeente dat doet, beslist zij in beginsel wel zelf en het is op dit punt dat haar beleidsvrijheid en ook het algemene gegeven dat publieke middelen beperkt zijn, in het geding komen.

6 *Enige verdieping: inzichten uit de rechtseconomische analyse*

14. Ook in rechtseconomisch opzicht lijkt er wel iets te zeggen voor het algemeen houden van het 'beperkte middelen'-verweer. Voor een goed begrip dient voorop te staan dat de meningen uiteenlopen als het erom gaat in hoeverre de rechtseconomische analyse geschikt is voor de overheid, nu zij slechts het algemeen belang dient en haar keuzes bepaald worden door politieke besluitvorming en niet primair door marktwerking.⁴⁰ Duidelijk is daarmee dat overheden niet op één lijn te stellen zijn met particulieren, nu ze niet streven naar winstmaximalisatie. Maar van verschillende zijden wordt in dit verband naar voren gebracht dat overheidsorganisaties zich bij hun beleidskeuzes – gelet op hun beperkte financiële middelen – natuurlijk wél (mede) laten leiden door het streven naar kostenefficiëntie en naar mogelijkheden om de uit die middelen bekostigde uitgaven beperkt te houden. Eén van de mogelijkheden hiertoe is om voorzorgsmaatregelen te nemen om hun aansprakelijkheidslast beperkt te houden.⁴¹ Dat zou kunnen bijdragen aan ongevallenreductie indien 'the prospect of paying damages can be regarded as providing incentives to the organization so that state employees, at the different levels of authority, choose the optimal level of maintenance expenditures'.⁴² Ook zou het risico van aansprakelijkheid kunnen bevorderen dat de overheid zorgt voor 'accurate information'.⁴³ Beleidskeuzes worden, vanuit deze visie, wel degelijk mede bepaald door het beperkt willen houden van de overheidsuitgaven voor zover die uit civielrechtelijke aansprakelijkheid voortvloeien (zoals de dreiging

40 Zie D.J. Levinson, 'Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Cost', *University of Chicago Law Review* 2000, vol. 67, p. 345-420 (die overigens vanuit preventie-oogpunt wél ruimte ziet voor verbods-/gebodsacties, zie p. 416 e.v.) en L. Rosenthal, 'A theory of governmental damages liability: torts, constitutional torts, and takings', *Journal of Constitutional Law* 2007, Vol. 9:3, p. 797-870 (met verdere verwijzingen).

41 G. Dari Mattiacci, N. Garoupa & F. Gómez-Pomar, 'State liability', *European Review of Private Law* 2010, Vol. 4, p. 773-811. Vgl. J. de Mot & M. Faure, 'State Liability: an Economic Analysis', Report for the European group on tort law, 2012, p. 1-24, via: <https://biblio.ugent.be/publication/3033725/file/3033953.pdf>.

42 Dari Mattiacci, Garoupa & Gómez-Pomar 2010, p. 775.

43 Dari Mattiacci, Garoupa & Gómez-Pomar 2010, p. 776, maar als dit de enige functie zou zijn, dan wegen de relatief hoge transactiekosten hier vermoedelijk niet tegen op (zie p. 779 e.v.).

van eventueel door de overheid verschuldigde schadebedragen, transactiekosten, enz.). Wegbeheerdersaansprakelijkheid kan zo, nu dit een instrument is om de schadelast van ongevallen bij de daarvoor aansprakelijke overheidsinstantie te leggen, wel degelijk een relevante factor zijn die van invloed is op haar beleidskeuzes. Dit zou betekenen dat 'if a public authority is liable for failure to maintain public roads in adequate conditions for safe driving, the prospect of having to pay damages may provide incentives to choose the optimal level of maintenance expenditures'.⁴⁴ Anders gesteld, de blootstelling van wegbeheerders aan (het risico van) aansprakelijkheid zou maatschappelijk bijdragen aan veiligheid op/van de weg; over de precieze vormgeving en invulling van een regime voor de beoordeling van die aansprakelijkheid, laat staan over het 'beperkte middelen'-verweer zegt dit nog niets. Bovendien, empirisch bewijs dat het aansprakelijkheidsrecht ook *daadwerkelijk* maatschappelijk bijdraagt aan veiligheid, laat staan bewijs dat dit een kostenefficiënt instrument is, is bijna niet te geven.⁴⁵

15. Wat leert de rechtseconomische analyse ons nu indachtig de kwestie *Reaal/Deventer*, en in het bijzonder het 'beperkte middelen'-verweer? Het kan niet verbazen dat ook 'de' rechtseconomie, bij de beoordeling van overheidsaansprakelijkheid, vooropstelt dat de overheid beleidsvrijheid toekomt voor het maken van een evenwichtige afweging van daarbij betrokken belangen. Dit stelt haar in staat 'to balance all external costs in an appropriate manner'.⁴⁶ Een verdergaand regime van aansprakelijkheid zou immers tot 'chilling effects' kunnen leiden, althans tot een niet-efficiënte besluitvorming (bijv. in die zin dat de overheidsorganisatie te veel zorg betracht of tijd investeert in het nemen van beslissingen of de uitleg van die beslissingen teneinde aansprakelijkheid te voorkomen).⁴⁷ In het verlengde hiervan zou men kunnen veronderstellen dat het feit dat de overheid rechtens gehouden is tot het nemen van maatregelen die zij niet kan bekostigen, een verspilling is van publieke middelen.⁴⁸ Immers, dan dient zij wegens niet-naleving van die rechtsplicht de daardoor ontstane schade te vergoeden, waardoor de publieke middelen nog beperkter zijn, zonder dat de wegsituatie die tot het schadevooral heeft geleid noodzakelijk op de juridisch voorgeschreven wijze is aangepast. Hoewel ik dit argument met betrekking tot het 'beperkte middelen'-verweer in de rechtseconomische doctrine niet ben tegengekomen, wordt het wel genoemd

44 De Mot & Faure 2012, p. 8.

45 Zie daarover reeds B.C.J. van Velthoven, 'Empirics of Tort Law', in: *Tort Law and Economics*, Volume 1, Encyclopedia of Law and Economics, Second Edition, M. Faure (red.), Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

46 G. de Geest, 'Who should be immune from tort liability?', *Working Paper, Washington University School of Law*, 2011, beschikbaar via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1785797; aangehaald door De Mot & M. Faure 2012, p. 3.

47 De Mot & M. Faure 2012, p. 18 e.v.

48 In die richting gaat Rosenthal 2007, p. 858 over overheidsaansprakelijkheid in algemene zin.

met betrekking tot overheidsaansprakelijkheid voor de fouten van ambtenaren.⁴⁹ Posner en Sykes stellen dat voor ‘vicarious liability’ van de Staat slechts plaats moet zijn indien de Staat het gedrag van de desbetreffende ambtenaar kán sturen en er toezicht op kan uitoefenen.⁵⁰ Op vergelijkbare wijze zou men kunnen stellen dat voor aansprakelijkheid van de wegbeheerder slechts plaats is indien de wegbeheerder over de middelen beschikt om de veiligheid op/van de weg optimaal te laten zijn.

16. Maar hiermee is niet gezegd dat het ‘beperkte middelen’-verweer, rechtseconomisch gezien, op de concrete, op ieder afzonderlijk gemeentebudget toegespitste wijze wordt uitgelegd, zoals in de kwestie *Reaal/Deventer*. Ten eerste is het vanuit het oogpunt van de daarmee gemoeide transactiekosten de vraag of dat daadwerkelijk efficiënt is. Zo lijkt een geconcretiseerd ‘beperkte middelen’-verweer (dat wil, nogmaals, zeggen: op de concrete middelen in kwestie toegespitste uitleg van het ‘beperkte middelen’-verweer) vrij belastend voor de procedure en daarmee de transactiekosten te kunnen verhogen. Ten tweede zou een consequentie van de geconcretiseerde uitleg kunnen zijn dat als het concrete budget van het desbetreffende overheidslichaam in een gegeven boekingsjaar het niet toelaat om bepaalde maatregelen te nemen, deze maatregelen, uiteraard mede in aanmerking genomen de overige relevante factoren die in aanmerking worden genomen bij de gebrekkigheidstoets van artikel 6:174 BW (resp. de onrechtmatigheidstoets in het kader van art. 6:162 BW), niet door de civiele rechter behoeven te worden genomen. Dit zou kunnen bevorderen dat gemeenten zich achter hun budget verschuilen: men stelt andere prioriteiten dan, laten we zeggen, aanpassing van de onoverzichtelijke bocht in fietspad *x* en heeft daardoor een beperkt budget, wat dan vervolgens de gemeente bij de rechter vrijwaart van aansprakelijkheid.

7 *Afronding*

17. Hoe had het dan wél gemoeten? De Hoge Raad heeft in *Reaal/Deventer* vermoedelijk niet meer willen doen dan de informatie over ‘beperkte middelen’ op tafel te krijgen van partijen die deze informatie hebben en in het geding brengen in de vorm van het ‘beperkte middelen’-verweer. Of hij dit verweer heeft willen concretiseren, is zeer de vraag. Wat mij betreft heeft het (enkel) algemeen houden van dit verweer de voorkeur, in die zin dat dit verweer inhoudt dat de rechter rekening houdt met het feit van algemene bekendheid dat de publieke middelen beperkt zijn (wat moet voorkomen dat hij in algemene zin van de overheid te veel verlangt). Bij deze algemene uitleg

⁴⁹ Zie hierover De Mot & Faure 2012, p. 16 (met verdere verwijzingen).

⁵⁰ E.A. Posner & A.O. Sykes, ‘An economic analysis of state and individual responsibility under international law’, *American Law and Economics Review* 2007, vol. 9, p. 72-134 (p. 74 e.v.) en Dari Mattiacci, Garoupa & Gómez-Pomar 2010, p. 801.

behelst het 'beperkte middelen'-verweer niet méér dan een vraag aan de rechter om bij de beoordeling van de veiligheidsmaatregelen waartoe de wegbeheerder gehouden was, hier (globaal) rekening mee te houden, in die zin dat een ideale, perfecte wegtoestand, gelet op dat gegeven, niet kan worden verlangd. De rechter zou zich echter in het geheel niet moeten hoeven uitlaten over wat het budget x, y of z van het desbetreffende overheidslichaam nu precies toelaat, maar slechts de wenselijke mate van zorg behoren te beoordelen, waarbij als uitgangspunt de beoordelings- en beslissingsbevoegdheid van de wegbeheerder wordt gerespecteerd. Dit betekent dat de rechter beoordeelt of die afweging, mede gelet op de daarmee gemoeide belangen van de eiser, in de gegeven omstandigheden onredelijk is geweest. Het oordeel inzake *Reaal/Deventer* had dan wellicht eenvoudigweg kunnen luiden dat de gemeente haar stelling (zoals weergegeven in r.o. 3.7.1, geciteerd in de aanvang van deze bijdrage) over het ongebruikelijk zijn van de door de eiser verlangde veiligheidsmaatregel had moeten specificeren, althans haar motivering om die maatregel niet te willen nemen (iets wat de gemeente ook na verwijzing niet overtuigend heeft gedaan). Dit had langs een andere route, namelijk via het verweer van beleidsvrijheid (in plaats van de thans gekozen subjectieve uitleg van het 'beperkte middelen'-verweer), voor de partijen in deze kwestie tot eenzelfde eindresultaat geleid. Het cassatiemiddel gaf daar ook voldoende ruimte voor, aangezien de klacht van Reaal (mede) luidde dat de gemeente haar keuzes en prioritering concreet had moeten onderbouwen. Kortom, het gaat mij er niet om dat er bijvoorbeeld in meer gevallen aansprakelijkheid zou moeten bestaan; het gaat mij erom de concrete begrotingsperikelen buiten het geschil over de vereiste veiligheidsmaatregel c.q. mate van zorg te houden.

18. Terugkeer naar de algemene uitleg van het 'beperkte middelen'-verweer zal niet gauw tot gevolg hebben dat vaker aansprakelijkheid wordt aanvaard. Het constituerende element van artikel 6:174 lid 1 BW, te weten het element dat de opstal 'gebrekig' moet zijn, biedt de rechter ook buiten de vraag naar de financiële middelen voldoende ruimte om aansprakelijkheid af te wijzen. Het oordeel van de wegbeheerder omtrent de vraag of en welke voorzorgsmaatregelen in het concrete geval al dan niet aangewezen zijn, kan, gelet op de beoordelingsvrijheid die hem wordt gegund, slechts beperkt door de civiele rechter worden getoetst. Overigens is zelfs het argument van beleidsvrijheid daarvoor niet noodzakelijk. Illustratief in dit opzicht is een uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant uit 2016, waarin de rechtbank oordeelt '(...) dat, zoals [eiser] met verwijzing naar de aanbevelingen van CROW stelt, de gemeente meer had kunnen doen om fietsers (...) te waarschuwen voor de aanwezigheid van het paaltje (...)', maar tevens oordeelt dat dit '(...) evenwel nog niet mee[brengt] dat

het fietspad in dit geval niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen dan wel dat de gemeente in dit geval onrechtmatig handelt'.⁵¹

19. Het voorgaande brengt mij tot de volgende conclusie. Vooropgesteld: de koers die de Hoge Raad in zijn arrest *Reaal/Deventer* impliciet is gaan varen, is begrijpelijk ('Laat het de gemeente – die zelf haar beperkte draagkracht ten verwere voert – dan ook maar zelf onderbouwen'). Maar het is een koers die op een assumptie berust, namelijk dát de gemeente specifiek kan onderbouwen dat haar publieke middelen ontoereikend zijn geweest om aan de verlangde veiligheidsmaatregelen c.q. mate van zorg tegemoet te komen. Veelal zal dit niet het geval zijn en zal het zo zijn dat er wel degelijk publieke middelen te besteden waren, maar dat haar beleidsplannen gestoeld waren op andere prioriteiten of aandachtspunten. Bovendien, en dit is fundamentele, dient de gemeente haar financiële middelen af te stemmen op hetgeen rechtens van haar wordt verlangd. Dat de desbetreffende veiligheidsnorm pas achteraf, *ex post*, door de rechter wordt geformuleerd, doet hieraan geen afbreuk: het verwijt is nu juist dat de gemeente de onveilige situatie heeft laten voortbestaan en voor de beoogde veiligheidsmaatregelen budget had dienen uit te trekken. Weliswaar kunnen de beperkte financiële kaders, als een feit van algemene bekendheid, in algemene zin de besluitvorming van de gemeente enigszins beperken, maar dat moet niet zover gaan dat ook specifieke budgettaire problemen binnen een gemeente x, y of z haar ontslaan van de plicht om de benodigde veiligheidsmaatregelen te nemen.

51 Rb. Zeeland-West-Brabant 7 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8497 (*Eiser/Gemeente Goes*).

10 WANNEER KLEIN GROOT IS. OVER KANSEN VOOR DE REKENENDE RECHTER

*A.L.M. Keirse**

UITSpraak

Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628, JA 2006/44

KERNOVERWEGINGEN

In essentie komt het verwijt van Levob aan het adres van [Gedaagde] erop neer dat door de omstreden wijze van behandelen van de wonden door [Gedaagde] [Naam slachtoffer] een kans op (volledig) herstel is ontnomen, dan wel dat de kans daarop zodanig is verkleind dat hij voor de gevolgen daarvan aansprakelijk is.

Veronderstellenderwijs uitgaande van de juistheid van de stellingen van Levob, te weten dat [Gedaagde] de wonden heeft dichtgeplakt en niet heeft verbonden, dat daardoor de kans op posttraumatische dystrofie is gestegen van 1 à 2% bij verbinden van de wonden naar 2 à 4% in geval van dichtplakken van de wonden, en ten slotte dat het dichtplakken van een bijtverwonding zonder meer een niet-correcte medische handelwijze is, komt de rechtbank tot de volgende conclusie. Indien [Gedaagde] de beweerdelijke fout niet zou hebben gemaakt dan zou [Naam slachtoffer] een kans hebben gehad op (volledig) herstel (lees: het niet optreden van de posttraumatische dystrofie) van 98 à 99%. Als gevolg van de beweerdelijk foutieve behandeling is de kans op dat herstel gedaald naar 96 à 98%. Dat betekent dat, uitgaande van de gunstigste kans bij de gestelde juiste behandeling, de kans op herstel in vorenbedoelde zin is gedaald van 99% naar 96%, zijnde de ongunstigste kans bij de gestelde onjuiste behandeling. Dat betekent een absolute vermindering van de kans

* Prof. mr. A.L.M. Keirse is hoogleraar Privaatrecht aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en daarnaast (parttime) raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam. De auteur dankt mr. dr. J.W. Hoekzema, mr. W.T. Nuninga en mr. dr. B.M. Pajmans voor hun nuttige opmerkingen op een eerdere versie van deze bijdrage.

op herstel zonder posttraumatische dystrofie van 3%-punt, en een relatieve vermindering van die kans van eveneens 3%.

Dit is echter een zo geringe daling van de kans, dat niet kan worden geconcludeerd dat er sprake is van causaal verband tussen de beweerdelijke tekortkoming en de ontstane dystrofie. De rechtbank merkt hierbij op dat is gesteld noch gebleken dat er nog anderszins onderzoek kan worden gedaan naar het causaal verband. Het causaal verband kan dus enkel worden beoordeeld aan de hand van statistische gegevens.

ANNOTATIE

1 *Inleiding*

1. Klein kan ook groot(s) zijn. Zo kan dat wat in absolute zin klein is, in relatieve zin groot zijn. Maar dat is niet de eerste veronderstelling die opkomt bij de kwalificatie klein. Die luidt eerder dat klein van minder betekenis is dan groot en dat zeer klein onbeduidend is. Dat laatste is ook de assumptie die in deze bijdrage centraal staat.
2. Deze rechterlijke assumptie houdt in dat een zeer kleine kans op schade (juridisch) niet relevant is en niet tot (proportionele) aansprakelijkheid aanleiding geeft. In de hierboven aangehaalde uitspraak luidt het oordeel dat als de kans op herstel door een tekortkoming slechts in zeer geringe mate daalt, niet kan worden geconcludeerd dat er sprake is van causaal verband tussen de tekortkoming en het uitblijven van herstel. En ook in andere zaken, die hieronder nog de revue zullen passeren, wordt verondersteld dat als de kans dat een schade het gevolg is van een fout heel klein is, er juridisch gezien geen aanleiding bestaat voor (enige mate van) aansprakelijkheid.
3. Deze bijdrage stelt deze assumptie ter discussie. Om de werking van de assumptie te illustreren, bespreek ik niet alleen de bovenstaande uitspraak en achterliggende feiten, maar haal ik ook andere voorbeelden uit de jurisprudentie aan. Vervolgens leg ik vanuit een empirisch en juridisch normatief perspectief bloot hoe (kleine) kansen en (grote) oorzaken zich tot elkaar verhouden.

2 *De zaak*

4. De feiten die ten grondslag liggen aan de hier geannoteerde uitspraak, zijn als volgt. Een man wordt in zijn hand gebeten door een hond van een ander. Die ander is tegen wettelijke aansprakelijkheid verzekerd bij Levob. De bijtewond aan de hand leidt tot een ernstige wondinfectie met vleesetende bacteriën, als gevolg waarvan twee operaties

volgen en uiteindelijk zogenoemde posttraumatische dystrofie optreedt. Tussen de man en Levob komt een vaststellingsovereenkomst tot stand die inhoudt dat de man ruim een ton aan schadevergoeding ontvangt. Levob denkt evenwel de schade gedeels op de (waarnemend) huisarts van de man te kunnen verhalen omdat deze bij de behandeling van de wond een kunstfout zou hebben gemaakt; zij krijgt de vordering van de man op de (waarnemend) huisarts in het kader van de vaststellingsovereenkomst gecedeerd. De huisarts denkt hier anders over en Levob stapt naar de rechter. De vraag naar de (omvang van de) aansprakelijkheid van de huisarts en daarmee de verhaalsmogelijkheid van Levob is de inzet van de onderhavige procedure.

5. Volgens Levob heeft de huisarts die de man ter verzorging van de bijtwond heeft opgezocht en die op dat moment de eigen huisarts van de man waarnam, de wond dichtgeplakt, hetgeen een niet-correcte medische handwijze is. Daardoor is volgens Levob de wondinfectie ontstaan, althans is de kans op het ontstaan van posttraumatische dystrofie verdubbeld.
6. Levob onderbouwt dit met een deskundigenrapport waarin wordt geoordeeld dat bij een correcte handwijze door de huisarts, bestaande uit wondexcisie en openlaten van de wond, er geen (ernstige) wondinfectie zou zijn ontstaan. In een dergelijk geval bestaat immers slechts circa 1% kans op een infectie met vleesetende bacteriën. Vervolgens legt de deskundige ook een verband tussen het optreden van de infectie en de posttraumatische dystrofie. Om zijn eigen woorden aan te halen: 'Een posttraumatische dystrofie kan optreden na eender welk, ook gering, trauma en ongeacht zelfs optimale behandeling. Echter, elk additioneel trauma of ernstige infectie en herhaalde operatie zal de kans op het ontstaan van dystrofie doen toenemen. Bij een letsel van alleen een bijtwond is de kans op een posttraumatische dystrofie in te schatten op 1 à 2%. In deze casus kan gesteld worden dat door de opgetreden infectie deze kans ten minste verdubbeld is.'¹
7. De huisarts betwist primair dat hij de wond heeft dichtgeplakt; hij zou deze hebben verbonden. Subsidiar stelt de huisarts dat het dichtplakken geen schending van zijn zorgplicht inhoudt. Zelfs als de stelling van de deskundige dat door het dichtplakken van de wond in plaats van het verbinden daarvan de kans op posttraumatische dystrofie is gestegen van 1 à 2% naar 2 à 4%, juist is, levert dat volgens de huisarts geen schending van zijn zorgplicht op. Bij de beoordeling van de vraag of aan die norm is voldaan, is relevant wat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot, derhalve een huisarts, mocht worden verwacht en niet wat van een specialist mocht worden verwacht.
8. Rechtbank Maastricht laat de door de huisarts opgeworpen discussiepunten in het midden en gaat er veronderstellenderwijs van uit dat de huisarts de bijtwond heeft

1 Rb. Maastricht 13 juli 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628, JA 2006/44, m.nt. M. Zaadhof, r.o. 2.

dichtgeplakt, dat dit zonder meer een niet-correcte medische handelswijze is en dat daardoor de kans op posttraumatische dystrofie is gestegen van 1 à 2% naar 2 à 4%. Hierop voortredenerend, overweegt de rechtbank vervolgens dat door de omstreden wijze van behandeling de kans op een volledig herstel zonder posttraumatische dystrofie hoogstens is gedaald van 99% naar 96%. Een dergelijke kleine vermindering van de kans op goed herstel van (hoogstens) 3% acht de rechtbank te gering om causaal verband aan te nemen tussen de beweerdelijke tekortkoming en de schade.² Het vooroordeel luidt met andere woorden dat zo klein ook onbeduidend is. De aansprakelijkheid van de huisarts wordt dan ook niet aangenomen en de vordering van Levob wordt afgewezen.

3 *Vergelijkbare zaken*

9. Voordat ik het rekenwerk in de hier geannoteerde uitspraak nader voor het voetlicht breng, wil ik eerst laten zien dat de assumptie dat een kleine kans(vermindering) onbeduidend is, rechters vaker parten speelt.
10. Zo overweegt Hof Den Bosch bijvoorbeeld dat niet de relatieve toename van het verlies van een kans, maar de absolute toename daarvan doorslaggevend is voor het bepalen van het deel van de schade dat voor vergoeding in aanmerking komt, omdat anders een kleine kans een grote aansprakelijkheid kan impliceren, hetgeen het hof onaanvaardbaar vindt. 'Een andere visie zou', zo redeneert het hof, 'ertoe kunnen leiden dat, bijvoorbeeld, in een situatie waarin de kans op het intreden van een gevolg 2% bedraagt, en deze kans als gevolg van een fout wordt vergroot naar 4% (dus een absolute toename van (slechts) 2 procentpunten maar een relatieve toename van 100%) 100% van de schade zou worden vergoed, terwijl de kans nog steeds 'slechts' 4% bedroeg.'³ Zoals hierna onder 17-21 blijkt, is in dit voorbeeld noch een aansprakelijkheid van slechts 2% noch een volledige aansprakelijkheid geboden.⁴

2 Rb. Maastricht 13 juli 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628, JA 2006/44, m.nt. M. Zaadhof, r.o. 3.

3 Hof Den Bosch 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4163, GJ 2016/1 m.nt. R.P. Wijne (vervolg op: Hof Den Bosch 30 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3887).

4 Het hof heeft het oog op het leerstuk van kansschade (zie hierna onder 16), maar noch met toepassing van dit leerstuk noch met toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid kan in een geval als dit 100% aansprakelijkheid worden bereikt. Als het nadelige gevolg vaststaat maar onzeker is of de oorzaak in de fout gelegen is, zou toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid tot een aansprakelijkheid van 50% leiden, nu *ex post* bezien, verondersteld dat de schade is ingetreden, de waarschijnlijkheid dat de schade daadwerkelijk is veroorzaakt door de fout even groot is als de waarschijnlijkheid dat die schade niet door de fout is veroorzaakt. Zie verder hierna onder 17-21. Evenmin van kritiek ontbloomt blijft de uitkomst van de zaak die aan de basis ligt van de hier geciteerde (wetenschappelijk onjuiste) overweging. Zie R.P. Wijne, in haar noot onder het arrest (GJ 2016/1). Kort gezegd komt het hof op grond van het oordeel dat de kans op blijvende schade bij de geëigende medische behandeling 30% zou zijn geweest tegen een kans van 45% gegeven de fout die aan de aansprakelijkheidsstelling ten grondslag ligt, tot aansprakelijkheid

11. Hoe de waarde van (kleine) absolute kansen (die relatief groot kunnen zijn) in de rechtspraak onderschat wordt, blijkt ook uit een uitspraak van Rechtbank Amsterdam.⁵ Daarin wordt geoordeeld dat de kans op het ontstaan van een herseninfarct bij een correct medisch optreden met maximaal 1,7% verminderd zou zijn vergeleken met de kans op het ontstaan van een herseninfarct in de situatie die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan (de situatie met kunstfout), terwijl naar alle waarschijnlijkheid dit kansverlies in het specifieke geval nog kleiner was. Naar het oordeel van de rechtbank 'is dit kansverlies zodanig gering dat dit zich niet laat vertalen in een rechtens relevante mate van gemis aan een kans die zich leent voor vergoeding van schade'.⁶ Echter, als aangenomen moet worden dat de absolute kans van 2,1% op een herseninfarct bij tijdige toediening van medicatie zoals geboden was, door de medische fout (het niet opnemen van een bepaalde diagnose in de differentiaal-diagnose) onder overigens gelijkblijvende omstandigheden is verhoogd naar een absolute kans van 3,8%, is de afwijzing van aansprakelijkheid met toepassing van het leerstuk van kansschade, waartoe in deze zaak besloten wordt, nog niet gegeven.⁷ Overigens wordt aansprakelijkheid ook in hoger beroep afgewezen, maar dan op andere gronden. Geoordeeld wordt dat de eerdere toediening van medicatie *in casu* niet geboden was en dat het bovendien nog meer zeer de vraag is of daarmee het herseninfarct zou zijn voorkomen.⁸
12. In een zaak waarin Hof Den Haag weliswaar onderkent dat bij toediening van de geëigende medicatie de kans op een hersenbloeding ongeveer 20% zou zijn verlaagd, oordeelt het toch dat geen sprake is van een rechtens relevante mate van gemis aan kans. Het hof laat zich namelijk (mis)leiden door de zeer geringe omvang van de

voor 15% van de geleden schade en acht het dus het inderdaad de absolute kans-toename maatgevend voor de omvang van de schadevergoedingsplicht.

5 Rb. Amsterdam 14 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BR2898, JA 2011/4, m.nt. L.C. Dufour. Nog een ander voorbeeld biedt Rb. Gelderland 23 oktober 2013, GZR 2014-0427 m.nt. A.J. Van & R.P. Wijne.

6 Rb. Amsterdam 14 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO3288, JA 2011/4, m.nt. L.C. Dufour, r.o. 4.9.

7 Waarom niet, zal hieronder blijken. Kort gezegd komt het erop neer dat als weliswaar sprake is van een duidelijke nadelige uitkomst (schade), maar er tevens andere potentiële oorzaken aan te wijzen zijn die deze nadelige uitkomst eveneens kunnen hebben veroorzaakt, een proportionele aansprakelijkheid naar rato van de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt in de rede ligt, zij het dat bij toepassing van dit leerstuk terughoudendheid op zijn plaats is. Met de gegeven percentages zou dat leiden tot een aansprakelijkheid van 45% (1,7 (3,8 minus 2,1) gedeeld door 3,8). Echter, in deze uitspraak heeft de eiser zijn vordering gegrond op de stelling dat het achterwege blijven van de geboden medicatietoediening als gevolg van de normschending ertoe heeft geleid dat hem een grotere kans op een beter behandelingsresultaat is ontnomen. Verdedigbaar is dat de kans op een beter behandelingsresultaat die de patiënt door de fout is ontnomen op een andere wijze moet worden begroot dan de kans dat de medische fout de schade heeft veroorzaakt (zie W.T. Nuninga, in een nog te publiceren artikel). Vergelijk evenwel ook A.J. Van & R.P. Wijne, 'Lies, damned lies, and statistics. De berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TvP* 2012-1, p. 23; B.C.J. van Velthoven, 'Verlies van een kans en een proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen? (II)', *NTBR* 2018-4, p. 102-112.

8 Hof Amsterdam 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2898, r.o. 3.10.

relevante kansen. Het geval wil dat de kans dat de hersenbloeding zoals deze zich voordeed bij een zwangere vrouw met een verhoogde bloeddruk, zich onder de gegeven omstandigheden zou voordoen, een kans is van 1 op 11.351, een kans derhalve van 0,0000881. Bij correct optreden van de dienstdoende gynaecoloog zou deze zeer kleine kans nog kleiner zijn, namelijk terug zijn gedrongen naar een kans van 1 op 13.937, derhalve 0,00007175. Dergelijke kansen acht Hof Den Haag te klein om mee te kunnen tellen. In de woorden van het hof zelf:

‘Alhoewel de kans op het ontstaan van een hersenbloeding bij een correct optreden van de gynaecoloog met 20,3% verminderd zou zijn vergeleken met de kans op het ontstaan van een hersenbloeding zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, zijn deze kansen zodanig gering (een kans van 1 op 13.937 vergeleken met een kans van 1 op 11.351, ofwel 0,00007175 tegenover 0,0000881) dat deze zich niet laten vertalen in een rechtens relevante mate van gemis aan kans die zich leent voor vergoeding van schade. De gevorderde schadevergoeding nader op te maken bij staat is dan ook niet voor toewijzing vatbaar. Het hof is het eens met [appellante] dat de reductie van de kans op een hersenbloeding door het toedienen van hypertensiva [bedoeld zal zijn anti-hypertensiva; ALMK] zodanig belangrijk is dat dit niet nagelaten mag worden, maar dit oordeel maakt deel uit van de beoordeling van het de arts verweten nalaten. Dit dient te worden onderscheiden van de vraag naar het causaal verband tussen het nalaten van de arts en het ontstaan van de schade. De omstandigheid dat [appellante] terecht aangeeft dat zij graag in de gunstigere uitgangspositie had verkeerd (een kans van 1 op 13.937 in plaats van 1 op 11.351 bij een deugdelijk handelen van de arts) leidt niet tot een ander oordeel.’⁹

13. Dat dit ook anders kan, leert de Engelse zaak *Sienkiewicz v. Greif*,¹⁰ die overigens wel tot veel commotie heeft geleid.¹¹ De verwerkelijking van een kans van 0,00002839 op het ontstaan van mesothelioom heeft in deze zaak aanleiding gegeven tot volledige aansprakelijkheid voor diegene die deze kans met 18% had verhoogd. Aan de orde in deze zaak is de dood van een vrouw (de moeder van Karin Sienkiewicz) die tijdens haar werkende leven als administratief medewerker gedurende een lange periode op de werkvloer (het bedrijfsterrein van een internationaal opererend verpakkingsbedrijf

9 Hof Den Haag 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4768, JA 2009/104, r.o. 5.

10 United Kingdom Supreme Court 9 maart 2011, *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd; Knowsley MBC v. Willmore [2011] UKSC 10*.

11 Zie onder meer M. Martin-Casals a.o., ‘Causation Conundrums Introduction to the Annotations to *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd*’ & Annotations, *ERPL* 2013-1, p. 301-396; C.E. Drion, ‘De rechter in spagaat’, *NJB* 2011/793, afl. 16, p. 1027.

Greif) in zeer geringe mate aan asbest is blootgesteld. De initiële kans op het ontstaan van haar ziekte (mesotheliom) door blootstelling aan asbeststof in de algemene atmosfeer in de buurt van waar de vrouw woont (de relevante normale omgevingsblootstelling aan asbest) is zeer klein, maar niet non-existent; deze is in casu begroot op een kans van 24 op 1 miljoen, oftewel: een kans van 0,000024. Door de beroepsmatige asbestblootstelling tijdens werktijd is deze kans met (afgerond) 18% verhoogd tot een kans van 28,39 op 1 miljoen, derhalve tot een kans van 0,00002839. De UK Supreme Court oordeelt dat hiermee een ‘material increase of risk’ is gegeven en concludeert (zelfs) tot een volledige aansprakelijkheid van werkgever Greif.¹²

4 De assumptie *geduid*

14. In gevallen waarin de (absolute) kans op schade als gevolg van een bepaalde normschending heel klein is, volgt al snel de aanname dat er geen ruimte is voor (proportionele) aansprakelijkheid, zo leert de bovenstaande bloemlezing. De kans is (te) klein, en dus rechtvaardigt die geen aansprakelijkheid, zo zegt de rechter, althans zijn *gut feeling*. Dit gevoel koppelt de kans aan veroorzakingswaarschijnlijkheid: als de kans op bepaalde schade die een normschending meebrengt, kleiner is dan 1 procent dan kan de normschending deze schade niet hebben veroorzaakt in een juridisch relevante zin, zo luidt de aanname. Deze aanname zou kunnen worden weerlegd door de buikgevoel-koppeling tussen kansen en oorzaken te toetsen, maar dat doet de rechter niet. Dit staat dan – naar huidig recht in beginsel ten onrechte¹³ – aan het aannemen van proportionele aansprakelijkheid in de weg. Het gaat hier aldus om een aanname die de rechter doet, op basis van *gut feeling*, zonder daarbij te rade te gaan bij empirisch-juridische inzichten die dat zouden kunnen verifiëren of falsifiëren. Dat is een gemiste kans en onverantwoord.
15. Het is overigens wel te verklaren dat deze fout erin sluipt. Immers, de aanvaarding van de Hoge Raad van de leer van proportionele aansprakelijkheid houdt in dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending van de aansprakelijk gestelde persoon, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt of door een combinatie van beide

12 Het House of Lords had weliswaar in *Barker v. Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572 voor dit soort zaken tot proportionele aansprakelijkheid besloten, maar de wetgever heeft vervolgens bepaald dat er in mesotheliomzaken een volledige hoofdelijke aansprakelijkheid rust op een ieder die het slachtoffer onrechtmatig heeft blootgesteld aan asbest (en aldus een *material increase of risk* is te verwijten), met dien verstande dat de vergoedingsplicht kan worden verminderd voor zover er sprake is van eigen schuld van het slachtoffer (*Compensation Act 2006* (Section 3: *Mesothelioma*)).

13 Ik beperk mij hier specifiek tot huidig recht, aangezien het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid een relatief jong leerstuk is en de hier geannoteerde uitspraak dateert van voor de introductie van dit leerstuk door de Hoge Raad (HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*)).

oorzaken, en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt.¹⁴ Dat betekent dus dat geen ruimte bestaat voor (proportionele) aansprakelijkheid als de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt zeer klein is.

16. En ook voor de toepassing van het leerstuk van de kansschade komt enkel het verlies van een reële (dat wil zeggen, aldus de Hoge Raad, niet zeer kleine) kans als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking.¹⁵ Dit leerstuk komt voor toepassing in aanmerking als de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd bestaat in een ontnomen kans op een beter resultaat. In een dergelijk geval bestaat geen onzekerheid over de *condicio sine qua non* tussen de normschending en de gemiste kans, daarvan is onmiskenbaar sprake; onzeker is evenwel het antwoord op de vraag of en zo ja in welke mate het resultaat zonder de normschending beter zou zijn geweest, en dus of en in welke mate de gemiste kans schade vertegenwoordigt. Dat onzekere antwoord dient tot uitdrukking te komen in de bepaling van de grootte van die kans, en daarmee in de fase van de schadeberekening, aldus de Hoge Raad.¹⁶ De ontnomen kans moet derhalve in een schadebedrag worden uitgedrukt. Daarbij geldt als drempel dat de kans in een rechtens relevante omvang bestaat. Hier verdient opmerking dat de Hoge Raad daaraan heeft toegevoegd dat niet te snel geconcludeerd mag worden dat er geen sprake is van het verlies van een reële kans op een beter resultaat als de grootte van deze kans door deskundigen niet kan worden geduid, bijvoorbeeld omdat er geen wetenschappelijk onderzoek naar is verricht.¹⁷ Als de deskundigen geen kanspercentages kunnen noemen maar zij evenmin uitsluiten dat van een reële kans sprake kan zijn geweest, dient de rechter de omvang van die kans nader te (laten) onderzoeken om vervolgens tot een zo goed mogelijke schatting van deze kans te komen (art. 6:97 BW).

14 HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*); HR 21 december 2012, NJ 2013, 237 m.nt. S.D. Lindenberg (*Deloitte/Hassink*).

15 HR 21 december 2012, NJ 2013, 237 m.nt. S.D. Lindenberg (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.8; HR 27 oktober 2017, NJ 2017, 422 (X/AZM). Dat het leerstuk van het verlies van een kans ook in het medisch aansprakelijkheidsrecht kan worden toegepast, zoals Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213 (*Baby Ruth*) deed, is bevestigd door HR 23 december 2016, NJ 2017, 133 m.nt. S.D. Lindenberg (*Baby Esther*) en HR 27 oktober 2017, NJ 2017, 422 (X/AZM).

16 HR 21 december 2012, NJ 2013, 237 m.nt. S.D. Lindenberg (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.5.2.

17 HR 27 oktober 2017, NJ 2017, 422 (X/AZM).

5 *Het rekenwerk blootgelegd*

17. De assumptie dat een zeer kleine kans onbeduidend is, lijkt aldus op het eerste gezicht in lijn te zijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Echter bij het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid gaat het om de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt en dat is wat anders dan de kans op schade. Het gaat om de mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid en niet om de hoegrootheid van absolute kansen. In de onderhavige zaak is de kans – in de zin van het risico – op posttraumatische dystrofie, ook bij de gegeven medische fout, behoorlijk klein, namelijk 3 à 4%, en is het kansverschil in de situaties met en zonder kunstfout hoogstens 3%, maar toch is de kans – in de zin van de mogelijkheid – dat de posttraumatische dystrofie zoals die is ingetreden, door de medische fout is veroorzaakt aanzienlijk, namelijk minstens 50%.
18. Dat zit zo. Als zodanig en in vergelijking tot de kans dat de desbetreffende situatie gunstig(er) afloopt is de kans van 3 à 4% op posttraumatische dystrofie inderdaad klein. Maar de eigenlijke vraag waar het in deze zaak om gaat is een andere, namelijk hoe waarschijnlijk is het dat de posttraumatische dystrofie in dit concrete geval veroorzaakt is door de fout van de arts, dan wel door een andere oorzaak die voor eigen rekening is.¹⁸ Om die veroorzakingswaarschijnlijkheid te bepalen kijken we naar de kansen die de deskundigen ons vanuit andere wetenschappen voorhouden.¹⁹ Daarbij leren we in dit geval dat de gezondheidsschade zoals die hier in het geding is, slechts in 1 à 2% van de gevallen voorkomt als geen sprake is van de medische fout en in 3 à 4% van de gevallen als die fout zich wel heeft voorgedaan.²⁰ Dat betekent dus dat als 100 mensen zich bij hun huisarts melden met een hondenbeet en daar adequate medische zorg ontvangen, daarvan 1 of 2 mensen niet volledig herstellen, maar letsel oplopen vergelijkbaar met het letsel van de man *in casu*. Als deze 100 mensen zich bij een huisarts melden die dezelfde fout maakt als de huisarts in kwestie, dan hebben 3 à 4 mensen daarvan vervolgens te kampen met dit letsel. Eén of 2 daarvan zouden ook zonder de fout dit letsel oplopen, maar de grootte van de groep is minstens verdubbeld door de fout. Duidelijk is dat de man *in casu* tot de groep van 3 of 4 behoort. Onduidelijk is evenwel of hij behoort tot de deelgroep van 1 à 2 die ook zonder fout

18 Zoals Van Velthoven bespreekt kan de volgende formule dienst doen om dit te berekenen: $\text{KNM-KNZ}/\text{KNM} * 100\%$, waarbij KNM staat voor kans op nadelige situatie met fout en KNZ voor kans op nadelige situatie zonder fout. Zie B.C.J. van Velthoven, 'Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen? (II)', *NTBR* 2018-4, p. 102-112.

19 Daarbij is het van cruciaal belang dat duidelijk is hoe deze percentages moeten worden geïnterpreteerd, zie hierover nader de opmerkingen waarmee nr. 21 hieronder afsluit.

20 Ik ga er in het hiernavolgende van uit dat de juistheid van de percentages zoals die in het deskundigenrapport genoemd worden, als vaststaand wordt aangenomen. Dat doet de rechtbank ook, zij het veronderstellenderwijs.

dezelfde schade zou hebben opgelopen, of dat zijn letsel door de fout is veroorzaakt. Op individueel niveau is derhalve het causaal verband tussen de normschending en de schade onzeker; het kan het gevolg zijn van de fout, maar het kan ook gewoon pech zijn. Evenwel, de kans dat de schade veroorzaakt is door de fout van de huisarts is ten minste 50%. Immers, als we de absolute kansen afronden naar 2% en 4% is de kans dat de schade veroorzaakt is door de fout even groot als de kans dat de oorzaak daarbuiten ligt. Als we, zoals de rechtbank doet, uitgaan van een voor het slachtoffer meest gunstige lezing van de absolute kansen, en derhalve van een kans van 1% op de schade zonder fout en een kans van 4% met de fout, dan is de kans dat de schade door de fout is veroorzaakt zelfs 75%. Van de groep van 4 op 100 getroffen en zou dan immers slechts 1 ook getroffen zijn zonder fout. Anders dan de rechtbank meent, is het kansverschil van hoogstens 3% derhalve allesbehalve te klein om mee te tellen.

19. Kortom, de conclusie van de rechtbank dat de vermindering van de kans op herstel zonder posttraumatische dystrofie van 3% zo gering is dat niet kan worden geconcludeerd dat er sprake is van causaal verband tussen de beweerdelijke tekortkoming en de ontstane dystrofie, getuigt van een denkfout in het rekenwerk en is ingegeven door de onjuiste assumptie dat zeer klein onbeduidend is.
20. Deze denkfout blijkt ook duidelijk uit de onder 12 aangehaalde overwegingen van Hof Den Haag. De absolute kans dat in dat geval een hersenbloeding zou optreden was uitermate klein (namelijk 0,000881), maar het gaat partijen en het hof om de vraag hoe waarschijnlijk het is dat de hersenbloeding die *against all odds* feitelijk is opgetreden door adequaat medisch optreden zou zijn voorkomen. En die kans is ongeveer 20%. Immers, uitgaande van de juistheid van de overgelegde cijfers, krijgen van de honderd miljoen zwangere vrouwen met hoge bloeddruk 7.175 vrouwen een hersenbloeding en worden dit 8.810 vrouwen als de desbetreffende medische fout aan het scenario wordt toegevoegd. Van laatstgenoemde groep vrouwen waartoe eiseres behoort, zijn derhalve 1.635 hersenbloedingen door de fout veroorzaakt en dat is ongeveer 20%.²¹ De kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt, is derhalve niet zeer klein noch zeer groot en voor proportionele aansprakelijkheid was dan ook zeer wel plaats geweest, tenzij de terughoudendheid waarmee het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid dient te worden toegepast hieraan in de weg staat, waarover hieronder meer (in nr. 27).

21 De cijfers die hier genoemd worden leiden tot een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 18,56 (afgerond 19%), welk bedrag de uitkomst is van de som van 1.635 gedeeld door 8.810, en dat getal wordt ook door de deskundigen genoemd, maar uit het arrest blijkt dat de deskundigen in een herziene berekening op 20% uitkomen. Uit het arrest blijkt niet hoe of waarom de herziene berekening van de aanvankelijke berekening verschilt en het hof gooit ze in r.o. 5 ten onrechte op één hoop, daar waar het enerzijds spreekt van de kansen van 0,00007175 en 0,0000881 en anderzijds een kansvermindering van 20,3%.

21. Blijkens de bewoordingen in deze uitspraken is gezocht naar een causaal verband tussen de normschending en het feitelijk ervaren nadeel.²² Dat is passend, aangezien deze gevallen zich daardoor kenmerken dat sprake is van een duidelijke nadelige uitkomst, maar er binnen de context waarin de fout is gemaakt ook andere potentiële oorzaken aan te wijzen zijn die deze nadelige uitkomst eveneens kunnen hebben veroorzaakt; de schade is derhalve zeker, maar de oorzaak niet.²³ Begroot moet dan worden hoe groot de kans is dat de schade door de normschending is veroorzaakt. Dat is wat anders dan berekenen wat de *ex ante* kans is op schade – of wat die *ex ante* kans op schade waard is. Op die laatste vraag, wat de *ex ante* kans op schade waard is ga ik hier verder niet in, omdat het in de context waarover ik spreek, gaat om de vraag naar causaal verband en om de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt. Hoe de percentages die de deskundigen de rechtspraak voorhouden moeten worden geïnterpreteerd is overigens niet steeds zonder meer duidelijk. Heldere communicatie tussen de deskundigen en rechtsbeoefenaren is daarom van wezenlijk belang. Zo is het bij het berekenen van veroorzakingswaarschijnlijkheid cruciaal dat in kaart wordt gebracht welke mogelijke oorzaken er zijn en dat wordt toegelicht wat de betekenis is van de aangedragen percentages. Als bijvoorbeeld gerekend wordt met twee mogelijke scenario's en bijpassende absolute *ex ante* kans percentages, terwijl er geen twee maar drie mogelijke oorzaken in het spel zijn, zal een onjuiste (namelijk een te hoge) veroorzakingswaarschijnlijkheid worden berekend.

6 *Hoe het wel moet in zaken zoals deze, op empirisch-juridisch verantwoorde wijze*

22. Het bovenstaande leert dat de hoegrootheid van de relevante kansen weliswaar de mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid bepaalt, maar dat het één niet even groot is als het ander. Anders gezegd: kansen en oorzaken zijn communicerende vaten, maar kunnen niet aan elkaar worden gelijkgesteld. Daarbij komt eerst nog rekenwerk kijken. De kans kan (zeer) klein zijn, maar de oorzaak – relatief gezien – (zeer) groot. Dat weerlegt derhalve de hier centraal staande assumptie dat zeer kleine kansen op schade rechtens niet relevant zijn.

22 In Rb. Amsterdam 14 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO3288, JA 2011/4, m.nt. L.C. Dufour, hierboven onder nr. 11 aangehaald, is dat anders in zoverre dat de eiser in dit geval zijn vordering baseerde op een verlies van kans. Zie ook hierboven voetnoot 8.

23 J.S. Kortmann, 'Meervoudige causaliteit: over alternativiteit bij daders én benadeelden' in: C.J.M. Klaassen & J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 45 e.v.; B.C.J. van Velthoven, 'Verlies van een kans en proportionale aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen? (I)', *NTBR* 2018-3, p. 75.

23. Proportionele aansprakelijkheid is een aansprakelijkheid ‘in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt’, derhalve een aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid. Vastgesteld dient te worden wat de omvang is van de kans dat de normschending de schade in het specifieke geval heeft veroorzaakt, afgezet tegen de hoegrootheid van de kans dat de werkelijke oorzaak is gelegen in omstandigheden die in de risicosfeer van de benadeelde liggen. Deze begroting kenmerkt zich door drie elementen.²⁴ Het gaat om een weging van feitelijke veroorzakingswaarschijnlijkheid, in relatieve zin, met toepassing van een ex post beoordeling. Ik licht deze drie elementen kort toe.
24. Vooropgesteld moet worden dat het erom te doen is vast te stellen wat de waarschijnlijkheid is dat de normschending de schade feitelijk heeft veroorzaakt. De *condicio sine qua non* is onzeker en daarom zoeken we onze toevlucht in de waarschijnlijkheid van feitelijke causaliteit. Het gaat daarbij dus niet om de juridisch-normatieve vraag zoals die in het kader van artikel 6:98 BW speelt, of de schade in zodanig verband staat met de normschending dat zij in redelijkheid aan de aansprakelijke partij kan worden toegerekend, mede gelet op de aard van de aansprakelijkheid en de schade.²⁵ Het is voorts, zoals ik hierboven heb toegelicht, niet de absolute kans op veroorzaking van schade die bepalend is voor de mate van aansprakelijkheid, maar de relatieve kans. Gegeven het feit dat de schade is ingetreden en er een andere potentiële oorzaak is, moet de kans, in de zin van waarschijnlijkheid, dat de normschending de schade heeft veroorzaakt, worden begroot. Beslissend is niet hoe risicovol de desbetreffende normschending in het algemeen is, maar hoe gevaarlijk de normschending in het concrete geval gebleken is, afgezet tegen de hoegrootheid van het gevaar dat door de andere mogelijke oorzaken is teweeggebracht. Dit brengt tot slot tevens mee dat het om een ex post beoordeling gaat en niet om een ex ante vaststelling. Het komt niet aan op een objectieve risico-inschatting vooraf. De vraag die moet worden beantwoord, is niet in hoeverre de normschending of een andere mogelijke oorzaak tot de schade zou kunnen leiden, maar hoe groot feitelijk de kans is dat de schade die is ingetreden, door de normschending is veroorzaakt. Zo kan het gebeuren – en de bovenstaande voorbeelden illustreren dit – dat een normschending die in absolute zin, ex ante,

24 Zie ook J.M. Emaus & A.L.M. Keirse, ‘Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid. Een verkenning van het criterium veroorzakingswaarschijnlijkheid ter vaststelling van het percentage van proportionele aansprakelijkheid’, *MvV* 2013-5, p. 135 e.v.

25 Zie uitgebreider J.M. Emaus & A.L.M. Keirse, ‘Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid. Een verkenning van het criterium veroorzakingswaarschijnlijkheid ter vaststelling van het percentage van proportionele aansprakelijkheid’, *MvV* 2013-5, p. 129 e.v.; A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht; Eigen schuld over de omvang van de schade*, Deventer: Kluwer 2003, p. 199 e.v.

weinig gevaarlijk of risicovol is, toch een grote mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid in zich bergt.²⁶

7 *Klein kan ook wel ondermaats zijn*

25. Dit alles betekent niet dat klein niet toch onder omstandigheden ondermaats kan zijn. Het feit dat sprake is van een zeer kleine kans in absolute zin, kan wel degelijk betekenis hebben voor het recht en kan rechtens aan een aanspraak in de weg staan. De hoegrootheid van de kans op schade is namelijk een belangrijk criterium voor toetsing van aansprakelijkheid. De mate van kansverhoging, de waarschijnlijkheid van het desbetreffende schadegeval en de waarschijnlijkheid van een schadegeval in het algemeen, spelen om te beginnen een belangrijke rol bij de vraag of zich een normschending voordoet.²⁷ In de woorden van de Hoge Raad doet niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van aan een bepaald gedrag inherent gevaar, dat gedrag onrechtmatig zijn; gevaarzettend gedrag is slechts onrechtmatig indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.²⁸ Ook bij de vragen welke voorzorgsmaatregelen geboden zijn en of het nalaten daarvan een normschending inhoudt is de hoegrootheid van de kans op schade relevant. Zo overweegt de Hoge Raad dat niet iedere mogelijkheid van flauwvallen van patiënten, hoe gering ook, een ziekenhuis verplicht tot het nemen van maatregelen, nodig om ook daarin te voorzien, ongeacht de kosten of andere bezwaren verbonden aan zulke maatregelen.²⁹
26. Dit was ook de insteek van het verweer van de huisarts in de hier geannoteerde zaak. Hij stelde dat hij de zorg van een goed huisarts in acht heeft genomen en door zijn handelwijze geen groter risico op een infectie of op posttraumatische dystrofie in het leven heeft geroepen dan in het licht van zijn zorgplicht redelijkerwijs verantwoord was. Daar ging evenwel de rechtbank niet op in. Die veronderstelde dat van een normschending sprake was, omdat niet aan de professionele standaard was voldaan, maar deed de zaak – naar huidig recht wellicht ten onrechte – af op het ontbreken

26 Zie voor meer voorbeelden A.L.M. Keirse, *Schadebepenkingsplicht; Eigen schuld over de omvang van de schade*, Deventer: Kluwer 2003, p. 209-210.

27 C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 806 e.v.; B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen. De grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 190 e.v.

28 HR 9 december 1994, NJ 1996, 403, m.nt. C.J.H. Brunner (*Zwiepende tak*); HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300 m.nt. J. Hijma (*Jansen/Jansen*); HR 7 april 2006, NJ 2006, 244 (*Der Bildtpollen/Miedema*).

29 HR 6 november 1981, NJ 1982, 567, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bloedprik*).

van causaal verband. *Ex ante* was de kans weliswaar klein, maar *ex post* – een norm-schending veronderstellend – toch groot.

27. Tot slot moet er rekenschap van worden gegeven dat de mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid met terughoudendheid moet worden toegepast, vanwege het daaraan verbonden bezwaar dat iemand aansprakelijk kan worden gehouden voor een schade die hij mogelijkwerwijs niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. Dat brengt mee dat de rechter in zijn motivering moet verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.³⁰ Bij toepassing van het leerstuk van kansschade bestaat geen grond voor deze terughoudende benadering.³¹ Aldus moet de vraag worden gesteld of terug redeneren vanuit het ingetreden resultaat in plaats van gebruikmaking van de jurisprudentie inzake verlies van een kans recht doet aan de verweten normschending. Als (te) snel een normschending wordt gelezen in het achterwege laten van een bepaalde vorm van medisch handelen, waarvan bekend is dat het statistisch gezien slechts een minieme kans heeft om een negatief effect te voorkomen, en vervolgens een schadevergoeding wordt begroot uitgaande van een redenering waarbij de kans dat de achterwege gelaten behandeling effect zou hebben gehad wordt afgezet tegen de kans dat een ‘normale’ complicatie was opgetreden, zet deze werking van het aansprakelijkheidsrecht mogelijk een druk op het uitvoeren van behandelingen waarvan maar weinig effect is aangetoond.

8 *Tot besluit*

28. In de hierboven aangehaalde zaken wordt telkens een betwistbare en niet-gemotiveerde aanname gedaan die leidt tot een onjuiste begroting van veroorzakingswaarschijnlijkheid en daarmee – naar huidig recht³² – tot een betwistbare afwijzing van (proportionele) aansprakelijkheid. Er wordt in het kader van het onderzoek naar causaliteit ten onrechte gerekend met *ex ante* absolute kansen in plaats van *ex post* relatieve kansen oftewel veroorzakingswaarschijnlijkheid, dit ten gevolge van een empirisch-juridisch onverantwoorde assumptie, die inhoudt dat het niet zo kan zijn dat een zeer kleine

30 HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*); HR 21 december 2012, NJ 2013, 237 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*).

31 HR 21 december 2012, NJ 2013, 237 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*).

32 Ik maak deze toevoeging ‘naar huidig recht’ uitdrukkelijk, omdat de hier geannoteerde uitspraak Rb. Maastricht 13 juli 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628, JA 2006/44 (*Levob*) dateert van voor de introductie van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid door de Hoge Raad (HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*)) en de kritiek op deze uitspraak in dit licht niet hard kan zijn.

kans rechtens toch zeer relevant is. De boodschap van deze bijdrage luidt dat rechters niet aan de haal moeten gaan met kansen en statistiek, maar door gebruikmaking van inzichten uit andere wetenschappen dienen te leren hoe die kansen en statistiek juridisch te vertalen en rechtens betekenis te geven. Van *iudex non calculat* naar een 'rekenende rechter' die op wetenschappelijk en juridisch normatief verantwoorde wijze gebruik maakt van inzichten uit andere wetenschappen.³³

33 Vergelijk W.H. van Boom & M.J. Borgers, *De rekenende rechter. Van 'Iudex Non Calculat' naar actieve cijferaar?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

11 MET STATISTIEKEN ONDERBOUWDE SCHADEBEGROTING: ACCURAAT OF INCORRECT?

*De zaak Reaal in het licht van recente
Amerikaanse ontwikkelingen – in het bijzonder
de aandacht voor ‘resilience’*

*J.M. Emaus**

‘Excuse me. I won’t allow you to continue along those lines. Hispanics is too general a category... You’ll have to be more definitive with respect to this particular family. We have professors as well as gardeners who are Hispanics, and I don’t believe that we ought to go forward in federal court with that assumption of uniformity ... Now, ladies and gentlemen, [addressing the jury] ... I am now instructing you that as a matter of constitutional and federal law, it is inappropriate where there is a case involving an individual with a Hispanic background to rely upon a table which is undifferentiated as to Hispanic individuals.’¹

Jack Weinstein (rechter in het US District Court for the Eastern District of New York 2015)

UITSpraak

Rechtbank Den Haag 23 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276

KERNOVERWEGINGEN²

4.2. De rechtbank stelt voorop dat beoordeling van de omvang van de causale schade wegens verlies van verdienvermogen in zijn algemeenheid geschiedt door vergelijking

* Mr. dr. J.M. Emaus is als universitair docent verbonden aan Ucall en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en is SIM fellow. Zij dankt de leden van de ‘Ucall’s Empire’ onderzoeksgroep voor het kritisch meelezen.

1 Jack B. Weinstein, *G.M.M. v. Kimpson*, 116 F.Supp.3d 126 (E.D.N.Y. 2015).

2 De onderstrepingen zijn van de auteur.

van de feitelijke inkomenssituatie na het ongeval met de hypothetische situatie bij wegdenken van het ongeval. Bij zo'n vergelijking komt het aan op een schatting naar redelijkheid door de rechter van de goede en kwade kansen. Aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen mogen daarbij geen strenge eisen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde in de toekomst zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad. Het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.

- 4.3. De door [AB] q.q. in het geding gebrachte schadeberekening van het NRL is (deels) gebaseerd op uitgangspunten waarover partijen van mening verschillen. De rechtbank is van oordeel dat zij met de thans voorhanden informatie de schade wegens verlies van verdienvermogen niet kan vaststellen en het deelgeschil zich onder de gegeven omstandigheden ook niet leent voor de door [AB] q.q. voorgestane vaststelling van het verlies van arbeidsvermogen. Het verzochte zal daarom op dit punt afgewezen worden. Nu duidelijk is dat partijen van mening verschillen over een aantal uitgangspunten die nodig zijn om tot een begroting van de schade te komen, zal de rechtbank die uitgangspunten vaststellen.

(...)

- 4.8. Ook het aantal uren dat [C], het ongeval weggedacht, zou hebben gewerkt, is tussen partijen in geschil.
- 4.9. [AB] q.q. stellen dat [C] tot haar 67e levensjaar fulltime zou hebben gewerkt. Reaal acht het, met uitzondering van haar 17e tot en met haar 26e levensjaar, niet reëel ervan uit te gaan dat [C] fulltime zou hebben gewerkt.
- 4.10. Het komt bij deze kwestie aan op de redelijke verwachting van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen van [C], het ongeval weggedacht. De rechtbank acht het redelijk te veronderstellen dat [C], als vrouw in Nederland en gegeven haar culturele achtergrond en persoonlijke omstandigheden, een partner zou hebben gevonden en rond haar 26e levensjaar (in het jaar 2019) kinderen zou hebben gekregen. Gezien de huidige en te verwachten economische situatie, ook in de kinderopvang, is het redelijk te veronderstellen dat [C] in verband met de geboorte van haar kinderen gedurende 10 jaar niet zou hebben gewerkt en vervolgens vanaf haar 36e levensjaar tot haar 67e levensjaar, conform de door Reaal voorgestelde 50% ofwel 20 uur per week werkzaam zou geweest. Het is immers een feit van algemene bekendheid dat slechts een kleine groep vrouwen na de geboorte van kinderen fulltime blijft werken en derhalve de verzorging en opvoeding van die kinderen voor een belangrijk deel aan derden over laat, terwijl niet is onderbouwd dat [C] tot deze kleine groep vrouwen behoort.

- 4.11. [AB] q.q. hebben ter zitting een beroep gedaan op het rapport ‘Onderscheid naar geslacht bij de vaststelling van letselschade. Een verkennend onderzoek.’ van de Commissie Gelijke Behandeling uit september 2012. Onderscheid op grond van geslacht is verboden, aldus [AB] q.q. De rechtbank is – met Reaal – van oordeel dat er geen sprake is van een aanname die is gebaseerd op seksestereotypen. De rechtbank dient, rekening houdend met de beschikbare statistische gegevens en de persoonlijke omstandigheden van [C], te schatten hoe het leven van [C] er, het ongeval weggedacht, zou hebben uitgezien. Daarbij is het onvermijdelijk dat rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat [C] een vrouw is, maar dit maakt nog niet dat de aannames daarmee discriminerend zijn. De aannames laten immers alle ruimte om in afwijking van de statistische gegevens uit te gaan van een fulltime dienstverband wanneer daartoe op basis van de persoonlijke omstandigheden van [C] voldoende aanleiding is. Zoals de rechtbank hiervoor reeds heeft overwogen, bestaat daartoe geen aanleiding.
- 4.12. Het voorgaande leidt ertoe dat als uitgangspunt heeft te gelden dat [C] van haar 17e tot en met haar 26e levensjaar fulltime zou hebben gewerkt, vervolgens van haar 27e tot en met haar 36e levensjaar niet en ten slotte vanaf haar 37e tot en met haar 67e levensjaar 50% zou hebben gewerkt.

ANNOTATIE

1 Inleiding

- Deze uitspraak van Rechtbank Den Haag is er één in een zogenoemde deelgeschilprocedure, een procedure waarin de rechter wordt verzocht te beslissen over een concrete vraag over wat tussen partijen in een letsel- en overlijdensschadeprocedure rechtens geldt teneinde schikkingsonderhandelingen te faciliteren.³ In deze zaak had (een rechtsvoorganger van) verzekeraar Reaal aansprakelijkheid voor een auto-ongeval door een bij hem verzekerde motorrijder erkend, maar konden partijen het niet eens worden over de door Reaal te betalen vergoeding vanwege verlies van verdienvermogen van het minderjarige slachtoffer. De ouders van het slachtoffer verzochten de Rechtbank Den Haag daarom in de deelgeschilprocedure (onder meer) tot het vaststellen van het verlies van arbeidsvermogen van hun minderjarige dochter op een bedrag van 432.893 euro. De rechtbank overweegt dat zij niet kan vaststellen wat het verlies van verdienvermogen is en dat de deelgeschilprocedure zich daar ook niet voor leent.

³ Art. 1019w Rv. Zie over de deelgeschilprocedure: Titel 17 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Zie ook: M. Wesselink, *De deelgeschilprocedure: Kan procederen onderhandelen stimuleren?* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom juridisch 2016.

Zij kan evenwel wel uitgangspunten geven voor de begroting van het verlies van verdienvermogen. Eén van de uitgangspunten gaat over het aantal uren dat het slachtoffer, het ongeval wegdenkende, in de toekomst zou hebben gewerkt. De rechtbank beslist wat dat betreft dat als uitgangspunt heeft te gelden dat de benadeelde eerst fulltime zou hebben gewerkt, dan een aantal jaren helemaal niet vanwege de zorg voor de kinderen die zij gekregen zou hebben, en dat zij dan tot haar 67ste parttime zou hebben gewerkt. De rechtbank meent dat die assumptie gerechtvaardigd is nu zij op grond van statistische gegevens en persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer, dient te schatten hoe haar leven er zonder ongeval zou hebben uitgezien. Dat rekening wordt gehouden met het feit dat het slachtoffer een vrouw is, is onvermijdelijk, aldus de rechtbank, en maakt nog niet dat de aanname discriminerend is.

2. In deze annotatie staat de aanname centraal die voor de begroting van het verlies van verdienvermogen wordt gedaan en die is gebaseerd op een persoonlijk kenmerk dat bovendien een discriminatiegrond is.⁴ Het betreft in de hiervoor genoemde zaak, die als aanleiding en concreet voorbeeld dient, de aanname over het aantal uren dat de vrouw zou hebben gewerkt, het ongeval wegdenkende, bij de begroting van het verlies van verdienvermogen van een jonge vrouw. Die aanname wordt dan gebaseerd op de beschikbare statistische gegevens over arbeidsparticipatie door vrouwen in het verleden. Het persoonlijke kenmerk, tevens discriminatiegrond, is hier dus geslacht. De aanname is onvermijdelijk, zo wordt door de rechtbank aangenomen, om accuraat de vergoeding te kunnen berekenen die de benadeler aan de benadeelde verschuldigd is. Die vergoeding dient volledig te zijn, dat wil zeggen zo goed mogelijk het verlies van de benadeelde te weerspiegelen. En dat betekent dat in de berekening moet worden meegenomen wat het geslacht van de betreffende benadeelde is. Mannen en vrouwen werken immers (gemiddeld) gedurende hun leven, ook vandaag de dag nog, niet een gelijk aantal arbeidsuren, zo is de gedachte. Volledige vergoeding voor verlies van arbeidsvermogen komt voor een jonge, mannelijke benadeelde daarom in de regel op een hoger bedrag uit dan voor een jonge, vrouwelijke benadeelde.
3. De aanname die voor de jonge vrouw wat betreft haar arbeidsparticipatie wordt gedaan, is nadien door het College voor de Rechten van de Mens in strijd bevonden met gelijkebehandelingswetgeving.⁵ Het College overweegt dat de verzekeraar voor de onderbouwing van de uitgangspunten heeft verwezen naar onderzoeken die enkel zien op de arbeidsparticipatie van vrouwen. Dat rechtvaardigt het vermoeden dat

4 In de discussie naar aanleiding van het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens is er eerder aandacht besteed aan de bredere context van discriminatie op bij wet verboden kenmerken. Zie: M.A. Loth, 'Schadebegroting en mensenrechten', *AV&S* 2014/17, 5/6; I. Karimi, 'Arbeidsvermogensschade bij jonge kinderen. Naar een nieuwe wijze van schadeberekening vanuit het perspectief van gelijkbehandelingswetgeving', *TVP*, 2018, p. 37-48.

5 College voor de Rechten van de Mens 19 augustus 2014, oordeel 2014-97.

sprake is van direct onderscheid op grond van geslacht. De verzekeraar is er niet in geslaagd dat vermoeden te weerleggen en aldus komt het College tot het oordeel dat er sprake is van discriminatie op grond van geslacht door de verzekeraar bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding.

4. Dit oordeel van het College voor de Rechten van de Mens rechtvaardigt op zichzelf een bespreking in deze bundel. Het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens is echter, dat zal niet verbazen, reeds uitvoerig onderwerp van bespreking geweest.⁶ In de literatuur naar aanleiding van het oordeel is er ook aandacht geweest voor alternatieve, niet-discriminatoire manieren om schade te begroten.⁷ Wat daarbij echter (grotendeels) onbesproken is gebleven, is een ontwikkeling in de Verenigde Staten naar ‘eerlijke’ (in de zin van: niet discriminatoire) schadevergoeding.⁸ Een ontwikkeling die overigens ook pas meer recent met twee belangrijke gebeurtenissen opnieuw onder de aandacht is gekomen. Eén van de gebeurtenissen vond plaats in 2016, en betreft de introductie in het Amerikaanse Congres⁹ van de *Fair Calculations in Civil Damages Act of 2016*.¹⁰ De tweede gebeurtenis is de publicatie in 2015 van het memorandum & order van rechter Jack Weinstein (*US District Court for the Eastern District of New York*) in de zaak *G.M.M. v. Kimpson*, waarin hij besliste dat ‘etniciteit’ geen factor mag zijn die in aanmerking wordt genomen bij de vaststelling van de schadevergoeding.¹¹

6 M.A. Loth, ‘Schadebegroting en mensenrechten’, *AV&S* 2014/17, afl. 5/6; Chr.H. van Dijk, ‘Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening’, *AV&S* 2015/19, afl. 4; J.M. Emaus, ‘Verboden onderscheid op grond van geslacht bij de vaststelling van de hoogte van de letselschadevergoeding: blik op Canada’, *Letsel & Schade* 2015, p. 6-23; E. Engelhard, M. Hebly & S. Lindenberg, ‘Gelijkheidsperikelen in het personenschaderecht’, *NTBR* 2015, p. 257-265; N. Benaissa, ‘Discriminatie in de Nederlandse letselschadepraktijk: het topje van de ijsberg’, *TLP* 2015, 5; M.A. Loth, ‘Rechtvaardige aansprakelijkheid. Over herstel van autonomie, beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, en de “maatmens benadeelde”’, in: M.Th. Beumers, W.H. van Boom & M.A. Loth, *Aansprakelijkheidsrecht & maatmens* (preadviezen Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht), Deventer: Kluwer 2016, p. 33-73; J.M. Emaus, ‘Van Brussel tot Straatsburg: over harde en soft Europese invloeden op het Nederlandse schadevergoedingsrecht’, in: F.T. Oldenhuis & H. Vorsselman, *Letselschade en Europa; Internationale invloeden op de Nederlandse letselschadepraktijk*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 17-38; C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 41; I. Karimi, ‘Arbeidsvermogensschade van jonge kinderen. Naar een nieuwe wijze van schadeberekening vanuit het perspectief van gelijkbehandelingswetgeving’, *TVP* 2018, p. 37-48.

7 Waaronder uit de Canadese literatuur en rechtspraak; zie: Emaus 2015.

8 Vgl. Engelhard, Hebly & Lindenberg 2015.

9 Een voorstel moet, om wet te worden, door beide kamers (het Huis van Afgevaardigden en de Senaat) worden goedgekeurd en door de President worden ondertekend; zie: <https://www.house.gov/the-house-explained/the-legislative-process> en <https://www.senate.gov/legislative/process.htm>.

10 *Fair Calculations in Civil Damages Act of 2016*, H.R. 6417, 114th Cong. (2016), www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/3489.

11 *G.M.M. EX REL. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F.Supp.3d 126 (E.D.N.Y. 2015).

5. Het zijn de ontwikkelingen in de Verenigde Staten die in deze annotatie centraal staan, met in het bijzonder aandacht voor een alternatieve benadering bij de berekening van schadevergoeding die, voor zover ik kan overzien, niet aan de orde is geweest in eerdere besprekingen over het onderwerp in de Nederlandse literatuur. Weinstein bracht die benadering in de zaak *G.M.M. v. Kimpson* kort onder de aandacht, namelijk door te suggereren dat bij het ontwikkelen van een hypothetisch beeld van de toekomstverwachting van een jonge benadeelde kan worden uitgegaan van veerkracht van kinderen volgens de psychologische theorie van *resilience*.¹² Die benadering leidt in die zin af van persoonlijke kenmerken dat als startpunt moet worden gekozen dat kinderen in staat zijn om ongunstige obstakels die zij tegenkomen te passeren.
6. Maar voor ik licht schijn op de *resiliency theory*, zal ik eerst, op grond van literatuur naar aanleiding van de zaak *G.M.M. v. Kimpson*, betogen waarom de aanname over de arbeidsparticipatie door vrouwen moet worden afgewezen. Ik zal daarbij wijzen op normatieve en empirische argumenten. Mijn benadering in deze annotatie is daarmee in die zin wat afwijkend dat in de andere bijdragen in deze bundel in hoofdzaak wordt gezocht naar een empirische onderbouwing van de geannoteerde assumptie, terwijl de empirie hier uitdrukkelijk naast het normatieve wordt geplaatst en dient ter onderbouwing van mijn betoog dat de aanname incorrect, want niet accuraat, is. Daarnaast wordt in de annotatie, zoals gezegd, aandacht geschonken aan twee ideeën in de Verenigde Staten die ertoe kunnen bijdragen dat de noodzakelijk geachte, maar normatief en empirisch te verwerpen aanname nog langer wordt gedaan.
7. De bijdrage is hierna als volgt opgebouwd. Eerst wordt stilgestaan bij twee hiervoor reeds genoemde belangrijke recente gebeurtenissen in de Verenigde Staten, te weten het *memorandum & order* van Weinstein in de zaak *G.M.M. v. Kimpson* en de introductie in het Amerikaanse congres van de *Fair Calculations in Civil Damages Act of 2016*. Daaropvolgend wordt een aantal privaatrechtelijke (normatieve en empirische) argumenten besproken die in de uitspraak in *G.M.M. v. Kimpson* zijn genoemd en die pleiten tegen het betrekken van geslacht of ander discriminerend kenmerk bij de schadebegroting. Het zijn argumenten die ook reeds in de Amerikaanse literatuur, in het bijzonder door Sebok, uit de uitspraak zijn gefilterd.¹³ En tot slot komt de hiervoor genoemde *resiliency theory* aan de orde die kan bijdragen aan het ontwikkelen van een meer positieve benadering van de hypothetische situatie van de jonge benadeelde.

12 *G.M.M. EX REL. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F.Supp.3d 126 (E.D.N.Y. 2015). Onder verwijzing naar: Laura Greenberg, 'Compensating the Lead Poisoned Child: Proposals for Mitigating Discriminatory Damages Awards', 28 *B.C. Envtl. Aff. L.Rev.* 429, 431-32 (2001). Ook opgepikt door Robbenolt in: J.K. Robbenolt, 'Race, gender and loss of future earnings', *Monitor on Psychology*, June 2018, p. 27. Zie onder 13 en verder.

13 A. Sebok, 'Can Tort Damages Discriminate?' (New Private Law project) 2015, blogs.harvard.edu/npl-blog/2015/08/17/can-tort-damages-discriminate-anthony-sebok/.

2 *Over G.M.M. v. Kimpson en de Fair Calculations in Civil Damages Act of 2016*

8. De eerste hier te bespreken gebeurtenis in de Verenigde Staten is het verschijnen van het *memorandum & order* van Weinstein in de zaak *G.M.M. v. Kimpson* in de zomer van 2015.¹⁴ In *G.M.M. v. Kimpson* stond de aansprakelijkheid voor het letsel van een minderjarige jongen centraal dat hij, naar eisers stelden, had opgelopen door contact met loodhoudende verf in de woning die door verweerder aan zijn ouders werd verhuurd.¹⁵ De ouders van de jongen hadden ten tijde van de zwangerschap een appartement in New York betrokken dat door de eigenaar kort daarvoor was gerenoveerd. Toen de jongen een jaar oud was werden bij hem verhoogde loodwaarden in het bloed waargenomen. Die verhoogde waarden zouden de oorzaak zijn van spraak-, concentratie-, gedrag-, en geheugenproblemen bij de jongen. Eisers stelden verhuurder Kimpson aansprakelijk voor het ontstaan van de verhoogde bloedwaarden. Een jury oordeelde dat Kimpson aansprakelijk was,¹⁶ waarna Weinstein in het *memorandum & order* de vraag beantwoordde of de omvang van een schadevergoedingsverplichting zou mogen worden verminderd vanwege statistieken waaruit volgde dat de benadeelde, gezien zijn etniciteit, een lagere kans zou hebben om hoger onderwijs te genieten. Zijn antwoord op de vraag was eenvoudig: nee.¹⁷ Ter onderbouwing wijst Weinstein in de eerste plaats op de strijdigheid van die praktijk met de Amerikaanse constitutie. Dit deel van de onderbouwing blijft hier onbesproken.¹⁸ Daarnaast noemt hij argumenten die doen twifelen aan de correctheid van de methode, namelijk omdat die onverenigbaar zou zijn met (privaatrechtelijke) uitgangspunten die aan het schadevergoedingsrecht ten grondslag liggen. Het zijn die argumenten, samen met de hiervoor genoemde suggestie om de psychologische *resiliency theory* te betrekken, die ik in deze annotatie graag voor het voetlicht breng. Ik kom daar hierna op terug.
9. Naast het *memorandum & order* van Weinstein heeft in de Verenigde Staten nog een andere gebeurtenis recent aandacht getrokken. Dat is de introductie in het 114e Congres van de *Fair Calculations in Civil Damages Act of 2016*.¹⁹ Het is een, voor zover ik kan overzien, uniek voorstel, waarmee bij wijze van ultimum remedium wordt geprobeerd concreet te verbieden dat door de rechter bij de toekenning van

14 *G.M.M. EX REL. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F.Supp.3d 126 (E.D.N.Y. 2015). Weinstein bevestigt hiermee wat hij eerder besliste in de zaak *McMillan v. City of New York*. Zie: *McMillan v. City of New York* 253 F.R.D. 247 (E.D.N.Y.2008).

15 *G.M.M. v. Kimpson*, 92 F.Supp.3d 53 (E.D.N.Y. 2015).

16 *G.M.M. v. Kimpson*, 92 F.Supp.3d 53 (E.D.N.Y. 2015).

17 *G.M.M. EX REL. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F.Supp.3d 126 (E.D.N.Y. 2015), p. 129.

18 Zie hierover in het bijzonder: K.A. Yuracko & R. Avraham, 'Valuing Black Lives: A Constitutional Challenge to the Use of Race-Based Tables in Calculating Tort Damages', *Calif. L. Rev.* 2018, 325.

19 Zie: *Fair Calculations in Civil Damages Act of 2016*, H.R. 6417, 114th Cong. (2016), www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/3489.

schadevergoeding rekening wordt gehouden met ras, etniciteit, geslacht, religie of seksuele geaardheid.²⁰ Alhoewel zou kunnen worden aangenomen dat de Amerikaanse constitutie in de weg staat aan het betrekken van etniciteit bij de berekening van schadevergoeding (zoals door Weinstein reeds is gebeurd), is toch noodzaak gevoeld die (discriminerende) praktijk meer concreet bij wet te verbieden. Naast een verbod is in het voorstel bepaald dat er tabellen worden ontwikkeld voor de berekening van het verlies van verdienvermogen waarin ras, etniciteit, geslacht, religie of seksuele geaardheid buiten beschouwing worden gelaten.²¹ Ofschoon het voorstel nog niet in het 115e Congres is geïntroduceerd, is de problematiek bij de schadebegroting met de introductie in het 114e Congres, ook zonder dat het voorstel tot wet is geworden, onder de aandacht gebracht.²²

3 Volledige vergoeding

10. Zoals gezegd onderbouwt Weinstein zijn beslissing in *G.M.M. v. Kimpson* onder meer met argumenten die doen twijfelen aan de correctheid van de methode voor de berekening van het verlies van verdienvermogen ingeval er sprake is van een zeer jonge benadeelde. Wat die methode betreft, moet worden vooropgesteld dat die in dienst moet staan van een belangrijk uitgangspunt in het schadevergoedingsrecht, namelijk dat van volledige vergoeding van geleden schade. Schade kan bijvoorbeeld zijn de aantasting van een benadeelde in zijn vermogen om arbeid te verrichten. Die schade dient, vanwege het uitgangspunt, (zo goed als mogelijk) te worden begroot door de situatie waarin de benadeelde sinds de schadeveroorzakende gebeurtenis verkeert te vergelijken met de (hypothetische) situatie waarin de benadeelde zonder schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben verkeerd.²³ Die vergelijking is voor een jonge benadeelde moeilijk, zo niet onmogelijk te maken, nu aanknopingspunten voor het construeren van de hypothetische situatie, in het persoonlijke verleden van de benadeelde, door de jonge leeftijd ontbreken.²⁴ Daar komt dan nog bij dat, zoals door

20 Sec. 3. 'Calculations of damages', Fair Calculations in Civil Damages Act of 2016.

21 Sec. 4. 'Inclusive Future Earnings Tables', Fair Calculations in Civil Damages Act of 2016.

22 Het einde van een (tweejarige) termijn van het Amerikaanse Congres betekent het einde van wetsvoorstellen die nog geen wet zijn geworden. De voorstellen kunnen in de volgende termijn opnieuw worden geïntroduceerd.

23 M.C.J. Peters, 'Verlies van arbeidsvermogen', in: *Handboek personenschade*, Deventer: Kluwer 2012, p. 3030-14-20.

24 Zie over kindschade en de vergoeding daarvan in de Nederlandse literatuur door de jaren heen en onder (veel) meer: S.C.P. Giesen & R.P.J.L. Tjittes, 'De rekening van het kind - de begroting van arbeidsvermogensschade en smartengeld bij jonge kinderen met blijvend en ernstig letsel', in: S.D. Lindenberg, *Schade: vergoeden of beperken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 73-90; J.F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel', *NTBR* 2007, p. 100, 102-104; S.D. Lindenberg, F.Th. Kremer & J.M. Tromp (red.), *Kind en schade: wat nu?*, Den Haag: Stichting

Kolder meer in het algemeen waargenomen, de benadeelde en zijn wederpartij vaak tegengestelde standpunten innemen wat betreft de beide situaties.²⁵ Kolder stelt dat de benadeelde in de regel positief is over de prognose in de situatie met schadeveroorzakende gebeurtenis en de wederpartij meer somber gesteld, terwijl ten aanzien van de hypothetische situatie zonder schadeveroorzakende gebeurtenis juist het omgekeerde geldt.

11. Om toch een beeld te vormen van de hypothetische situatie zonder schadeveroorzakende gebeurtenis wordt gebruik gemaakt van statistieken. Factoren die de benadeelde kenmerken zijn daarbij uiteindelijk bepalend voor de hoogte van de vergoeding. Als voorbeeld dient hier de factor geslacht, die in de zaak *Reaal*, maar tegenwoordig niet meer altijd, in aanmerking wordt genomen. Is de benadeelde in zo'n geval een vrouw, dan geldt dat statistieken worden gebruikt die zien op de ontwikkeling van het verdienvermogen van vrouwen. Zij wordt dus verondersteld zich te ontwikkelen volgens een patroon dat wordt afgeleid uit data die zijn verzameld over de ontwikkeling van vrouwen in algemene zin. Anders gezegd, statistieken over vrouwen in algemene zin worden toegepast op een concreet individu. Een eerste argument van Weinstein tegen deze benadering is dat op deze manier eeuwenoude discriminatie wordt versterkt en dat overigens een beeld wat op basis hiervan ontstaat simpelweg (zeer waarschijnlijk) niet juist is voor de toekomst.²⁶ Hieraan gelinkt en nog sterker uitgedrukt werkt deze praktijk tegen dat het beleid dat erop is gericht discriminatie uit te bannen, tot een succes wordt.²⁷ En er gaat bovendien een verkeerde boodschap van uit, namelijk, zoals door Chamallas omschreven, dat de samenleving van bepaalde groepen minder verwacht en aan bepaalde groepen minder geeft.²⁸ Zij vervolgt:

'It's like having two children and saying, 'I expect a lot from the boy but not as much from the girl.'²⁹

Personenschade Instituut van Verzekeraars 2009; S.D. Lindenberg, 'Vier kinderen en hun lotgevallen in het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2009, p. 2670-2682; S.V. Mewa, 'Enkele bijzondere aspecten bij de afwikkeling van schade van minderjarigen – een rechtvaardiger oplossing door een mentaliteitsverandering?', in: T. Barkhuysen e.a., *Letselschade in een breed perspectief*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011; G. van Dijk, 'Naar een nieuw aansprakelijkheidsvereiste in het aansprakelijkheidsrecht, Over herstel binnen de ontstane toestand en een toekomstgerichte maatstaf', *NJB* 2016, p. 1611 e.v.

25 A. Kolder, 'Letselschade: de hypothetische situatie zonder ongeval', *TVP* 2015, p. 24. Onder verwijzing naar Hartlief: T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', *AV&S* 2005, p. 160.

26 Sebok 2015.

27 K. Filzer, 'Devaluing child plaintiffs due to their race, gender, and socioeconomic status: why courts have been calculating lost future earning damages wrong and how they can get it right', 48 *U. Tol. L. Rev.* 561.

28 M. Chamallas, 'Chamallas plays key role in Fair Calculations in Civil Damages Act', moritzlaw.osu.edu/briefing-room/faculty/chamallas-plays-key-role-in-fair-calculations-in-civil-damages-act/.

29 M. Chamallas, 'Chamallas plays key role in Fair Calculations in Civil Damages Act', moritzlaw.osu.edu/briefing-room/faculty/chamallas-plays-key-role-in-fair-calculations-in-civil-damages-act/.

12. Een tweede argument tegen het betrekken van factoren die bovendien discriminatiegronden zijn, is dat dit een prikkel zou geven (vanwege het toekennen van lagere vergoedingen) om jegens vrouwen en personen die tot (in *G.M.M. v. Kimpson*) minderheden behoren, onrechtmatig (of: minder zorgvuldig) te handelen.³⁰ Dat is een stelling die voor Nederland niet licht denkbaar is, maar in de Amerikaanse rechtspraak en literatuur met onderzoeksresultaten wordt onderbouwd.³¹ Ter illustratie verwijzen Yuracko & Avraham daarbij naar de volgende passage uit een memo van *Chief Economist* van de Wereldbank Lawrence Summers:

‘Just between you and me, shouldn’t the World Bank be encouraging MORE migration of the dirty industries to the LDCs [Less Developed Countries]? ... The measurements of the costs of health impairing pollution depend on the foregone earnings from increased morbidity and mortality. From this point of view a given amount of health impairing pollution should be done in the country with the lowest cost, which will be the country with the lowest wages. I think the economic logic behind dumping a load of toxic waste in the lowest wage country is impeccable and we should face up to that.’³²

Het spreekt voor zich dat de onderzoeken niet aantonen dat het betrekken van factoren die discriminatiegronden zijn ook in Nederland zo uitwerkt, maar de onderzoeken rechtvaardigen wat mij betreft wel een hypothese in die richting. Als zou worden aangenomen dat de praktijk niet reeds vanwege strijd met gelijkebehandelingswetgeving moet stoppen, dan zou volgens mij in elk geval moeten worden onderzocht of prikkels om jegens vrouwen en personen die tot minderheden behoren minder zorgvuldig te handelen, in Nederland ook bestaan, en zo ja, welke consequenties daar dan aan kunnen of moeten worden verbonden.³³

13. Een laatste argument van Weinstein om het betrekken van (in zijn geval) etniciteit bij de berekening van de schadevergoeding te verbieden, geeft hij in het kader van de toetsing aan de Amerikaanse constitutie, namelijk dat het de rechter niet is toegestaan op grond van arbitraire en irrationele overwegingen de omvang van de schadevergoe-

30 *G.M.M. EX REL. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F.Supp.3d 126 (E.D.N.Y. 2015), p. 142-143.

31 *G.M.M. EX REL. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F.Supp.3d 126 (E.D.N.Y. 2015), p. 143. Weinstein verwijst naar Chamallas: M. Chamallas, ‘Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss’, 38 *Loy. L.A. L.Rev.* 1435, p. 1440-1441. Zie ook: Yuracko & Avraham 2018, p. 5, onder verwijzing naar onder meer: M.I. Meyerson & W. Meyerson, ‘Significant Statistics: The Unwitting Policy Making of Mathematically Ignorant Judges’, 37 *Pepp. L. Rev.* 771, p. 808; Sebok 2015; R. Avraham & K. Yuracko, ‘Torts and Discrimination’, 78 *Ohio St. L.J.* 661.

32 Yuracko & Avraham 2018, p. 5.

33 Zie over het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en preventie onder meer: E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel* (Monografieën BW A15), Deventer: Kluwer 2008.

ding te bepalen.³⁴ Het is een argument dat Weinstein linkt aan *due process* en waarvan Sebok vervolgens heeft aangenomen dat het ook opgaat als privaatrechtelijk argument.³⁵ Hij overweegt, en ik sluit me daarbij aan, dat het aannemelijk is dat het op grond van privaatrechtelijke theorieën ook moet worden verworpen.³⁶ Met het uitgangspunt dat schade volledig dient te worden vergoed, is er geen plaats voor arbitraire en irrationele overwegingen. De overwegingen die aan de berekening ten grondslag liggen moeten het uitgangspunt dienen en dus leiden naar een vergoeding die wat betreft de omvang zo goed mogelijk overeenkomt met de waarde van de omvang van de schade. Dat het betrekken van discriminatoire omstandigheden leidt tot arbitraire en irrationele overwegingen kan bijvoorbeeld voor ‘geslacht’ als volgt worden uitgelegd. De keuze om geslacht in aanmerking te nemen leidt ertoe dat (te) kort gezegd de jonge vrouwelijke benadeelde in het hokje ‘vrouwen’ wordt geplaatst, om de verwachtingen wat betreft haar toekomst vervolgens te voorspellen met behulp van gemiddelden die voor deze groep zijn berekend. Volgens Sebok zou bij zo’n jonge benadeelde de schade dan ook niet moeten worden voorgesteld als een verlies van verdienvermogen, maar als een verlies van de mogelijkheid om zijn of haar eigen levensplan na te streven.³⁷ Dat benadert beter waar het in dit soort zaken over gaat. Een en ander betekent overigens niet dat schatten op grond van artikel 6:97 BW zou moeten worden uitgesloten. Schatten kan goed een meer realistische benadering van de schade opleveren dan het tot achter de komma ‘berekenen’ van vergoedingen die onmogelijk tot achter de komma de werkelijk geleden schade benaderen.³⁸

4 ‘Resiliency theory’

14. Voor de berekening van de omvang van het verlies van verdienvermogen wordt dus gebruik gemaakt van statistieken, om op basis van wat bekend is uit het verleden te voorspellen hoe de toekomst van de jonge benadeelde er zonder schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben uitgezien. Het is daarbij aan partijen overeen te komen wat dat precies oplevert of, lukt dat niet, aan de rechter te vragen de omvang van de schadevergoeding vast te stellen of uitgangspunten te formuleren die partijen bij de berekening in acht moeten nemen. Een moeilijkheid daarbij is de door Kolder beschreven praktijk, namelijk dat partijen de hypothetische situatie vaak anders (lees: tegengesteld) benaderen. Zoals hiervoor gezegd en door Kolder waargenomen, is een benadeelde over de hypothetische situatie zonder schadeveroorzakende gebeurtenis

34 G.M.M. *EX REL. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F.Supp.3d 126 (E.D.N.Y. 2015), p. 152.

35 Sebok 2015.

36 Sebok 2015.

37 Sebok 2015.

38 Vgl. S.D. Lindenbergh, ‘De letselschadevordering in het strafproces’, *NJB* 2014, p. 2696 e.v.

in de regel optimistischer dan de benadeler. Juist in het geval van een jonge benadeelde is zo'n twist begrijpelijk (er zijn immers geen of weinig aanknopingspunten voor een voorspelling van de toekomst zou de schade niet zijn ingetreden), maar onacceptabel, en ook te voorkomen als een rekenmethode wordt ontwikkeld of tabellen worden opgesteld vanuit overheidswege, zoals voorgesteld in de Verenigde Staten met de *Fair Calculations in Civil Damages Act of 2016*. Er zijn veel tijd en kosten mee gemoeid om uiteindelijk tot een beslissing wat betreft de omvang te komen, terwijl de benadeelde zo jong is dat zeker is dat de schadevergoeding niet volledig is, in die zin dat het overeenkomt met het verlies van de jonge benadeelde. Het is immers juist vanwege de lage leeftijd temeer onmogelijk om te benaderen hoe de toekomst er zonder schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben uitgezien. Met het ontwikkelen van een methode of van tabellen van overheidswege hoeft niet meer te worden getwist over te hanteren uitgangspunten (die liggen vast) en kan in korte tijd, met minder kosten, worden vastgesteld wat de aangewezen vergoeding voor de betreffende benadeelde is. Daarbij wordt als uitgangspunt geaccepteerd dat de daadwerkelijk geleden schade moeilijk beter te benaderen is dan door een schatting, nu, herhaal ik nog eens, de toekomst van een kind zo onzeker is.

15. Bij het opstellen van de tabellen zou, meen ik, een optimistische benadering leidend moeten zijn, met het argument dat bij twijfel over een benadering de voor de benadeelde meest gunstige moet worden gekozen, omdat de benadeelde door de onrechtmatige gedraging van de benadeler schade lijdt – een niet onbekend argument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.³⁹
16. Dit brengt mij bij de door Weinstein gesuggereerde, meer positieve benadering volgens de psychologische *resiliency theory*.⁴⁰ Weinstein verwees bij zijn suggestie naar Greenberg die de waarde van de theorie beschreef voor zaken zoals *G.M.M. v. Kimpson*, namelijk zaken waarin jonge kinderen door blootstelling aan loodhoudende verf gezondheidsschade opliepen.⁴¹ De situatie doet zich, gezien de plekken waar de verf nog te vinden is, vooral voor in armere milieus. De toepassing van de *resiliency theory* is een gedachte die, zoals ook Greenberg stelt, verdere overdenking behoeft, ook in de Verenigde Staten, maar de moeite waard is om te plaatsen naast de eerder in de literatuur gesuggereerde alternatieven voor de berekening van schadevergoeding in dit soort gevallen.⁴²

39 Vgl. Peters 2012, p. 3030-93. *United States v. Bedonie*, 317 F.Supp.2d 1285, p. 1313. Gekend uit: *McMillan v. City of New York* 253 F.R.D. 247 (E.D.N.Y.2008), p. 253-254. Zie: HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624, r.o. 3.5.1 (*Vehof/Helvetia*).

40 *G.M.M. EX REL. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F.Supp.3d 126 (E.D.N.Y. 2015), p. 153.

41 Laura Greenberg, 'Compensating the Lead Poisoned Child: Proposals for Mitigating Discriminatory Damage Awards', 28 *B.C. Env'tl. Aff. L. Rev.* 2004, 429, lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol28/iss2/5.

42 Zie voor die alternatieven onder meer: Emaus 2015, Engelhard, Hebly & Lindenberg 2015.

17. Wat is dan de psychologische *resiliency theory* en wat brengt deze bij de berekening van de omvang van de schadevergoedingsverplichting? *Resilience*, schrijven Naglieri, LeBuffe & Ross, wordt tegenwoordig algemeen aangenomen te verwijzen naar positieve uitkomsten in een situatie waarin iemand is geconfronteerd met tegenspoed of stress.⁴³ In het schadevergoedingsrecht is de theorie op drie niveaus van waarde, stelt Greenberg.⁴⁴ In de eerste plaats betreft de theorie concrete factoren bij de berekening van de schadevergoeding die de waarschijnlijkheid van succes onder ongunstige omstandigheden bepalen.⁴⁵ In de tweede plaats bevestigt (het overgrote deel van) de literatuur op het gebied van *resilience* dat voorspellingen over wat van de toekomst van een kind zou zijn geworden hoogst speculatief zijn.⁴⁶ Dat is bezwaarlijk als dat onder de streep voor een concreet individu betekent dat die een aanzienlijk lagere vergoeding krijgt dan een ander, omdat eerstgenoemde vanwege een persoonlijk kenmerk wordt gekoppeld aan het gemiddelde van een groep waarmee hij of zij het persoonlijke kenmerk deelt. En ten derde gaat het uit van de meer optimistische assumptie dat ieder kind in staat is bovengemiddeld en tegen verwachtingen in te presteren. Wat betekent dit dan concreet voor de begroting van de schadevergoeding? Volgens Greenberg leert de *resiliency theory* dat niet volledig kan worden afgegaan op objectieve en subjectieve data. *Resiliency theory* stimuleert om meer factoren te betrekken, namelijk die die iemands veerkracht, iemands *resilience*, bepalen. Daarbij staat dan niet de meer pessimistische vraag centraal wat van een kind zou zijn geworden, maar geldt juist als uitgangspunt het optimistische idee dat kinderen in staat zijn om boven het gemiddelde te presteren. Optimisme over de hypothetische situatie, het is al gezegd, wordt ondersteund door het argument dat het de onrechtmatige gedraging van de benadeler is geweest die de schade bij de jonge benadeelde heeft veroorzaakt.
18. Masten & Reed onderscheiden in het *resilience*-onderzoek twee benaderingen, te weten de (vrij vertaald) variabelenbenadering (*variable-focused approach*) en de personenbenadering (*person-focused approach*).⁴⁷ De eerste benadering leidt naar de factoren die een positieve rol zouden kunnen spelen in onderzoek naar iemands *resilience*. Masten & Reed hebben een inventarisatie gemaakt van de meest gerapporteerde factoren in psychosociaal *resilience*-onderzoek. Het gaat om factoren die worden gelinkt aan (vrij vertaald) het kind, zijn of haar familie, andere relaties, en de meest

43 J.A. Naglieri, P.A. LeBuffe & K.M. Ross, 'Measuring Resilience in Children: From Theory to Practice', in: S. Goldstein & R.B. Brooks (red.), *Handbook of Resilience in Children*, New York: Springer 2013, p. 242. A.S. Masten & M.-G. J. Reed, 'Resilience in Development', in: S.J. Lopez & C.R. Snyder, *The Oxford Handbook of Positive Psychology*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 75.

44 Greenberg 2004, p. 453-454.

45 Greenberg 2004, p. 454.

46 Greenberg 2004, p. 454.

47 Masten & Reed 2002, p. 75.

belangrijke omgevingen waarin een kind zich ontwikkelt, waaronder de school en buurt waar het kind opgroeit.⁴⁸ Bij het kind moet dan bijvoorbeeld meer concreet worden gedacht aan een goed gevoel voor humor en een positieve kijk op het leven. Voor de verschillende factoren verwijs ik graag naar Masten & Reed.⁴⁹

5 *Met statistieken onderbouwde schadebegroting: accuraat of incorrect?*

19. Zo kom ik tot slot terug bij de aanname die de Rechtbank Den Haag in haar hier besproken uitspraak deed; de aanname dat de jonge vrouw, het ongeval weggedacht, gedurende haar leven niet steeds fulltime, maar, onder meer vanwege de verwachte komst van kinderen, deels parttime zou hebben gewerkt. De tijd die de vrouw betaalde arbeid zou hebben verricht, is gebaseerd op aannames die logisch en te rechtvaardigen zouden zijn, nu haar schade op die manier (zo) accuraat (mogelijk) zou kunnen worden begroot. Dit alles vertrekkende vanuit het uitgangspunt dat de schade van de jonge vrouw volledig dient te worden vergoed.
20. In deze annotatie heb ik in die uitspraak aanleiding gevonden om stil te staan bij wat in de recente Amerikaanse rechtspraak en literatuur is geschreven over het betrekken van discriminatoire factoren bij de begroting van schade bij jonge benadeelden. Uit die literatuur volgt, net als overigens uit Nederlandse literatuur,⁵⁰ dat schadebegroting bij jonge benadeelden hoogst speculatief is, nu er weinig tot geen aanknopingspunten zijn voor het construeren van de hypothetische situatie zonder schadeveroorzakende gebeurtenis. Daarbij komt dat, zoals Kolder constateert, in de praktijk benadeler en benadeelde vaak tegengestelde perspectieven kiezen: de benadeelde is optimistisch en benadeler pessimistisch over wat van de toekomst van de benadeelde zou zijn geworden zonder schadeveroorzakende gebeurtenis.
21. In dat licht heb ik, naar Amerikaans voorbeeld, betoogd dat het van overheidswege vaststellen van uitgangspunten voor de begroting van het verlies van verdienvermogen bij jonge benadeelden wenselijk is. Daarmee is overigens niet gezegd dat ik ook meen dat normering (per se) op zijn plaats is, maar wel dat ik vind dat er duidelijkheid moet bestaan over de uitgangspunten die moeten gelden bij de schadeberekening en daarmee over uitgangspunten die verboden zijn, waaronder (zoals hier betoogd) het betrekken van persoonlijke kenmerken die tevens discriminatiegronden zijn. Verder heb ik het *memorandum & order* van Weinstein in de zaak *G.M.M. v. Kimpson* aangegrepen om uit te leggen waarom de schadebegroting zoals die tegenwoordig (mogelijk niet

48 Masten & Reed 2002, p. 82.

49 Masten & Reed 2002, p. 83.

50 Zie onder meer: Janssen 2007, Van Dijck 2016, Karimi 2018.

steeds, maar zeker in een aantal zaken) gebeurt,⁵¹ niet accuraat, maar incorrect is. Die conclusie leidt (logisch) tot het zoeken naar alternatieven. Een nog niet in de Nederlandse literatuur beschreven alternatief is het betrekken van de *resiliency theory* bij de schadebegroting. Dat alternatief verdient wat mij betreft een plek in het onderzoek naar eerder opgeworpen alternatieven, dat ten grondslag moet liggen aan een nieuwe, bij wet voorgeschreven benadering voor de begroting van de schade van jonge benadeelden.

22. Vooropgesteld dat hetgeen in deze annotatie is gepresenteerd nog verder onderzocht en ontwikkeld zou moeten worden, kan over de potentiële waarde van de ideeën in het licht van de geannoteerde zaak meer concreet het volgende worden gezegd. De hiervoor beschreven Amerikaanse ideeën zouden voor een benadeelde als in de geannoteerde zaak in de eerste plaats betekenen dat die niet wordt geconfronteerd met een schadeberekening waarbij zijn of haar geslacht van invloed is geweest. Zo'n berekening zou in strijd zijn met uitgangspunten die in de nieuw aan te nemen wet voor de schadeberekening zijn geformuleerd. Daarbij zou voor de benadeelde zijn vastgesteld in hoeverre hij of zij zodanig veerkrachtig is dat hij of zij, het ongeval wegdenkende, meer succesvol zou zijn geweest dan gemiddeld. Een nieuwe benadering in het licht van het voorgaande zou er aldus toe leiden dat een (jonge) benadeelde niet meer (negatief) wordt afgerekend op persoonlijke kenmerken die tevens discriminatiegronden zijn, maar (vanuit een positief perspectief) wel op de mate waarin hij of zij in het bezit is van een grotere veerkracht, van *resilience*.⁵²

51 Peters 2012, p. 3030-92.

52 Voor toepassing van deze theorie moet overigens worden onderzocht of die niet leidt tot (indirecte) discriminatie.

12 DENKFOUTEN BIJ DE BEGROTING VAN SMARTENGELD: HET FRAMING- EN HET ANKEREFFECT

*R. Rijnhout en N.A. Schipper**

UITSpraak

Rechtbank Den Haag 30 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11282

KERNOVERWEGING

4.20 Alles afwegende acht de rechtbank een aanvullend smartengeld van € 20.000 passend en geboden en in lijn met eerdere rechterlijke uitspraken. Voor een zeer grote afwijking van de lijn in de rechtspraak als door [Eiseres] bepleit ziet de rechtbank geen aanleiding. Dat klemt temeer daar [Eiseres] inmiddels in staat lijkt haar leven weer langzaam op orde te krijgen en in dat kader onlangs weer arbeidsgeschikt is verklaard.

ANNOTATIE

1 De uitspraak

In haar vonnis van 30 september 2015 veroordeelt Rechtbank Den Haag gedaagde tot betaling van onder andere een smartengeldbedrag aan eiseres. Op grond van een strafvonnis staat vast dat eiseres door gedaagde is aangezet tot prostitutie en dat gedaagde haar heeft bewogen het grootste deel van het door haar verdiende geld af te dragen; gedaagde heeft haar laten geloven dat zij ernstig ziek was en geld moest gaan verdienen om de behandeling te kunnen financieren.¹ In de strafzaak was reeds een voorschot van € 2.500 uitgekeerd ter vergoeding van haar immateriële schade. De civiele rechter wijst een aanvullend smarten-

* Mr. dr. R. Rijnhout en N.A. Schipper LLM zijn als universitair hoofddocent, respectievelijk promovenda verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall).

1 Rb. Den Haag 30 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11282, r.o. 4.2.

geldbedrag toe van € 20.000. Daarbij kent de rechtbank gewicht toe aan het gegeven dat eiseres als gevolg van de gedwongen prostitutie psychische problemen heeft gekregen, dat zij een abortus heeft ondergaan en een zelfmoordpoging heeft gedaan. Eiseres is vanwege haar psychische klachten volledig arbeidsongeschikt bevonden. Verder neemt de rechtbank mee dat de strafrechter heeft vastgesteld dat zij onder valse voorwendzelen is bewogen te gaan prostitueren. Die omstandigheid weegt zwaar, aldus de rechtbank, omdat ‘daarmee grote angsten en ernstige aantasting van de lichamelijke integriteit, waaronder een abortus, gepaard zijn gegaan’.² De rechtbank komt tot genoemd bedrag door middel van gevalsvergelijking met eerdere zaken, aangevuld met inhoudelijke argumenten.

Gevalsvergelijking is ook de methode die de Hoge Raad voorschrijft voor smartengeldbegroting:

‘De rechter dient bij zijn begroting tevens te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen, een en ander met in aanmerkingneming van de sedert de betreffende uitspraken opgetreden geldontwaarding.’³

Hoewel de rechter grote vrijheid heeft bij het begroten van een smartengeldbedrag, dient de rechter te letten op bedragen die in vergelijkbare zaken zijn toegekend. De achterliggende strekking daarvan is dat een rechter – in het licht van de rechtseenheid en rechtsgelijkheid⁴ – niet zomaar veel lagere of hogere bedragen mag toekennen dan in vergelijkbare gevallen.⁵ In zoverre past Rechtbank Den Haag het geldende recht toe. In de literatuur worden vraagtekens gezet bij de huidige wijze waarop in de praktijk vorm wordt gegeven aan die gevalsvergelijking veelal door gebruik te maken van de ANWB Smartengeldgids of rechtspraak.nl. Op deze praktijk bestaan verschillende kritieken die onder andere samenhangen met de gedachte dat de smartengeldbedragen in de afgelopen decennia ten onrechte niet zijn gestegen en dat deze praktijk juist niet zou leiden tot rechtseenheid.⁶

De rechterlijke assumptie die in deze bijdrage wordt besproken, is dat de begroting van smartengeld *kan* geschieden via de vergelijking van het voorliggende geval met eerdere zaken. Deze assumptie kan niet worden losgezien van de huidige praktijk van gevalsvergelijking. Afgezien van de vraag of de huidige wijze van gevalsvergelijking wel leidt tot

2 Rb. Den Haag 30 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11282, r.o. 4.19. De overige factoren zijn te vinden in r.o. 4.18.

3 HR 17 november 2000, NJ 2001, 215, m.nt. A.R. Bloembergen (*Druifjff/Bouw*), r.o. 3.2.

4 G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 131.

5 Verburg 2009, p. 122-123.

6 Zie over dat laatste: Verburg 2009, p. 6-8, 133-134 en 177. Daarmee worden de achterliggende doelen van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en rechtseenheid beoogd (p. 260).

rechtseenheid⁷, is de assumptie wellicht ook aanvechtbaar omdat er bijvoorbeeld niet wordt gelet op de invloed van mogelijke denkfouten, zoals het framing- en het ankereffect. Het doel van de bijdrage is om te laten zien wat de invloed van framing en numerieke ankers kan zijn op de hoogte van smartengeld, en óf de assumptie – dat smartengeldbegroting kan plaatsvinden via gevalsvergelijking door terug te grijpen op eerdere zaken – aanvechtbaar is vanwege het bestaan van deze denkfouten.

De structuur van deze bijdrage is als volgt. Gestart wordt met een weergave van de discussie over de stagnerende stijging van de smartengeldbedragen (par. 2). Vervolgens worden de alternatieven beschreven die voor de smartengeldbegroting zijn geopperd (par. 3). Daarna wordt een korte inleiding gegeven over denkfouten (par. 4), gevolgd door een verdieping in het framingeffect (par. 5) en het ankereffect (par. 6). Een evaluatie van gevalsvergelijking in het licht van het framingeffect en het anker-effect volgt (par. 7), om deze bijdrage in paragraaf 8 af te sluiten.

2 *De begroting van smartengeld*

2.1 **De huidige wijze van begroting**

De hoogte van de vergoeding van immateriële schade wordt door de rechter naar billijkheid bepaald (art. 6:106 lid 1 aanhef BW), omdat deze schade naar zijn aard niet (exact) uit te rekenen valt aan de hand van een kostenplaatje. De rechter heeft slechts een beperkte motiveringsplicht ten aanzien van de wijze waarop hij in het concrete geval tot een billijke vergoeding komt.⁸ In cassatie kan wat betreft de begroting alleen worden getoetst of de wijze van schadebegroting juist is geweest.⁹ De Hoge Raad heeft een aantal handvatten gegeven voor de begroting van deze schade. Zo dient de rechter bij zijn begroting te letten op alle omstandigheden van het geval:

‘Hierbij moet in een geval als het onderhavige met name worden gedacht aan enerzijds de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg zijn van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Onder het verdriet is ook begrepen het verdriet dat het slachtoffer heeft doordat als gevolg van deze gebeurtenis zijn levensverwachting is bekort.’¹⁰

7 Zie over deze vraag Verburg 2009, p. 171-173.

8 Verburg 2009, p. 97; G. de Groot, ‘Smartengeld en de rechter’, *VR* 2013, afl. 7/8, p. 277. De motivatie moet dusdanig zijn dat die controleerbaar en aanvaardbaar is voor partijen en derden.

9 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 66.

10 HR 8 juli 1992, *NJ* 1992/714 (*AMC/O*), r.o. 3.3.

Verder moet de rechter rekening houden met de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, inclusief de maximaal toegekende bedragen. De rechter dient hierbij rekening te houden met de inflatie.¹¹ Bij zijn begroting kan de rechter rekening houden met ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot toegewezen bedragen, maar deze ontwikkelingen zijn niet beslissend voor de in Nederland toe te kennen bedragen.¹²

De Smartengeldgids en rechtspraak.nl spelen een onmisbare rol bij de gevalsvergelijking.¹³ In de Smartengeldgids staan om en nabij 2.000 uitspraken die onderverdeeld zijn in vijf hoofdcategorieën: smartengeld na ongeval, smartengeld na medische fout, smartengeld na mishandeling, smartengeld bij niet-letsel en smartengeld na voeging. Het gebruikmaken van de Smartengeldgids is snel, efficiënt en overzichtelijk.¹⁴ Rechtspraak.nl is een online databank en werkt anders: daar worden individuele uitspraken gepubliceerd die zijn geselecteerd door de Rechtspraak, de Hoge Raad en de Raad van State op basis van selectiecriteria, zoals de mate waarin een uitspraak richtinggevend is.¹⁵ Niet alle in Nederland gewezen uitspraken zijn – net zo min als in de Smartengeldgids – vindbaar via deze databank, en een categorisering zoals die in de Smartengeldgids ontbreekt.

2.2 De discussie over stagnerende smartengeldbedragen

In de afgelopen jaren is gediscussieerd over de stagnerende smartengeldbedragen toegewezen door de rechter. Tot de uitspraak van een strafrechter in 2015, waarin voor het eerst € 200.000¹⁶ aan smartengeld werd toegewezen, was het hoogste smartengeld dat in Nederland door een rechter werd toegewezen al langere tijd € 150.000.¹⁷ Sinds de uitspraak van de strafrechter in 2015, heeft het nog twee jaar geduurd voordat het hoge bedrag van

11 HR 17 november 2000, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (*Druiff/Bouw*); Chr.H. van Dijk, 'De rol van partijen in de discussie over de hoogte van het smartengeld', VR 2013, afl. 7/8, p. 285; Lindenbergh 2008, p. 67. De Hoge Raad heeft zich echter niet uitgelaten over de wijze waarop de rechter rekening moet houden met de inflatie (Lindenbergh 2008, p. 73). De indexering van de smartengeldbedragen in de Smartengeldgids is gebaseerd op de prijsindexcijfers van gezinsconsumptie van het Centraal Bureau voor de Statistiek (M. Jansen, *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2006, p. 20). De wettelijke rente ex art. 6:119 BW wordt beschouwd als het wettelijke instrument om rekening te houden met inflatie (Lindenbergh 2008, p. 73).

12 HR 17 november 2000, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (*Druiff/Bouw*).

13 S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld anno 2018', in: M. Donkerlo, *Smartengeld*, Den Haag: ANWB 2018, p. 3 (online).

14 In de Smartengeldgids wordt naast het smartengeldbedrag dat in de betreffende zaak is toegewezen, ook het bedrag na koopkrachtvermindering weergegeven. Op rechtspraak.nl worden de uitspraken niet voorzien van een correctie.

15 <https://uitspraken.rechtspraak.nl/> (laatstelijk geraadpleegd op 6 november 2018).

16 Rb. Gelderland 11 november 2015, JA 2016/10, m.nt. M.E. Franke.

17 Rb. Den Bosch 11 april 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA2723, JA 2007/99. Zie N. Frenk, 'De waarde van smartengeld. Stagnerende smartengeldbedragen: enkele inleidende observaties', VR 2013, afl. 7/8, p. 251.

€ 200.000¹⁸ werd toegekend door de civiele rechter.¹⁹ Niettemin is in de afgelopen jaren een voorzichtige stijging te zien van de smartengeldbedragen in Nederland.²⁰

Deze voorzichtige stijging lijkt te zijn gevoed door literatuur waarin is gesteld dat in de voorgaande vijftientig tot dertig jaren het meest omvangrijke toegekende bedrag nauwelijks zou zijn gestegen.²¹ De (hoogste) bedragen toegekend door rechters houden de indexatie niet bij en houden geen tred met de geldontwaarding (bijv. veroorzaakt door de overstap naar de euro).²² Ook werd aangetoond dat het smartengeld in Nederland achterblijft in vergelijking met (de hoogte en stijging in) omringende landen.²³ Dit beeld riep bij Lindenbergh de conclusie op dat er ‘wel wat bij’ mag.²⁴ Verburg noemde de Nederlandse rechter ‘wat zuinig’.²⁵

De verklaringen voor de stagnatie zijn velerlei. De combinatie van het moeten letten op de maximaal toegekende bedragen en het niet beslissend zijn van buitenlandse ontwikkelingen zou een bevriezend effect hebben op de hoogte van het smartengeld.²⁶ Ook zou het constant terugkijken naar het verleden niet bevorderlijk zijn voor een stijging van het smartengeld.²⁷

2.3 De discussie over de huidige wijze van gevalsvergelijking

Afgezien van de discussie over de hoogte van de bedragen toegekend door de rechter, wordt er kritiek geuit op de wijze van gevalsvergelijking die gebruikelijk is in Nederland. De smartengeldgids zou een te grofmazige indeling hanteren die in hoofdzaak gebaseerd

18 Het hoogste in rechte toegekende bedrag is ten tijde van het schrijven van deze bijdrage € 250.000, Hof Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:2018:532.

19 Rb. Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2139, JA 2017/84.

20 Lindenbergh 2018; J.F. Roth, ‘Smartengeld: naar een hogere vergoeding’, *Letsel & Schade* 2015/4, p. 3-4. In sommige uitspraken verhoogde de rechter het door hem vastgestelde smartengeld met 10% om rekening te houden met de in de literatuur gevoerde discussie over de hoogte van het smartengeld. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:183, r.o. 3.28; Rb. Overijssel 17 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:7070, r.o. 2.24, RAV 2018/58; Rb. Noord-Nederland 18 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:822, r.o. 5.7 & 5.8.

21 Lindenbergh 2008, p. 75-76; Verburg 2009, p. 171-172; Frenk 2013, p. 250-255; C.C. van Dam, ‘Begroting en verhoging van het smartengeld. Wat Nederland kan leren van Engelse Guidelines en Duitse grondrechten’, *VR* 2013, afl. 7/8, p. 256-268; S.D. Lindenbergh, ‘De waarde van smartengeld. Uitleiding’, *VR* 2013, afl. 7/8, p. 290-292.

22 Lindenbergh 2008, p. 76; S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Kluwer 2015, p. 68.

23 Lindenbergh 2008, p.76-77; Van Dam 2013, p. 262; Lindenbergh 2013, p. 292; Rb. Noord-Nederland 18 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:822, RAV 2018/58.

24 Lindenbergh 2008, p. 78.

25 Verburg 2009, p. 129.

26 Frenk 2013, p. 252; L.T. Viisscher, ‘Over stagnatie, achteruitgang, bevriezing en stilstaand water: hoe hoog zou het smartengeld bij letselschade eigenlijk moeten zijn?’, in: M. Donkerlo, *Smartengeld*, Den Haag: ANWB 2015, p. 1; T. Hartlief, ‘Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?’, in: M. Donkerlo, *Smartengeld*, Den Haag: ANWB 2012, p. 2; Van Dam 2013, p. 263.

27 Lindenbergh 2008, p. 78; Frenk 2013, p. 252; Van Dam 2013, p. 263. Zie ook Verburg 2009, p. 128-129.

is op aard en ernst van het letsel. Andere (objectieve en subjectieve) factoren die relevant kunnen of moeten zijn voor de vaststelling van smartengeld, kunnen daardoor in individuele zaken onderbelicht blijven.²⁸ Los van de Smartengeldgids, concludeert Verburg dat de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de gevalsvergelijking een reële gevalsvergelijking onmogelijk maakt. Daarvoor zou nodig zijn dat in de rechtspraak de objectieve en (meer) subjectieve omstandigheden worden gescheiden in de motivatie van de omvang van het smartengeldbedrag, wat nog niet gebeurt.²⁹ Jurisprudentieoverzichten zouden daarmee beperkte betekenis hebben. Het gebrek aan coördinatie in zowel de buitengerechtelijke als de gerechtelijke fase, zou leiden tot rechtsongelijkheid.³⁰

3 *Alternatieven voor huidige praktijk smartengeldbegroting*

De bovenstaande kritieken hebben – zo lijkt – ervoor gezorgd dat alternatieve berekeningswijzen of systemen zijn voorgesteld voor de huidige praktijk van gevalsvergelijking. Achtereenvolgens zijn dit: een zwaardere motiveringsplicht, de QALY-methode, materiële normering door gebruik van bandbreedtes, maximumbedragen en standaardbedragen (de Wet Affectieschade) en een systeem dat wordt gecoördineerd door de rechterlijke macht. In het onderstaande wordt kort een korte toelichting gegeven op deze alternatieven.

Ten eerste zou de Hoge Raad een rol kunnen spelen bij het doorbreken van de stagnerende smartengeldbedragen en de niet transparante wijze waarop die worden vastgesteld zonder zich in te laten met de hoogte van het smartengeld.³¹ In de literatuur wordt voorgesteld dat de Hoge Raad hogere eisen zou kunnen stellen aan de motiveringsplicht van de feitelijke rechter omtrent diens oordeel met betrekking tot de vaststelling van het smartengeld.³² Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de Hoge Raad rechters verplicht tot het in hun motivering opnemen van de gezichtspunten waarmee zij rekening moeten houden bij de begroting van het smartengeld.³³

Normering wordt ook aangedragen als alternatief voor de huidige wijze van gevalsvergelijking.³⁴ Met normering wordt hier bedoeld het gebruik maken van gestandaardiseerde bedragen (limieten, gemiddelde, bandbreedte) of van een gestandaardiseerde methode om

28 Frenk 2013, p. 252.

29 Verburg 2009, p. 173.

30 Verburg 2009, p. 181-182.

31 N. Frenk en C.C. van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen. Kan de Hoge Raad er wat aan doen', *NJB* 2012/2299, p. 2 (online).

32 Frenk 2013, p. 254.

33 Frenk 2013, p. 254.

34 I. Giesen e.a., 'Normering van schadevergoeding voor arbeidsongevallen en beroepsziekten', in: M. Faure en T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 131-165; A.J. Akkermans, 'Normering van personenschade: een inleidend commentaar', *TVP* 2002/4, p. 101-102.

de schade te berekenen.³⁵ Een limiet en bandbreedtes worden gebruikt in de Richtlijn Licht Letsel incl. Smartengeld (de Richtlijn) van De Letselschade Raad.³⁶ De Wet Affectieschade maakt gebruik van standaardbedragen. Gekozen is voor het gebruik van standaardbedragen, om belastende procedures over de omvang van het verdriet te voorkomen.³⁷ In beide systemen is voorzien in een moment voor evaluatie van de bedragen.³⁸

Als derde alternatief noemen wij de rekenmethode van Visscher die de Quality Adjusted Life Year (QALY), afkomstig uit de gezondheidseconomie, introduceerde in de Nederlandse literatuur.³⁹ QALYs drukken de invloed uit van medische condities ('aard en ernst van het letsel') op de kwaliteit van leven en worden berekend op basis van de tijdsduur van die medische condities ('duur van het letsel').⁴⁰ Door QALYs aan een geldwaarde te verbinden, kan de invloed van die medische condities op de kwaliteit van het leven worden uitgedrukt in geld.⁴¹ Aan de hand van QALYs zouden tabellen kunnen worden ontwikkeld door juristen en gezondheidseconomen, op basis waarvan de rechter in de toekomst het smartengeld zou kunnen vaststellen. De rechter zou binnen de lijnen van de tabel kunnen variëren al naar gelang de omstandigheden van het geval.⁴²

Tot slot staat Verburg een door rechters gecoördineerd precedentensysteem voor, waarin wordt gewerkt met een categorisering van verschillende type letsels, gekoppeld aan 'een maximumbedrag, een richtbedrag of een bandbreedte van bedragen.'⁴³ Afwijking van deze regeling zou volgens Verburg mogelijk zijn aan de hand van nader te formuleren gezichtspunten. Deze regeling heeft als voordeel boven de huidige praktijk dat er meer coördinatie mogelijk is, waardoor de rechtseenheid beter gediend zou zijn.

35 In zekere zin is gevalsvergelijking ook een vorm van normering, omdat de methode van berekening wordt gedefinieerd. Hier wordt met normering bedoeld het gebruik van standaarden (in getal of rekenmethode).

36 Deletselschaderaad.nl/richtlijnen. De Richtlijn abstraheert tot op zekere hoogte van concrete omstandigheden, maar wanneer toepassing van een Letselschade Richtlijn geen recht doet aan de schade of risico's van iemand met letselschade, kan een concrete schadeberekening worden gemaakt. De concrete schade dient in dat geval wel worden onderbouwd.

37 *Kamerstukken I* 2017/18, 34257, C, p. 1.

38 Richtlijn Licht Letsel: De Letselschade Richtlijn Licht Letsel, incl. Smartengeld, p. 4. Affectieschade: Besluit vergoeding affectieschade, *Stb.* 2018, 133, p. 5.

39 L.T. Visscher, 'QALY-tijd in de vaststelling van smartengeld bij letsel?', *TVP* 2013/4, p. 93-101; Visscher 2015.

40 Visscher 2013, p. 93.

41 Visscher 2015, p. 2 e.v. (online).

42 Visscher 2015, p. 4 (online). Visscher 2015, p. 4 (online). Deze methode is vooralsnog niet toegepast in de rechtspraak. Hof Amsterdam 2 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2216, r.o. 5.13. Er bestaat ook kritiek op, zie Lindenbergh 2013, p. 291.

43 Verburg 2009, p. 264.

4 *Denkfouten: een introductie*

Zoals in de inleiding vermeld, is de assumptie dat de begroting van smartengeld *kan* geschieden via de vergelijking van het voorliggende geval met eerdere zaken wellicht (ook) aanvechtbaar omdat daarbij niet wordt gelet op de invloed van mogelijke denkfouten, zoals het framingeffect. Voordat daarop wordt ingegaan, wordt in deze paragraaf kort toegelicht wat met denkfouten wordt bedoeld.

Uit sociaalpsychologisch en cognitief onderzoek komt naar voren dat onze oordeels- en besluitvorming in veel gevallen niet tot stand komt op basis van een uitgebreide en ‘rationele’ analyse van alle betrokken feiten en omstandigheden, maar op basis van zogenoemde heuristieken.⁴⁴ Dit zijn mentale shortcuts die de cognitieve last van het maken van een beslissing verlichten. Deze heuristieken maken deel uit van ons ‘automatische systeem’ van denken. Dit systeem gaat snel, instinctief en associatief te werk. Het vormt daarmee de tegenhanger van ons ‘reflectieve systeem’ van denken, dat systematischer, meer weloverwogen en rationeler te werk gaat.⁴⁵ Heuristieken kunnen aanleiding geven tot denkfouten: cognitieve illusies of vertekeningen, leidend tot een oordeel of besluit dat niet ‘rationeel’ is.⁴⁶ Ook juristen worden in hun besluitvormingsproces beïnvloed door bepaalde typen heuristieken (cognitieve illusies of vertekeningen). Zo ook bij de vaststelling van de hoogte van schadevergoedingen. Twee van die effecten zijn het framing- en het ankereffect. Die denkfouten staan in het vervolg van deze bijdrage centraal. Deze effecten worden in verband gebracht met het (schadevergoedings-)recht en (vervolgens) de begroting van smartengeld, met name vanwege ondercompensatie door ‘verkeerde’ kansinschatting (framingeffect) en de invloed van irrelevante numerieke ankers die invloed hebben op de hoogte van een schadevergoedingsbedrag (ankereffect). In de volgende paragrafen volgt een omschrijving van deze effecten.

44 Deze paragraaf is gebaseerd op L.F.H. Enneking, I. Giesen en R. Rijnhout, ‘Bewijswaardering en psychologische inzichten’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Capita Civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 1038-1039.

45 Het ‘automatic’ en ‘reflective’ idee wordt beschreven door R.H. Thaler en C.R. Sunstein, *Nudge*, Londen: PenguinBooks 2009, p. 21-24, en verder uitgewerkt door D. Kahneman, *Thinking fast and slow*, Londen: AllenLane 2011. Zie ook C. Guthrie, J.J. Rachlinski en A.J. Wistrich, ‘Blinking on the bench: How judges decide cases’, *Cornell Law Review* 2007, vol. 93, nr. 1, p. 6-13 en J.J. Rachlinski, ‘Judicial psychology’, *Rechtstreeks* 2012/2, p. 87-88.

46 R. Vonk (e.a.), *Cognitieve sociale psychologie*, Utrecht: Lemma 2001, p. 338; J. Baron, *Judgment misguided*, New York: OUP 1998, p. 14; Kahneman 2011, p. 3-4 en 7; Thaler en Sunstein 2009, p. 25.

5 *Het framingeffect***5.1 Risky choice framing**

Het framingeffect kan optreden indien informatie die nodig is voor het maken van een keuze, op een positieve dan wel negatieve wijze wordt gepresenteerd. Verschillende vormen van het framingeffect kunnen worden onderscheiden: *risky choice framing*, *attribute framing* en *goal framing*.⁴⁷ Om inhoudelijke redenen bespreken wij alleen het ‘*risky choice framing*’-effect; de andere vormen van framing houden geen verband met de begroting van smartengeld.⁴⁸

Het ‘*risky choice framing*’-effect houdt in dat mensen eerder geneigd zijn om een risicovolle keuze te maken als de uitkomst van een bepaalde keuze als verlies wordt gepresenteerd. Wordt de uitkomst van diezelfde keuze als winst neergezet, dan zijn mensen eerder geneigd om voor zekerheid te kiezen.⁴⁹ Dit blijkt uit het onderzoek van Tversky en Kahneman, waarin een aantal problemen is voorgelegd aan een groep mensen, waaronder het ‘Asian disease’-probleem. Het *Asian disease*-probleem bestaat uit de hypothese dat een ongebruikelijk Aziatische ziekte zou uitbreken in de Verenigde Staten, waaraan vermoedelijk 600 mensen zouden overlijden. De respondenten zijn in twee groepen ingedeeld. De ene groep kiest tussen programma A en B om het *Asian disease*-probleem aan te pakken en de andere groep tussen programma C en D. Programma’s A en B zijn in een positief frame geplaatst, waarbij programma A een risicomijdende en programma B een risicovolle optie is. Hoewel de resultaten van programma A en B economisch gezien equivalent zijn, kiest 72% van de respondenten voor programma A.⁵⁰ Programma’s C en D zijn in een negatief frame geplaatst, waarbij programma C een risicomijdende en programma D een risicovolle optie vertegenwoordigt. Ook hier geldt dat programma C en programma D dezelfde economische uitkomst hebben.⁵¹ Niettemin kiest 78% van de respondenten voor programma

47 A. Kühberger, ‘Framing’, in: R.F. Pohl (red.), *Cognitive Illusions. Intriguing phenomena in thinking, judgment and memory*, Londen en New York: Routledge Taylor & Francis Group 2017, p. 80; I.P. Levin, S.L. Schneider en G.J. Geath, ‘All frames are not created equal: a typology and critical analysis of framing-effects’, *Organizational behavior and human decision processes* 1998/76, afl. 2, p. 149 e.v.

48 Bij *attribute framing* worden karaktereigenschappen van een object of gedraging op een positieve dan wel negatieve manier gepresenteerd, waardoor de beoordeling van dat object of die gedraging wordt beïnvloed (Levin, Schneider en Geath 1998, p. 158). *Attribute framing* wordt niet in verband gebracht met schadebegroting of de schadevergoeding. Voor literatuur over *attribute framing* verwijzen wij naar Levin, Schneider en Geath 1998, p. 158 e.v.; Levin en Geath, ‘How consumers are affected by the framing of attribute information before and after consuming the product’, *Journal of Consumer Research* 1988, afl. 15, p. 374-378; Kühberger 2017, p. 83. *Goal framing* houdt in dat informatie over een object of gedraging op zodanige wijze wordt gepresenteerd dat een bepaald doel wordt bewerkstelligd (Kühberger 2017, p. 83). De huidige onderzoeken naar *goal framing* zijn niet gerelateerd aan het (schadevergoedings)recht (Levin, Schneider en Geath, 1998, p. 168-171; Kühberger 2017, p. 80 e.v.).

49 A. Tversky en D. Kahneman, ‘The framing of decisions and the psychology of choice’, *Science* 1981/211, p. 453.

50 De economische uitkomst van programma’s A en B is 200 (Tversky en Kahneman 1981, p. 453).

51 De economische uitkomst van programma’s C en D is 400 (Tversky en Kahneman 1981, p. 453).

D.⁵² Kortom, het framingeffect houdt in dat de risicomijdende optie de voorkeur verdient bij een winstframe en de risicovolle optie bij een verliesframe.

5.2 Het 'risky choice framing'-effect en de juridische procespraktijk

In het economische model over de juridische procespraktijk wordt uitgegaan van de gedachte dat procespartijen risico-neutrale keuzes maken, waarbij het optimaliseren van de uitkomst van het proces vooropstaat.⁵³ Een procespartij is risico-neutraal wanneer zij geen voorkeur heeft voor een van de opties, omdat ze een identieke uitkomst hebben.⁵⁴ Het economische model veronderstelt dat een procespartij slechts een schikking zal aangaan, wanneer de waarde daarvan de verwachte uitkomst van een rechtszaak zal overstijgen.⁵⁵ Aangezien de kosten van rechtspraak vaak de kosten van een schikking te boven gaan, wordt verwacht dat een schikking over het algemeen aantrekkelijker is.⁵⁶ In psychologische onderzoeken wordt niet bestreden dat procespartijen streven naar optimalisatie, maar wordt onderzocht of zij daartoe in staat zijn.⁵⁷ Zoals beschreven in paragraaf 5.1 heeft het 'risky choice framing'-effect invloed op de keuzes die mensen maken, wanneer risico of onzekerheid gemoeid is met die keuze. De juridische procespraktijk wordt bij uitstek gekenmerkt door risico en onzekerheid.⁵⁸ De *framing theory of litigation* is gerelateerd aan het 'risky choice framing'-effect en veronderstelt dat de keuze van procespartijen om te schikken of een rechtszaak te starten door het 'risky choice framing'-effect wordt beïnvloed.

5.3 De framing theory of litigation en de oordeelsvorming door de rechter

Rachlinski en andere onderzoekers hebben de theorie van het 'risky choice framing'-effect losgelaten op de juridische procespraktijk en aan de hand daarvan een theorie ontwikkeld hoe het 'risky choice framing'-effect de procespraktijk beïnvloedt.⁵⁹ Deze theorie wordt de *framing theory of litigation* genoemd.⁶⁰ De *framing theory of litigation* veronderstelt dat eisers en gedaagden die verwickeld zijn of dreigen te raken in een rechtszaak, geneigd zijn om bepaalde keuzes te maken onder de invloed van het 'risky choice framing'-effect.⁶¹

52 Tversky en Kahneman 1981, p. 453.

53 C. Guthrie, 'Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory', *The University of Chicago Law Review* 2000/67, afl. 1, p. 170. De economische modellen zijn gebaseerd op de *expected utility theory*, die inhoudt dat risiconeutrale of risicomijdende mensen keuzes maken om het verwachte nut te optimaliseren (Tversky en Kahneman 1981, p. 453).

54 Guthrie 2000, p. 165, voetnoot 8, p. 170.

55 J.J. Rachlinski, 'Gains, losses, and the psychology of litigation', *Southern California Law Review* 1996/70, p. 117.

56 Guthrie 2000, p. 171.

57 Rachlinski 1996, p. 118; Guthrie 2000, p. 165, 175.

58 Guthrie 2000, p. 165.

59 Rachlinski 1996, p. 113-185; C. Guthrie, J.J. Rachlinski en A.J. Wistrich, 'Inside the judicial mind', *Cornell Law Review* 2001/86, p. 794-799; Guthrie 2000, p. 163-216.

60 Rachlinski 1996, p. 120; Guthrie 2000, p. 167-168.

61 Rachlinski 1996, p. 119.

Eisende partijen zien een schikking of rechtszaak als potentiële winst, waardoor zij eerder risicomijdende keuzes (schikking) zullen maken. Voor de gedaagden betreft de schikking of rechtszaak een potentieel verlies, waardoor hun voorkeur uitgaat naar de risicovolle keuze (rechtszaak).⁶² Uit het onderzoek van Guthrie, Rachlinski en Wistrich blijkt dat de *framing theory of litigation* ook van toepassing is op rechters.⁶³ Zij verrichtten een experiment waarin ze een casus voorlegden aan 167⁶⁴ *Federal Magistrate Judges*, van wie de helft de casus moest beschouwen vanuit de positie van de eiser en de andere helft vanuit de positie van de gedaagde.⁶⁵ Uit het experiment blijkt dat 39,8% van de rechters die de zaak beschouwden vanuit de optiek van de eiser, vond dat de eiser de schikking moest treffen. Van de rechters die de zaak beschouwden vanuit de optiek van de gedaagde, vond echter slechts 25% dat de gedaagde de schikking aan moest gaan.⁶⁶ Uit dit onderzoek blijkt dat de *framing theory of litigation* van toepassing is op rechters en ook zij dus worden beïnvloed door het 'risky choice framing'-effect.⁶⁷ De eisende partij (veelal de benadeelde) moet zich hiervan bewust zijn en er wellicht rekening mee houden als door de rechter wordt aangedrongen op een schikking. Als een schikking impliceert dat er ondercompensatie plaatsvindt, dan zou dat invloed kunnen hebben op de hoogte van een schadevergoedingsbedrag.

62 Guthrie 2000, p. 181.

63 Guthrie, Rachlinski en Wistrich 2001, p. 797-799.

64 Er zijn in totaal 519 *Federal Magistrate Judges* in de V.S. (Guthrie, Rachlinski en Wistrich 2001, p. 784).

65 De casus die rechters kregen voorgelegd betrof een intellectuele-eigendomszaak waarin de eiser \$ 200.000 eist van de gedaagde. De rechters verwachten dat de eiser 50% kans heeft op het verkrijgen van \$ 200.000 en 50% kans heeft op het verkrijgen van \$ 0 en dat de kosten voor rechtsbijstand van beide partijen ongeveer \$ 50.000 zijn, wanneer zij geen schikking treffen. De kosten van rechtsbijstand van de winnende partij komen niet voor rekening van de verliezende partij. De rechters die de zaak beschouwden vanuit de positie van de eiser, waarbij de keuzes een potentiële winst inhielden, kregen het volgende voorgelegd: '(...) De gedaagde is bereid om de eiser \$ 60.000 te bieden om de zaak te schikken. Vindt u dat de eiser akkoord zou moeten gaan met dit aanbod?'. De rechters die de zaak moesten beschouwen vanuit de positie van de gedaagde, waarbij de keuzes een potentieel verlies betroffen, kregen het volgende voorgelegd: '(...) De eiser is bereid om akkoord te gaan met een schikkingsaanbod van \$ 140.000. Vindt u dat de gedaagde een aanbod moet doen van \$ 140.000 om de zaak te schikken? De economische uitkomst in de rechtszaak betreft \$ 50.000 winst voor de eiser en \$ 150.000 verlies voor de gedaagde ($50\% * \$ 200.000 + 50\% * \$ 0 - \$ 50.000 = \$ 50.000$ en $50\% * \$ 200.000 + 50\% * \$ 0 + \$ 50.000 = \$ 150.000$). Het aanbod van \$ 60.000 winst voor de eiser in geval van een schikking en de \$ 140.000 verlies, betreft dus voor beide partijen een 'winst' van \$ 10.000 ten opzichte van de uitkomst in de rechtszaak. De positie van de eiser en gedaagde zijn in dit experiment dus gelijk (Guthrie, Rachlinski en Wistrich 2001, p. 797).

66 Guthrie, Rachlinski en Wistrich 2001, p. 797. Uit de cijfers (39,8% en 25% tegen 77% en 31% uit het onderzoek van Rachlinski 1996) volgt dat de invloed van het 'risky choice framing'-effect minder sterk aanwezig lijkt te zijn bij rechters dan bij studenten. In het onderzoek van Guthrie, Rachlinski en Wistrich wordt hiervoor geen verklaring gegeven. Van belang is echter wel dat het verschil tussen rechters die de zaak vanuit de positie van de eiser beoordeelden en voor een schikking kozen en rechters die dat deden vanuit de positie van de gedaagde significant is.

67 Guthrie, Rachlinski en Wistrich 2001, p. 797-798.

5.4 Tussenconclusie

De huidige methode waarmee smartengeld wordt begroot, gevalsvergelijking, lijkt niet te worden beïnvloed door het ‘*risky choice framing*’-effect. Wat dat betreft lijkt gevalsvergelijking dus een veilige, adequate wijze van smartengeldbegroting. Het ‘*risky choice framing*’-effect is immers van invloed op de besluitvorming omtrent het accepteren en aanbieden van een schikking of het overgaan tot een rechtszaak. Deze denkfout beïnvloedt dan ook het proces voorafgaand aan de smartengeldbegroting door de rechter. Dit neemt niet weg dat het ‘*risky choice framing*’-effect invloed kan hebben op het niveau van de smartengeldbedragen. Het betreft dan met name de rol van de rechter. Rechters zijn niet immuun voor het framingeffect. Uit het onderzoek van Guthrie, Rachlinski en Wistrich bleek dat meer rechters zouden adviseren om over te gaan tot een schikking wanneer zij de zaak vanuit de positie van de eiser beschouwden, dan wanneer zij de zaak bestudeerden vanuit de positie van de gedaagde. In zoverre zou dus sprake kunnen zijn van een cognitieve vertekening of denkfout. Of en hoe die houding van invloed is op de smartengeldbedragen is onduidelijk en verdient meer onderzoek. Wel zou nagedacht kunnen worden over hoe de geschetste alternatieven voor gevalsvergelijking zich verhouden tot het framingeffect. Wij komen daarop in paragraaf 7 terug.

6 *Het ankereffect*

6.1 De rechter is niet ongevoelig voor numerieke ankers

Het ankereffect behelst de invloed van een irrelevant numeriek gegeven (het anker) op een (veelal) getalsmatige beslissing, zoals het begroten van schadevergoeding. Een bekend ankeronderzoek onder rechters is dat van Guthrie, Rachlinski en Wistrich.⁶⁸ In hun al genoemde onderzoek hebben zij 167 *Federal Magistrate Judges* een casus voorgelegd, waarin zij ter plaatse een beslissing moesten nemen. De casus was voor iedereen dezelfde, met dien verstande dat de vraag die uiteindelijk werd voorgelegd, verschilde per groep. De volgende casus werd (vrij vertaald) voorgelegd:

‘Stel je voor dat je een beslissing moet nemen in een personenschadezaak. De verweerder is een groot bedrijf in levering van parketten. Het slachtoffer is zwaar gewond geraakt, doordat hij is aangereden door een van de bestelwagens van de gedaagde die door slecht werkende remmen door een rood stoplicht reed. Uit onderzoek blijkt dat de remmen niet goed onderhouden waren en er sprake is van nalatigheid van het bedrijf. Het slachtoffer heeft enkele maanden in het ziekenhuis gelegen, en zit sindsdien wegens verlamningsverschijnselen in een rolstoel. Voor het ongeval verdiende hij een goed inkomen als elektricien

68 Guthrie, Rachlinski en Wistrich 2001, p. 787 e.v.

(zzp'er) en had een vaste klantenkring. Het slachtoffer eist vergoeding voor zijn inkomensverlies, verlies verdienvermogen, de medische kosten en immateriële schade. Het bedrag is nog niet nader gespecificeerd.⁶⁹

De Geen-Anker-groep krijgt een open vraag voorgelegd: 'Welk bedrag aan schadevergoeding zou u toewijzen aan dit slachtoffer?' De Anker-groep krijgt een andere vraag voorgelegd, te weten: 'de verweerder heeft gesteld dat het slachtoffer niet-ontvankelijk verklaard zou moeten worden in zijn vordering, omdat de potentiële schadevergoeding de ontvankelijkheidsdrempel van \$ 75.000 in dit type zaken niet haalt. Stelt u zich voor dat u dit verweer afwijst, welk bedrag aan schadevergoeding zou u toewijzen aan het slachtoffer?' De Geen-Anker-groep wees gemiddeld een bedrag van \$ 1.249.000 toe, en de Anker-groep een bedrag van \$ 882.000 (significant verschil).⁷⁰ Aangezien de enige variabele het noemen van het drempelbedrag was, concluderen de auteurs dat dit bedrag als anker heeft gewerkt en het noemen van dit bedrag tot een verlaging van de schadevergoeding van gemiddeld \$ 350.000 (29,4%) heeft geleid.⁷¹ Een getal beïnvloedt de hoogte van een schadevergoeding, ook als rechters beslissen.⁷²

In dit onderzoek werd gewerkt met een vraag over een lumpsumbedrag. Maar ook specifiek ten aanzien van bepaalde posten is een ankereffect aangetoond. Zo is de hoogte van de eis van de benadeelde (het anker) van invloed op de hoogte van *punitive damages*.⁷³ Eenzelfde resultaat is gevonden bij de begroting van smartengeld, waarover de volgende paragraaf gaat.

6.2 Invloed van numerieke ankers op smartengeldbedragen

Het onderzoek van Chang, Eisenberg, Hsien Li en Wells gaat expliciet over de invloed van ankers op het smartengeldbedrag.⁷⁴ Hun onderzoek betreft geen experimenteel onderzoek, zoals dat van Guthrie, Rachlinski en Wistrich, maar een data-onderzoek van 297 uitspraken in eerste aanleg in letselschadezaken (2008-2012, regionaal verspreid) in Taiwan. Het betreft zaken over auto-ongevallen en medische fouten. Net als in Nederland wordt het smartengeldbedrag in iedere zaak opnieuw vastgesteld.⁷⁵ Het doel van het onderzoek is

69 Guthrie, Rachlinski en Wistrich 2001, p. 790.

70 Guthrie, Rachlinski en Wistrich 2001, p. 791.

71 Guthrie, Rachlinski en Wistrich 2001, p. 792.

72 Zie hierover ook C.M. Sharkey, 'Unintended consequences of medical malpractice damages caps', *New York University Law Review*, vol. 80, nr. 2, 2005, p. 425-428 (medische aansprakelijkheid, analyse van *real life setting*).

73 R. Hastie, D.A. Schkade en J.W. Payne, 'Juror judgements in civil cases: effects of plaintiff's request and plaintiff's identity on punitive damages awards', *Law and Human Behavior*, Vol. 23, no. 4, 1999, p. 445 e.v.

74 Y.-C. Chang, T. Eisenberg, T.H. Li en M.T. Wells, 'Pain and suffering damages in personal injury cases: and empirical approach', *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 14, nr. 1, 2017, p. 199-237.

75 Chang e.a. 2017, p. 203-204.

om te achterhalen wat de belangrijkste voorspellers (*determinants*) zijn van de hoogte van het toegekende bedrag.

De belangrijkste voorspellers waren: de hoogte van de medische kosten (medische kosten en zorgkosten), de ernst van het letsel en de hoogte van het gevorderde smartengeldbedrag. Hoewel dit onderzoek geen experiment was, waardoor bepaalde variabelen niet geïsoleerd getest konden worden, stellen de onderzoekers wel vast dat het verband stevig en significant is.⁷⁶ Het verlies van verdienvermogen is geen voorspeller voor de hoogte van het bedrag, evenmin als de leeftijd van het slachtoffer (in geval van een auto-ongeluk).⁷⁷ Hoewel de eerste twee voorspellers (medische kosten en ernst van het letsel) in meer of mindere mate ook daadwerkelijk relevant zijn voor de hoogte van het smartengeld, hoeft de hoogte van de vordering dat niet te zijn. Er kan dus sprake zijn van een denkfout als de hoogte van de vordering relevant of voorspellend is voor het uiteindelijke smartengeldbedrag.

6.3 Eisen van onwaarschijnlijk hoge bedragen

De vordering kan informatief zijn voor de hoogte van het toegewezen bedrag, bijvoorbeeld als nauw aangesloten wordt bij eerder toegekende bedragen, maar dat hoeft niet zo te zijn. Denk dan bijvoorbeeld aan het vorderen van onwaarschijnlijk hoge bedragen. Het vorderen van een onwaarschijnlijk hoog bedrag leidt echter tot de verwachting dat dit de winkansen van een benadeelde zal verlagen. Uit onderzoek van Chapman en Bornstein blijkt dat dit niet het geval hoeft te zijn.⁷⁸ In hun experiment geven 56 bachelorstudenten (van wie onbekend is of zij rechten studeerden) een oordeel in de volgende (fictieve) letselschadezaak: een jonge, getrouwde vrouw (Kathy) eiste schadevergoeding van haar zorgverlener, omdat – zo stelt zij – zij eierstokkanker heeft ontwikkeld door het gebruik van een door gedaagde voorgeschreven anticonceptiepil. De voorgelegde dossiers zijn gelijk, zij het dat de geëiste schadevergoedingsbedragen verschillen. Er zijn vier ankergroepen gemaakt: \$ 100, \$ 20.000 (laag), \$ 5 miljoen en \$ 1 miljard (hoog).⁷⁹ Aan alle groepen is uitgelegd wat de bewijsmaatstaf is en wat bewijswaardering inhoudt. Na analyse van de data blijkt dat het anker-effect zich heeft voorgedaan én dat de hoeveelheid causaliteitsbeslissingen ten gunste van de

76 Chang e.a. 2017, p. 215-218, 219-220. Wat ook belangrijk leek, was het hebben van een advocaat, hoewel de auteurs daarbij opmerken dat dit effect ook door selectie kan komen; de veronderstelling is dat in ernstige zaken, waarin hogere bedragen worden uitgekeerd, veelal een advocaat betrokken wordt (p. 220-222).

77 Chang e.a. 2017, p. 222-223 en 226. Wat opvallend is, is dat het percentage eigen schuld van de benadeelde en de hoogte van het smartengeld in positief verband met elkaar staan. Dit betekent dat rechters veelal een hoger smartengeldbedrag toewijzen indien het slachtoffer eigen schuld heeft. De onderzoekers verklaren deze uitkomst door te wijzen op de *compassion theory*: smartengeld ter compensatie van een lagere schadevergoeding. Chang e.a. 2017, p. 224-225.

78 G.B. Chapman en B.H. Bornstein, 'The more you ask for, the more you get: anchoring in personal injury verdicts', *Applied Cognitive Psychology*, vol. 10, 1996, p. 519-540.

79 Chapman en Bornstein 1996, p. 523-524.

benadeelde toenam, naarmate het anker groter werd (marginaal significant).⁸⁰ Daarmee rijst de vraag welke juridische techniek het beste kan voorkomen dat er een ankereffect optreedt. Daarvoor is meer kennis nodig over de verschillende systemen voor smartengeldbegroting.

6.4 Gebruik van wettelijke limieten, bandbreedtes, gemiddelden en vergelijkbare zaken

Het schadevergoedingsrecht maakt in sommige gevallen gebruik van limieten. Uit onderzoek blijkt dat er een ankereffect uitgaat van deze limieten.⁸¹ Het onderzoek van Robbennolt en Studebaker laat bovendien zien dat een limiet gesteld voor *punitive damages* invloed uitoefent op de hoogte van een smartengeldbedrag.⁸² Dit inzicht is opmerkelijk, omdat een limiet voor de ene schadepost in beginsel niet informatief is voor een andere schadepost. Sterker nog, een limiet op zich is, anders dan bijvoorbeeld een bandbreedte of gemiddelde, niet informatief voor de begroting van de schadepost waarop de limiet ziet; deze geeft enkel een maximum weer.⁸³

Het onderzoek van Saks e.a. bevestigt bovenstaand beeld ten aanzien van smartengeld voor zover het licht en middelzwaar letsel betreft; bij zwaar letsel lijkt een limiet echter een drukkend effect te hebben op de vergoeding.⁸⁴ Volgens de onderzoekers is deze uitkomst in overeenstemming met onderzoek over onder- en overcompensatie: licht en middelzwaar letsel wordt volgens dat onderzoek overgecompenseerd en zwaar letsel ondergecompenseerd.⁸⁵

Dit onderzoek had ook betrekking op de invloed van het noemen van bandbreedtes, gemiddelden (en de combinatie daarvan) en voorbeelden.⁸⁶ Uit hun onderzoek blijkt dat deze methoden – anders dan limieten – zorgden voor minder variatie in toegekende bedragen⁸⁷ én dat de gemiddeld toegekende bedragen in geval van licht en middelzwaar

80 Chapman en Bornstein 1996, p. 525-526.

81 M.J. Saks, 'Reducing variability in civil jury awards', *Law and Human Behavior*, vol. 21, nr. 3, 1997, p. 253-254; V.B. Hinsz en K.E. Indahl, 'Assimilation to anchors for damage awards in mock civil trial', *Journal of applied social psychology*, 1995, 25, 11, p. 991-1026; J.K. Robbennolt en C.A. Studebaker, 'Anchoring in the courtroom: the effects of caps on punitive damages', *Law and Human Behavior*, vol. 23, nr. 3, 1999, p. 353-373.

82 Robbennolt en Studebaker 1999, p. 359-360 en 364-365.

83 Saks e.a. 1997, p. 245. Dit effect zou mogelijk ook in verband kunnen worden gebracht met het *spill over effect*, zie hierover in de context van medische aansprakelijkheid: C.M. Sharkey, 'Unintended consequences of medical malpractice damages caps', *New York University Law Review*, vol. 80, nr. 2, 2005, p. 391-512.

84 Saks e.a. 1997, p. 252.

85 Zie voor verwijzingen Saks e.a. 1997, p. 253.

86 Het onderzoek richtte zich vooral op de vraag of deze mechanismes zorgen voor minder diverse uitkomsten. Aandacht werd echter ook besteed aan de gemiddelden van de toegekende bedragen.

87 Met uitzondering van het noemen van een gemiddelde in de zwaarletselcategorie, p. 252. Dit resultaat wordt ook gevonden door H.J. Bavli en R. Mozer, 'The effects of comparable-case guidance on awards for pain

letsel lager lagen dan die toegekend door de groep die een limiet of geen instructies (controlegroep) voorgelegd hebben gekregen.⁸⁸ Het gemiddeld toegekende bedrag door de groepen die moesten oordelen over zwaar letsel, en een bandbreedte, een gemiddelde en een bandbreedte, respectievelijk voorbeelden voorgelegd kregen, week niet af van de controlegroep. De groep die enkel een gemiddelde voorgelegd kreeg, kende wel een gemiddeld hoger bedrag toe dan de groep die een limiet voorgelegd kreeg.⁸⁹ Met andere woorden: een limiet lijkt een drukkend effect te hebben in dit type zaken, terwijl het noemen van een gemiddelde dat niet heeft. Waarom dat zo is, is onduidelijk.

6.5 Tussenconclusie

Wat wij leren uit het bovenstaande, is dat het aannemelijk is dat van bedragen uit de Smartengeldgids of (andere) uitspraken een ankereffect uitgaat. Als dit zo is, leert onderzoek naar het ankereffect ons ook dat dit effect robuust is,⁹⁰ misschien wel robuuster dan gedacht vanwege de status die wordt toegedicht aan de Smartengeldgids. Dat de smartengeldbedragen stagneren, is dus, vertrekkend vanuit de theorievorming over het ankereffect, niet verrassend.⁹¹ Bovendien is het ankereffect, denkend vanuit de rechtseenheidsgedachte, ook wenselijk omdat dit is wat de Hoge Raad beoogt: vergelijkbare zaken moeten indicatief zijn voor de hoogte van een smartengeldbedrag.

Daarbij moet wel een kanttekening worden geplaatst. Ten eerste is onduidelijk welke invloed het voorleggen van analoge zaken heeft op de hoogte van een bedrag. Uit het onderzoek van Saks e.a. blijkt dat de controlegroep bij licht en middelzwaar letsel meer vergoeding toekende dan de groep die voorbeelden (analoge zaken) voorgelegd kreeg. Deze vorm van gevalsvergelijking leidt dus tot een lagere vergoeding. Bij zwaar letsel deed dit verschil zich niet voor. De vraag is of dit onwenselijk is, maar in het licht van de discussie over de stagnerende hoogtes van smartengeldbedragen is het in ieder geval gerechtvaardigd om nader onderzoek te doen hiernaar in Nederland.

and suffering and punitive damages: evidence from a randomized controlled trial', SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 402. Deze auteurs komen ook tot de conclusie dat, hoewel niet-vergelijkbare informatie over zaken wel van invloed is op de uitkomst, het voor de spreiding/accuraatheid van de beslissing beter is om vergelijkbare zaken (gemiddelden, voorbeelden en bandbreedtes) voor te leggen dan geen informatie.

88 Saks e.a. 1997, p. 251-252, 254-255.

89 Saks e.a. 1997, p. 252 en 255.

90 Dat is met name het geval als op een lineaire schaal een schatting moet worden gemaakt over een doel waarover geen zekerheid bestaat, zoals de omvang van immateriële schade, zie o.a. G.B. Chapman en E.J. Johnson, 'Anchoring, activation, and the construction of values', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 79, nr. 2, 1999, p. 149; A.D. Gelinsky en T. Mussweiler, 'First offers as anchors: the role of perspective-taking in negotiator focus', *Journal of Personality & Social Psychology*, vol. 81, nr. 4, p. 659; S. Bahnik, B. Englich en F. Strack, 'Anchoring effect', in: R.F. Pohl (red.), *Cognitive Illusions. Intriguing phenomena in thinking, judgement and memory*, Londen en New York: Routledge Taylor & Francis Group 2017, p. 223 e.v.; Kahneman 2011, p.119.

91 Zie in andere context ook: Bavli en Mozer 2018.

Ten tweede is de vraag hoeveel zeggingskracht de huidige wijze van gevalsvergelijking eigenlijk heeft of zou mogen hebben. Als we nu weten dat de hoogte van de vordering een belangrijke voorspeller is (of voorzichtiger: kan zijn) voor het uiteindelijke smartengeldbedrag, en dat ook van onwaarschijnlijk hoge eerste eisen een effect kan uitgaan, dan heeft de hoogte van de uiteindelijke uitkomst wellicht minder normatieve betekenis dan daaraan in het huidige systeem wordt toegekend. De hoogte is medebepaald door de onderhandlungsstrategie, het lef en misschien wel de bluf van (de advocaat van) het slachtoffer, terwijl dat omstandigheden zijn die niet richtinggevend zouden mogen zijn bij de vaststelling van smartengeldbedragen. Het uiteindelijke bedrag wordt daarna echter wel als voorbeeld of anker voor volgende zaken gebruikt, en dus is het arbitrair, aldus Sunstein, Kahneman en Schkade:

‘if everyone knows what the anchor is likely to be, there will be fewer unpredictable outcomes. But if this is so, predictability comes with a cost of its own: It introduces an additional layer of arbitrariness, if, as is likely, the anchor is itself arbitrary on normative grounds.’⁹²

Met andere woorden: de vraag is in hoeverre het eerste (oorspronkelijk) toegekende smartengeldbedrag in een bepaalde zaak – vanwege de mogelijke invloed van de eerste eis of andere numerieke gegevens (wat niet altijd voor de zaak informatieve of relevante gegevens hoeven te zijn) – wel richtinggevend zou moeten zijn. Dat het mag is duidelijk, het is geldend recht vanwege de huidige inrichting van het systeem van gevalsvergelijking (en in zoverre ook een relevant anker), maar de vraag is of dit systeem – met kennis over het ankereffect – verandering behoeft. Dat brengt ons bij de slotevaluatie.

7 Slotevaluatie

De centrale assumptie in deze bijdrage is dat de begroting van smartengeld *kan* geschieden via de vergelijking van het voorliggende geval met eerdere zaken. Vastgesteld moet worden dat het *kan*; het is immers vaste rechtspraak van de Hoge Raad om op die manier smartengeld te begroten en er zijn geen aanwijzingen dat deze rekenmethode niet mogelijk is. Wel zijn er verschillende bezwaren geuit, waardoor de vraag rijst of gevalsvergelijking ook de meest adequate methode is. Kan deze assumptie worden aangevochten in het licht van kennis over het framing- en het ankereffect, bijvoorbeeld omdat bij andere wijzen van smartengeldbegroting de kans op beïnvloeding door deze effecten minder groot is?

Hoewel het ‘*risky choice framing*’-effect met name de besluitvoering omtrent schikken of het aanspannen van een rechtszaak beïnvloedt, is het mogelijk dat het ook effect heeft

92 C.S. Sunstein, D. Kahneman en D. Schkade, ‘Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law)’, 107 *Yale Law Journal* 1997-1998, p. 2110.

op de smartengeldbegroting. Kennis hierover ontbreekt echter vooralsnog. Duidelijk is wel dat het *'risky choice framing'*-effect optreedt, omdat de te maken keuze gepaard gaat met onzekerheid, ook bij rechters. Het aangedragen alternatief van materiële normering, in de vorm van een rekenmethode, of het gebruik van bandbreedtes of standaardbedragen, zou deze onzekerheid over de hoogte van het smartengeld kunnen wegnemen. Dit in tegenstelling tot de andere aangedragen alternatieven, zoals de motiveringsplicht en het gebruik van limieten.

Wat betreft het ankereffect werd duidelijk dat het voorleggen van analoge zaken (zoals thans gebeurt) – in ieder geval in het Amerikaanse onderzoek van Saks en anderen – leidt tot een lagere vergoeding dan die toegewezen door een controlegroep in geval van licht en middelzwaar letsel. Dit effect deed zich echter niet voor bij zwaar letsel. In zoverre is onduidelijk of gevalsvergelijking leidt tot lagere vergoedingen, laat staan of dat ook het geval is in de Nederlandse setting. Een ander punt is dat men zich kan afvragen of de bedragen die thans als uitgangspunt gelden daadwerkelijk richtinggevend zouden moeten zijn, wetende dat de eerste vordering (waarschijnlijk) een belangrijke voorspeller is geweest voor het uiteindelijk toegekende bedrag. Hoewel het lastig blijft om immateriële schade te begroten, is ook onduidelijk of het toegewezen bedrag (tot stand gekomen onder invloed van het gevorderde bedrag) inderdaad het bedrag voor volledige vergoeding van immateriële schade zou moeten zijn. Daarmee rijst wel de vraag of afgezien moet worden van gevalsvergelijking (ongeacht of die gecoördineerd wordt door de rechterlijke macht of niet). Hebben alternatieven eigenlijk wel betere papieren?

Het ankereffect kan hebben bijgedragen aan de stagnatie van de smartengeldbedragen. Als dat als bezwaarlijk wordt beschouwd, kunnen andere methodes zoals een standaard rekenmethode, denk aan de QALY-methode (maar dat kan ook een andere zijn), wellicht voorkomen dat het smartengeldniveau door onder andere de invloed van het ankereffect stagneert. Eventueel zijn gestandaardiseerde bedragen of bandbreedtes ook een mogelijkheid. Maar ook strengere motiveringseisen kunnen zorgen voor andere smartengeldbedragen; uit literatuur blijkt dat als niet-ankerconforme informatie moet worden afgewogen, het ankereffect minder omvangrijk is.⁹³ Het gebruik van maximumbedragen ligt niet voor de hand, omdat ook daar het ankereffect optreedt (bij licht of middelzwaar letsel), terwijl dat anker (de limiet) niet informatief is. Kortom, andere methodes hebben voordelen ten opzichte van gevalsvergelijking, maar of daarmee de andere methodes adequater zijn, is vooralsnog onduidelijk vanwege het geringe aantal onderzoeken en het ontbreken van onderzoek in de Nederlandse context.

93 Chapman en Johnson 1999, p. 132-135.

8 *Afsluiting*

Om een oplossing te vinden voor de breed gedragen opvatting dat de smartengeldbedragen in Nederland te laag zijn en dat de wijze van vaststellen niet transparant is, werd de Werkgroep Modernisering Vaststelling Smartengeld ingesteld door De Letselschade Raad. Deze werkgroep heeft gezocht naar een systeem voor materiële normering van de bedragen voor licht letsel en een systeem voor procedurele normering voor zwaar letsel.⁹⁴ Echter, de Werkgroep slaagde er niet in om een oplossing te vinden. De Werkgroep werd opgevolgd door de Denktank Smartengeld. In de Denktank zaten vertegenwoordigers van de letselschadebranche, de rechterlijke macht en de wetenschap om gezamenlijk een oplossing te vinden voor de stagnerende smartengeldbedragen en de ondoorzichtige wijze waarop die worden vastgesteld. In februari 2018 werd de Denktank opgeheven.⁹⁵ In het licht van onze analyse van de theorievorming over met name het ankereffect ligt het in de rede om de discussie over gevalsvergelijking en het gebruik van de Smartengeldgids nog niet te beëindigen. Betekent dit alles nu dat gevalsvergelijking zoals thans plaatsvindt, moet worden verlaten, vertrekkend vanuit de informatie over het framing- en het ankereffect? Daarvoor is nog te weinig bekend over deze effecten in de Nederlandse situatie.

94 Frenk 2013, p. 253.

95 Bericht te vinden via www.riskenbusiness.nl/nieuws/claims/platformoverleg-de-letselschade-raad-heft-denktank-smartengeld-op-bemiddelingsloket-gestopt/ (laatstelijk geraadpleegd 6 november 2018). De Letselschade Raad heeft zijn berichtgeving hierover niet meer online staan.

13 SLOTBESCHOUWING: HET GEBRUIK VAN ASSUMPTIES BIJ RECHTERLIJKE BESLISSINGEN

*I. Giesen, S.N.P. Wiznitzer, A.L.M. Keirse en W.S. de Zanger**

1 *Inleiding*

In dit boek is een beperkt aantal in de rechtspraak gebruikte assumpties onder de loep genomen. Daarbij wordt met de term ‘assumptie’ – ruim uitgelegd, zie ook onze Inleiding in deze bundel – in beginsel bedoeld op een betwistbare empirisch georiënteerde aanname van de rechter als onderdeel van zijn argumentatie, betwistbaar in die zin dat het de vraag is of de assumptie wel afdoende gegrond is in de empirie. In deze slotbeschouwing willen wij proberen om op basis van de bijdragen hiervoor, met alle voorzichtigheid die daarbij past, tot een aantal meer algemene conclusies (of ‘rode draden’) en wellicht een enkele aanbeveling te komen.

Daartoe bespreken we hierna eerst kort en vanuit een helikopterperspectief wat de wat ons betreft belangrijkste resultaten zijn uit de diverse bijdragen (par. 2.2), maar niet dan nadat we tot de nodige voorzichtigheid gemaand hebben (par. 2.1). Vervolgens proberen we om daar een nadere analyse op los te laten (par. 3) om van daaruit ter afsluiting tot een korte vooruitblik te komen (par. 4).

2 *De bijdragen: een ‘overview’ met een waarschuwing vooraf*

2.1 **Een waarschuwing in drievoud**

Alvorens ook maar enige rode draad te ontwaren of conclusie te trekken, moeten we aftrappen met een drieledige waarschuwing. We willen graag met nadruk vooropgesteld zien dat in dit boek slechts een heel beperkt deel van de mogelijke assumpties die de rechterlijke macht benut of zou kunnen benutten, aan de orde is gesteld. Dat alleen al maakt het bij voorbaat lastig, eigenlijk misschien wel onmogelijk, om tot enige overkoepe-

* De auteurs zijn allen (als hoogleraar, aio, hoogleraar, resp. postdoc) verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall). Met dank aan de overige deelnemers aan dit project die belangrijke input leverden voor deze Slotbeschouwing.

lende conclusie te komen. Daarbij komt dan ook nog eens dat het voorgaande palet aan bijdragen laat zien dat de auteurs nogal breed ‘uitgewaaid’ zijn qua type assumptie. De impliciete assumptie in een strafzaak ‘dat (kwade) geesten niet bestaan, althans dat het geloof daarin geen grond kan vormen voor een geslaagd beroep op psychische overmacht’ is van een totaal andere orde dan de veronderstelling (uit de rechtspraak inzake oneerlijke handelspraktijken) dat de gemiddelde consument die de ingrediëntenlijst van een product bestudeert, toch misleid kan worden door de indruk die de verpakking opwekt. En die twee verschillen weer hemelsbreed van de andere assumpties. Het trekken van conclusies op basis van wat wij denken te kunnen afleiden uit hetgeen hiervoor beschreven is, wordt in de derde plaats nog sterk bemoeilijkt doordat de selectie van assumpties nogal ‘voorin- genomen’ is geweest. De keuze voor de elf hiervoor in onze Inleiding al besproken assumpties was immers afhankelijk van *i.* de bereidheid van de door ons benaderde auteurs om mee te doen aan dit project, *ii.* van hun voorkeuren qua thematiek en uitspraak, terwijl *iii.* die voorkeur ongetwijfeld vooraf gevoed is door een ‘hunch’ dat de betreffende assumptie wel eens niet zou kunnen kloppen.

We kunnen en willen dus niet pretenderen dat we in deze bundel een staalkaart van de rechterlijke omgang met rechterlijke assumpties kunnen presenteren. We komen niet verder dan het tonen van enkele voorbeelden van wat er zoal speelt of kan spelen. En dus mogen we niet te veel waarde hechten, los van de diverse concrete resultaten van de specifieke bijdragen als zodanig, aan wat er in zijn algemeenheid, als het gaat om brede(re) conclusies, te zeggen is naar aanleiding van de bevindingen uit die bijdragen. Dat wil echter niet zeggen dat het niet het proberen waard is om een enkele mogelijke hoofdlijn te schetsen.

2.2 En een voorzichtig overzicht

Met dit alles in het achterhoofd willen we dus niettemin naar voren brengen dat de elf bijdragen hiervoor laten zien dat de door ons bestudeerde en door de rechter gebruikte assumpties meestal aan de nodige kritiek blootstaan. Met een empirische blik bekeken, blijken de veronderstellingen zoals die hier bestudeerd zijn, vaker niet dan wel te kloppen, althans moet er (sterk) getwijfeld worden aan het waarheidsgehalte ervan.¹ Dat betekent minst genomen dat dit soort rechterlijke assumpties kritisch bejegend moeten worden.

Zo heeft *Kool* als eerste van de strafrechtelijke bijdragen vastgesteld dat de voor de hand liggende maar ook onbewijsbare assumptie ‘dat (kwade) geesten niet bestaan’ ertoe kan leiden dat de rechter – ten onrechte – niet meer vaststelt of een geloofsovertuiging bepalend

1 Dat geldt dus niet noodzakelijkerwijs voor alle mogelijke assumpties die in de rechtspraktijk te vinden zijn, zie de waarschuwing in par. 2.1.

is geweest voor het gedrag van de verdachte. Het werken vanuit (impliciete) veronderstellingen bevordert de kwaliteit van de rechtspraak dus niet.

De Zanger concludeert dat de veronderstelling dat een openbaar strafproces een zodanig nadelige invloed heeft op de reputatie van een verdachte rechtspersoon dat een buitengerechtelijke afdoening vanuit diens optiek te prefereren valt, slechts een wankel empirische basis heeft. Er valt op basis van het beschikbare onderzoek niet te zeggen welke vorm van afdoening qua reputatieschade 'beter' is voor een verdachte rechtspersoon. Dat brengt met zich dat meer onderzoek nodig is, ook van andere factoren dan reputaties alleen.

In de eerste privaatrechtelijke bijdrage aan deze bundel concludeert *Giesen* dat over een mogelijk 'chilling effect' van civielrechtelijke aansprakelijkheid op journalisten geen harde conclusies te trekken zijn; de empirische gegevens die beschikbaar zijn, spreken elkaar tegen. Hij meent vervolgens dat dit gegeven niet in de weg staat aan het gebruik van het 'chilling effect' in de rechterlijke besluitvorming, maar om geheel andere redenen: het is – na correctie – een zelfstandig argument geworden, dat de empirische basis niet langer nodig heeft om als argument dienst te kunnen doen.

In de bijdrage van *De Jong* wordt de beschikbare kennis uit de rechtseconomie en 'innovation policy studies' over de invloed van het aansprakelijkheidsrecht op innovatie in kaart gebracht. De uitkomst is dat er gegeven het bestaande kennisniveau eigenlijk weinig te concluderen valt over de vraag wanneer en in welke mate het aansprakelijkheidsrecht, en dan in het bijzonder aansprakelijkheid voor onbekende risico's in de medische sector, leidt tot defensieve innovatie. Bij die stand van zaken is het wellicht verstandiger, aldus *De Jong*, dat rechters aangeven dat er onzekerheid heerst over de empirische juistheid van de desbetreffende assumptie, maar dat men het (onzekere) risico op defensieve innovatie toch niet wil nemen. Die benadering is in lijn met de boodschap/gevolgtrekking van *Giesen*.

Van Dongen is iets scherper in zijn conclusies dan bijvoorbeeld *Giesen* was in diens bijdrage, waar het gaat om de door *Van Dongen* onderzochte daadwerkelijke mogelijkheden van een individu om zich te onttrekken aan een groep, omdat de aanname dat terugtrekken uit een groep mogelijk is, slechts beperkt realistisch is gegeven de psychologie van de mens in het algemeen en van de mens in groepsverband in het bijzonder. De rechter past hier dus terughoudendheid.

Wiznitzer moet vaststellen dat de tweede assumptie die zij bespreekt, noch geheel ontkracht noch geheel bevestigd kan worden aan de hand van empirisch bewijs. Dat patiënten moeite kunnen hebben met het goed begrijpen van risicopercentages is een gegeven, maar dit is afhankelijk van zo veel verschillende factoren dat daarover verder weinig zinnigs kan

worden gezegd zonder (enkele van) die factoren mee te wegen. Haar eerste assumptie, begrepen in die zin dat afschrikking van de patiënt zou plaatsvinden doordat een risicopercentage (ten onrechte) als (heel) groot wordt geïnterpreteerd, vindt echter wel steun in het empirisch bewijs: als een risico als groot wordt ervaren, is men, zo blijkt, geneigd zo te handelen dat het intreden van het risico wordt verkleind, bijvoorbeeld door af te zien van een medische procedure. Dat is dus een bruikbaar gegeven voor de rechter.

Ook *Bouwman* bespreekt in feite twee assumpties vanuit psychologisch perspectief, namelijk de ‘oude’ en de ‘nieuwe’ opvatting van het Europese Hof van Justitie over de mogelijkheid van misleiding van de gemiddelde consument door de foutieve indrukken van een verpakking van een product. Zijn conclusie dat de nieuwe opvatting beter aansluit bij wat de psychologie ons leert, is een steun in de rug voor de nieuw ingeslagen koers van het Hof. Het laat ook zien dat kritiek ter harte wordt genomen en dat empirische analyses van juridische veronderstellingen zinvol zijn. Bouwmans analyse laat voor ons wel nog de vraag open of de nieuwe koers op zichzelf afdoende in lijn is met wat de mens psychologisch vermag.

Engelhard meent dat de Hoge Raad in het *Reaal/Deventer*-arrest meer terughoudendheid had moeten laten zien ten aanzien van het ‘gebrek aan financiële middelen’-verweer. Het algemeen (abstract) houden van dit verweer, in die zin dat dit verweer dan inhoudt dat de rechter rekening houdt met het feit van algemene bekendheid dat de publieke middelen beperkt zijn (zodat hij in algemene zin niet te veel verlangt van de overheid), verdient volgens haar de voorkeur. Dat feit kan dan van invloed zijn op het beleid van de gemeente om bepaalde veiligheidsmaatregelen in de gegeven situatie niet te willen nemen. Het is dit laatste, de keuze van de gemeente, wat de rechter dient te beoordelen, waarbij deze als uitgangspunt de beoordelings- en beslissingsbevoegdheid van de wegbeheerder respecteert. De concretisering die de Hoge Raad volgens Engelhard heeft aangebracht, leidt tot de te verwerpen assumptie dat het gemeentebudget in de weg kan staan aan het kunnen (en moeten) voldoen aan juridische veiligheidseisen.

Het betoog van *Keirse* leert dat, anders dan in de rechtspraak vaak wordt verondersteld, zeer kleine kansen op schade grote juridische gevolgen kunnen hebben. Zij legt de vinger op de zere plek door aan het licht te brengen dat empirische gegevens – in de context van haar bijdrage: medisch-statistische getallen van zeer lage waarde – een eigen leven kunnen gaan leiden als verzuimd wordt om deze gegevens, vooraleer ze in de argumentatie worden ingezet, wetenschappelijk te benaderen. Losgeweekt uit de wetenschap lijkt een statistisch zeer kleine absolute kans op schade ook juridisch onbeduidend. Maar *ex post* beschouwd en benaderd vanuit de wiskunde en de statistiek kan deze kleine kans zich toch als een

zeer grote veroorzakingswaarschijnlijkheid ontpoppen. De les is dat empirische gegevens vanuit een wetenschappelijke benadering in recht moeten worden vertaald.

De bijdrage van *Emaus* laat zien dat, ondanks de wellicht juiste empirie, er met name sterke normatieve redenen zijn om bij de shadebegroting niet langer gebruik te maken van statistieken gebaseerd op geslacht, hoe ‘waar’ die statistieken op zichzelf ook mogen zijn. Dat pleidooi om de bestaande, op het verleden gebaseerde en door geslacht bepaalde statistieken terzijde te schuiven, wordt versterkt doordat een alternatief kan worden aangedragen: werk met vaststaande uitgangspunten en kijk (vanuit een positief perspectief) naar de mate van ‘resilience’ van de benadeelde.

Rijnhout en Schipper onderzochten de assumptie dat de begroting van smartengeld kan geschieden via gevalsvergelijking, dat wil zeggen de vergelijking van het voorliggende geval met eerdere zaken. Vastgesteld moet worden, aldus de auteurs, dat zo’n vergelijking kan; het is immers vaste rechtspraak van de Hoge Raad om op die manier het smartengeld te begroten, en er zijn geen aanwijzingen dat deze (reken)methode niet mogelijk is. Wel zijn daar verschillende bezwaren tegen geuit, hier onderzocht vanuit het framing- en ankereffect, waardoor de vraag rijst of gevalsvergelijking ook de meest adequate methode is. Uit de evaluatie blijkt dat andere methodes voordelen hebben ten opzichte van de gevalsvergelijking, maar of die andere methodes daarmee ook echt adequater zijn, is vooralsnog onduidelijk. Dat ligt aan het geringe aantal onderzoeken en het ontbreken van onderzoek in de Nederlandse context.

3 Nadere analyse: wat kunnen we leren van de elf bijdragen?

3.1 Twee stappen: klopt het en is het verantwoord?

Na lezing van de verschillende bijdragen valt ons op – we denken hier een rode draad te ontwaren – dat veel auteurs in twee stappen werken. Men onderzoekt eerst (*stap a*) of de – soms impliciete² – assumptie als zodanig wel klopt, of deze strookt met de empirische werkelijkheid zoals we die kennen uit eerder (empirisch) onderzoek. Dat was ook de opdracht die we de auteurs hebben meegegeven, een opdracht die overigens met zich heeft gebracht dat de bijdragen in deze bundel vooral geleid hebben tot het ontsluiten van empirische gegevens die anderen genereerden, hetgeen ook wel als ‘secundaire ELS’ wordt betiteld.³

2 Zoals bij Kool en Emaus in deze bundel. We merken op dat De Jong in zijn bijdrage bepleit om assumpties op zijn minst te expliciteren, een pleidooi dat wij graag onderschrijven.

3 W.H. van Boom & I. Giesen, ‘Tien jaar civilologie: hoe ver staan de luiken open?’, in: J. Baeck (red.), *Priivaatrecht in actie!*, Brugge: Die Keure 2018, p. 19-20, onderscheiden ‘primaair’ ELS van ‘secundair’ ELS,

Niettemin volgt dan geregeld ook nog een antwoord op de vervolgvraag (*stap b*) of het wel verantwoord is om de assumptie verder nog te benutten, waarbij het al dan niet ‘verantwoord’ zijn, vervolgens gemeten kan worden naar ofwel juridische maatstaven, zoals bij Kool, Schipper en Rijnhout, Giesen, Emaus, Bouwman, Engelhard en Van Dongen, of juist naar wetenschapstheoretische maatstaven, zoals dat heel specifiek bij Keirse gebeurd is, maar ook naar empirische maatstaven, zoals bij De Jong, Van Dongen, Schipper en Rijnhout, Giesen, Wiznitzer en De Zanger, die allen het bestaande empirische onderzoek op hun thema geanalyseerd hebben. Die *stap a* strookt met het doel van de bundel zoals beschreven in paragraaf 1 van onze Inleiding, hiervoor in deze bundel, maar het zelfverkozen vervolg daarop, via *stap b*, laat zien dat er ook sprake is van oorspronkelijk onvoorziene ‘bijvangst’. Vandaar, uiteraard, dat die bijvangst in de inleiding ook al werd aangekondigd.

3.2 Is de empirie van invloed op de juridische regel? Niet per se...

Nauw aansluitend daarbij, vooral bij *stap b*, zien wij een tweede mogelijke rode draad. Want los van het hiervoor gegeven overzicht van ‘plussen’ en ‘minnen’ als het over de (empirische) juistheid van de diverse veronderstellingen gaat – waarbij de uitslag geregeld onbeslist is (zo de bijdragen van Schipper en Rijnhout, De Zanger, De Jong en Giesen) – springt na lezing van de verschillende bijdragen ook meteen in het oog dat de onderliggende juridische regel niet per se beïnvloed wordt door het wel of niet empirisch juist of houdbaar zijn van de ingenomen assumptie. De eigen, normatieve afweging van de rechter kan dat proces van beïnvloeding doorkruisen; die rechterlijke afweging kan maken dat een assumptie toch gehanteerd wordt, ondanks het empirisch twijfelachtige karakter ervan. Dat is een breed gedragen idee, al komt dat in wisselende gedaanten naar voren; zie de bijdragen van Giesen, Van Dongen, Bouwman, De Jong, Emaus en Kool.

Omdat dit idee verder strekt dan het startpunt van dit project (kort gezegd: om de diverse assumpties te analyseren op hun houdbaarheid), hechten wij hieraan veel waarde, meer dan aan het overzicht (het ‘tellen’ van de onjuist ofwel juist gebleken assumpties) en meer dan aan de vraag op welke ‘hulpwetenschap’ werd teruggegrepen in de bijdragen. Ten overvloede, we noteerden: rechtseconomie (Engelhard; De Jong), economie (De Zanger), statistiek (Keirse), innovatiewetenschap (De Jong), media- en communicatiewetenschap, inclusief journalistiek (Giesen), psychologie (Wiznitzer; Bouwman; Van Dongen; Schipper en Rijnhout; Emaus), antropologie en forensische psychiatrie (Kool), en geneeskunde (Wiznitzer). Dit idee vertelt ons namelijk ook iets over wat het belang is van assumpties en over wat de mogelijke invloed en rol van assumpties in de rechtspraak is of zou kunnen

waarbij het in dat tweede geval gaat om juristen die in hun onderzoek verwijzen naar empirisch of empirisch-juridisch onderzoek van anderen (men genereert dus niet zelf de data die men vervolgens ook zelf analyseert, zoals bij primaire ELS).

zijn. Immers, als het empirische houdbaarheidsgehalte van een bepaalde assumptie laag is, maar deze veronderstelling – om juridische redenen – alsnog benut wordt en blijft worden door de rechter, laat dat zien dat de assumptie als zodanig in feite niet zo belangrijk is voor die rechter, maar dat veeleer de argumentatieve kracht die schuilgaat achter die assumptie bepalend is. Het empirische argument is een zelfstandig juridisch argument geworden, zou men kunnen zeggen. Giesen spreekt in zijn bijdrage in dit verband van een ‘correctie’, in de geest van de bekende correctie-Langemeijer uit het onrechtmatigedaadsrecht. Datzelfde idee speelt overigens, maar dan precies andersom, als de empirie op zich heel sterk is (de statistieken zijn juist), de rechtspraak die ook volgt, maar er toch juridisch anders gekoerst zou moeten gaan worden (bijv. om tegen discriminatie op grond van geslacht tegen te gaan), zoals Emaus bepleit. Daarmee is dan tevens de functie die veronderstellingen (kunnen) vervullen in de rechterlijke besluitvorming veranderd.

3.3 Is empirie dan wel nodig?

Een eerste vervolgvraag die zich meteen aandient als ‘de jurist’ het toch anders mag of zelfs moet doen, is de vraag of empirische kennis voor de rechtspraktijk en de rechtspraak misschien *niet* in alle gevallen essentieel is. Ten gronde twijfelen wij aan een dergelijke uitspraak, omdat empirisch gefundeerd recht – recht dat een ‘reality check’ à la Van Boom heeft gehad⁴ – onzes inziens als beter geïnformeerd recht en daarmee beter recht kwalificeert, ook als een empirisch juist gegeven om juridische redenen toch niet meegewogen wordt. Maar ook los daarvan geldt ten minste deze ondergrens dat we (als in: de rechtspraktijk) eerlijk moeten zijn. Rechters moeten dus niet doen alsof een aanname empirische onderbouwing heeft, terwijl dat niet zo is of twijfelachtig is. We sluiten ons dan ook aan bij die conclusie van De Jong. En alleen al daarom is een *empirie-check* van grote waarde.

3.4 Alleen een ‘empirie-check’ volstaat niet...

Het bovenstaande illustreert evenwel dat met zo’n ‘empirie-check’ niet kan worden volstaan, omdat ons vakgebied meebrengt dat de check die dient plaats te vinden een complexe is en niet monodisciplinair. De empirie moet rechtens betekenis worden gegeven vanuit de relevante wetenschappelijke benaderingen, waaronder ook – maar in de regel niet uitsluitend – de rechtswetenschappelijke discipline. Zo is de betekenis van statistische gegevens voor het recht nog niet gegeven zodra zij op hun empirische juistheid zijn gecheckt. De betekenis is integendeel mede afhankelijk van het juridische leerstuk dat in het geding is en de daarmee samenhangende relevante inzet van de statistiek. Gaat het bijvoorbeeld om de vraag naar causaal verband, dat zal een absolute kans *ex ante* eerst moeten worden vertaald naar een relatieve kans *ex post* (zie de bijdrage van Keirse). En draait het om een vergelijking

4 W.H. van Boom, ‘Empirisch privaatrecht’, *TPR* 2013/1, nr. 79.

van goede en kwade kansen, dan vraagt de juridische benadering om een discriminatiecheck (zie Emaus in deze bundel).

De – niet nieuwe – les die wij hieruit trekken is dat empirische gegevens niet klakkeloos kunnen en mogen worden ingezet in de juridische argumentatie.⁵ Om te beginnen is van belang dat nagegaan wordt of de gegevens die betrokken worden empirisch juist zijn (dit is wat wij de empirie-check noemen). In de tweede plaats dient het wetenschappelijk verantwoord te zijn om de gegevens te gebruiken op de wijze waarop dat wordt gedaan (dat het er in de rechtspraktijk niet altijd op wetenschappelijk verantwoorde wijze aan toegaat, blijkt uit de bijdrage van Keirse). *Last but not least* moet de veronderstelling, als gezegd, ook juridisch verantwoord zijn (dit wordt onder meer door Engelhard, Schipper en Rijnhout, Kool en Emaus geproblematiseerd). Tezamen vergen deze drie aspecten onzes inziens dat we integer blijven handelen en (dus ook) kritisch blijven; een stevige reflectie op de rechterlijke assumpties die gebruikt worden draagt daaraan bij.

3.5 Assumpties ‘bestrijden’? Beter is het om ze te categoriseren...

Daarmee komen wij terug bij de vraag die wij ons stelden in de Inleiding: moeten rechterlijke assumpties soms ‘bestreden’ (let op de aanhalingstekens!) worden, of kunnen we doorgaan op de ingeslagen weg? Het moge duidelijk zijn dat wij menen dat in de praktijk, in elk geval in sommige gevallen, het gebruik van assumpties verbetering behoeft, mede omdat deze noodzakelijk lijken te zijn voor het efficiënt en tijdig functioneren van de rechter. Daarbij kan het in kaart brengen en nader categoriseren van de verschillende typen assumpties die in de rechtspraktijk worden gehanteerd behulpzaam zijn. Wij doen hiervoor een aanzet. Kijken wij naar de uitkomsten van de toets van de assumpties in deze bundel, dan dienen zich ten minste drie hoofdcategorieën van uitkomsten aan binnen zowel het strafrecht als het privaatrecht:⁶ *i.* de empirisch houdbare assumptie die een zekere regel of uitkomst ondersteunt, *ii.* de net besproken ‘zelfstandig argument’-assumptie (ofwel: de gecorrigeerde assumptie) die een bepaalde uitkomst of regel steunt, of *iii.* de empirisch niet-houdbare assumptie die dan beter niet (meer) ingezet kan worden. Dat biedt, denken wij, mogelijk een *begin* van een kader en wellicht een hulplijn bij de beoordeling van andere, toekomstige gevallen van het gebruik van assumpties in de rechtspraak.

5 Vgl. I. Giesen, ‘The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning’, *Utrecht Law Review* 2015 11 (1), p. 1-18.

6 Er is wat ons betreft geen reden om in deze conclusies enig onderscheid te maken tussen beide gebieden.

4 *Vooruitblik*

Het komt voor dat de rechtspraak ernaast zit. De gebruikte assumptie heeft geen basis, of enkel een wankele. Dat is jammer, uiteraard, want we willen rechtspraak die steunt op stevige fundamenten. Maar let op: vaak weten we het ook gewoon niet; het nodige onderzoek ontbreekt voorsnog. Dan is het natuurlijk verleidelijk om te zeggen: er moet meer (empirisch) onderzoek komen (zo in deze bundel, terecht overigens, De Zanger, De Jong en Rijnhout en Schipper; en Giesen had bijvoorbeeld eender kunnen concluderen maar deed dat niet). Maar gezien de (veranderde) functie die wij zien voor ten minste sommige aannames, is dat misschien wel helemaal niet altijd nodig. Die veranderde functie is waarneembaar bij de ‘correctie’ zoals geïntroduceerd door Giesen. Hij beargumenteert dat een onhoudbare of twijfelachtige assumptie soms toch in rechte benut kan worden omdat deze is gecorrigeerd naar een zelfstandig dragend, normatief argument.

Als gezegd, deze correctie kan soms een uitweg bieden, maar zeker niet altijd, want niet elke assumptie heeft het in zich om zo’n argument te worden. En dus weten wij inderdaad te weinig. Het testen van assumpties zou dan wellicht ook meer structureel moeten gaan plaatsvinden, zodat ook structureel belicht zou kunnen worden welk empirisch onderzoek de jurist (het meest dringend) nodig heeft. De op handen zijnde *Nederlandse Encyclopedie voor Empirical Legal Studies*, een project geïnitieerd door onderzoekers van de VU en het WODC dat moet leiden tot een encyclopedisch overzicht van het bestaande empirisch-juridische onderzoek op alle rechtsgebieden (de beoogde verschijningsdatum is 2020⁷), kan daartoe een aanzet geven, maar zal zeker niet alle veronderstellingen die in de rechtspraak leven, kunnen afdekken. Datzelfde geldt voor het in 2018 gestarte *Platform ELS*, dat in het kader van de ‘NWO werkgroep ELS’ tot stand is gekomen.⁸ Het doel daarvan is om rechtswetenschappers die ‘iets’ met ELS willen doen, te ondersteunen. Dat kan en zal zeker helpen, maar zal evenmin een compleet beeld kunnen opleveren. Er is dus nog volop werk aan de winkel, maar dat geeft niet: *evidence based* recht doen is een werkwoord.

7 Giesen is daarbij als auteur van een hoofdstuk betrokken.

8 De Zanger is als postdoc verbonden aan die werkgroep, en Giesen als lid.

