

## Rechtseconomie en privaatrecht in de Lage Landen

Michael G. Faure en Louis T. Visscher\*

### 1. Inleiding

Law and economics, zoals de economische analyse van het recht niet alleen in het Engelstalig gebied, maar ook in Europa vaak wordt genoemd is ongetwijfeld één van de meer succesvolle “law and...”-bewegingen van de afgelopen decennia, zeker in de Verenigde Staten, maar in toenemende mate ook in Europa. De basisidee in de rechtseconomie, namelijk dat het recht een systeem van regels uitwerkt, dat ertoe strekt de maatschappelijke welvaart te verhogen, is voor velen een op zichzelf niet merkwaardige, ja zelfs aantrekkelijke gedachte. De charme van de rechtseconomie is daarenboven dat uitgaande van deze simpele basisgedachte (die vanzelfsprekend in de eigenlijke analyse in sterke mate wordt verfijnd) is dat niet alleen in abstracto kan worden bekeken of het recht als stelsel efficiëntie-bevorderend werkt. Daarnaast laat de rechtseconomie ook toe concrete voorspellingen te doen over de wijze waarop rechtsregels het gedrag van mensen zullen beïnvloeden. De rechtseconomie is op het brede terrein van het recht toegepast. Gelet op de focus van deze bundel op het privaatrecht zullen in dit hoofdstuk vooral voorbeelden uit privaatrechtelijke hoek worden gegeven.

De traditionele rechtseconomie is op bepaalde specifieke uitgangspunten gebaseerd. In de eerste plaats situeert de rechtseconomie zich in het zogenaamde rationele keuzemodel, dat ervan uitgaat dat individuen op basis van beschikbare informatie (dus ook over het toepasselijke recht) afwegingen zullen maken die hun uiteindelijk gedrag zullen beïnvloeden. Hierbij zijn drie veronderstellingen relevant: (1) mensen kiezen uit de hen ter beschikking staande gedragsalternatieven dat alternatief waarvan ze zelf denken dat het het beste voor ze is, gegeven hun verwachtingen; (2) de verwachtingen zijn gebaseerd op de beschikbare informatie, en (3) er wordt een optimale hoeveelheid informatie verzameld (niet te weinig maar ook niet teveel). Er wordt dus *niet*, anders dan in sommige karikaturen wordt beweerd, verondersteld dat mensen over volledige informatie beschikken en als een soort supercomputer altijd de juiste keuze maken. Een rationele keuze kan ook fout uitpakken, maar dat maakt de keus niet per se irrationeel. Het is bijvoorbeeld rationeel een paraplu mee te nemen als donkere wolken zich samepakken en het weerbericht neerslag voorspelt. Als het

---

\* Dit hoofdstuk is op verzoek van de redactie toegevoegd aan deze bundel over de “law and”-bewegingen in het privaatrecht. Het is mede gebaseerd op een eerdere bijdrage over dit thema (M. Faure, “Law and economics: belang voor het privaatrecht”, *WPNR*, 2011, pp. 1056-1064).

dan toch droog blijft, was die paraplu achteraf niet nodig, maar het meenemen was nog steeds een rationele keuze. In de tweede plaats gaat de traditionele rechtseconomie weliswaar uit van de heilzame werking van de markt, maar ook binnen de rechtseconomie wordt erkend dat markten vaak kunnen falen. Het recht wordt in de rechtseconomie dan ook bestudeerd als reactie op marktfalen: zo reageert het mededingingsrecht op het probleem van marktmacht; consumentenrecht en verzekeringsrecht betreffen het probleem van informatieasymmetrie; het probleem van negatieve externaliteiten wordt geadresseerd door onder andere aansprakelijkheid, veiligheidsregulering en strafrecht; het intellectuele eigendomsrecht kan worden bestudeerd als een juridische reactie op het feit dat informatie de kenmerken van een collectief goed heeft. In de derde plaats gaat de rechtseconomie er ook vanuit dat rechtsregels gedragsprikkel bieden aan burgers die zich in het maatschappelijk verkeer bewegen en meer bepaald aan marktpartijen. Dit sluit uiteraard aan bij het uitgangspunt dat de traditionele rechtseconomie op het rationele keuzemodel is gebaseerd. De rechtseconoom zal derhalve voorspellen welke prikkels vanuit bepaalde rechtsregels op het gedrag van mensen zullen uitgaan. Empirisch onderzoek (zie de bijdrage van Van Boom in deze bundel) kan vervolgens deze hypothesen toetsen. In de vierde plaats ziet de rechtseconoom recht niet als een doel op zichzelf, maar eerder als instrument om een bepaald maatschappelijk gewenst resultaat te bereiken.

Die uitspraken worden uiteraard steeds binnen een bepaald kader gedaan; zo zal de rechtseconoom kunnen aangeven dat een bepaalde aansprakelijkheidsregel in bepaalde omstandigheden tot een reductie van ongevalskosten aanleiding zal geven of niet. Daarmee doet de rechtseconoom als zodanig geen uitspraak over de vraag of de rechtsregel daarmee ook een voor de maatschappij wenselijke regel zou zijn; de maatschappij zou immers andere – politieke – preferenties kunnen hebben dan uitsluitend de reductie van ongevalskosten. Toch kan ten aanzien van een concrete rechtsregel reeds een belangrijk stuk informatie worden gegeven die voor juristen ook relevant kan zijn. Wel blijft steeds van belang om rekening te houden met de veronderstellingen van het economisch model, zeker wanneer aan de rechtseconomie ook rechtspolitieke conclusies zouden worden verbonden.

Van groot belang daarbij is dat de rechtseconoom de analyse zal baseren op het zogenaamde efficiëntieconcept. Zonder in een discussie te verwickelen over de verschillende interpretaties van efficiëntie gaat het, zeker op het terrein van het privaatrecht, doorgaans om het bereiken van situaties waarbij de totale maatschappelijke welvaart wordt gemaximaliseerd. In

bijvoorbeeld het ongevalsrecht komt dit neer op het minimaliseren van de totale ongevalskosten en het spreiden van de niet-vermeden schade; in het contractenrecht is het vooral van belang om welvaartsverhogende transacties te faciliteren en prikkels tot optimale nakoming te geven. Rechtsregels kunnen er dan toe bijdragen dit resultaat te bereiken. Een rechtseconoom zal bijvoorbeeld onderzoeken welk zorgniveau een producent zou moeten aannemen om de maatschappelijke welvaart te optimaliseren en zal daarbij de marginale kosten van meer investeringen in preventie vergelijken met de marginale baten (bestaande uit een reductie van de verwachte schade). Efficiëntie wordt dan bereikt wanneer die marginale kosten gelijk zijn aan de marginale baten. Een efficiënte aansprakelijkheidsregel is dan die waarbij een producent ertoe geprikkeld wordt om precies dit niveau van optimale zorg te betrachten. Dit impliceert dat niet alle schade vermeden zal worden, omdat dit te duur is (zo kunnen bijvoorbeeld waarschijnlijk alle dodelijke verkeersongevallen worden vermeden door een maximumsnelheid van 5 km/u in te voeren, maar de kosten van deze maatregel worden te hoog bevonden).

Rechtseconomen hebben sedert de ontwikkeling van law and economics in de Verenigde Staten in de zestiger jaren uitgebreide analyses aan het privaatrecht gewijd en derhalve uitspraken gedaan over de (in)efficiënties van diverse privaatrechtelijke regels. Een belangrijk deel van dit onderzoek is van Noord-Amerikaanse origine, maar in toenemende mate zijn ook economische analyses beschikbaar van privaatrechtelijke regels die in Europa gelden. Zoals hieronder zal worden geïllustreerd is inmiddels de rechtseconomie ook in de Lage Landen tot grote bloei gekomen en bestaan er derhalve ook vele studies die de efficiëntie van privaatrechtelijke regelingen in België en Nederland hebben onderzocht.

Het is uiteraard onmogelijk (en ook niet de bedoeling) om al die onderzoeken in het kader van dit hoofdstuk weer te geven of samen te vatten. Daarentegen zal gepoogd worden om eerst de ontwikkeling van law and economics in de Verenigde Staten en in Europa te schetsen en om ook enkele bronnen te presenteren zodat de geïnteresseerde lezer daar verder op zoek kan gaan (2). Nadien zal de binnen de rechtseconomie gevolgde methode worden geschetst (3) en wordt aangegeven in welke mate de rechtseconomie door recente ontwikkelingen ook tot nieuwe inzichten heeft geleid (4). Daarbij wordt ook ingegaan op mogelijke beperkingen van de rechtseconomische benadering, die mede verband houden met het efficiëntieconcept en het gebruik van het rationele keuzemodel (5). Vervolgens wordt ingegaan op de rol van de rechtseconomie in de Lage Landen, waarbij vooral aandacht aan het privaatrecht wordt

geboden (6) en worden enkele slotbedenkingen geformuleerd (7). De verschillende onderdelen zullen steeds worden ondersteund met voorbeelden van onderzoeken naar rechtsregels op het terrein van het privaatrecht in de Lage Landen, juist ook om de aanvullende waarde van de rechtseconomie, ook voor dat privaatrecht in België en Nederland, te onderstrepen.

## 2. De ontwikkeling van de rechtseconomie in de VS en in Europa

Startpunt voor de economische analyse van het recht is volgens velen het artikel van de Nobelprijswinnaar Ronald Coase uit de *Journal of Law and Economics* van 1960.<sup>1</sup>

### 2.1 Coase

In dat artikel nam Coase stelling tegen het tot dan toe geldende inzicht van Pigou dat marktfalen ten gevolge van externe effecten het best kan worden tegen gegaan door een belasting te heffen op degenen die het externe effect veroorzaakt (de dader of verontreiniger).<sup>2</sup> Coase liet zien dat in een situatie waarin partijen vrij met elkaar over oplossingen kunnen onderhandelen de optimale oplossing (die de totale maatschappelijke welvaart optimaliseert) steeds zal worden bereikt. Coase liet daarenboven zien dat die oplossing niet afhankelijk is van de geldende rechtsregel. Of de veroorzaker nu aansprakelijk wordt gehouden voor de schade of niet, in alle gevallen zal de efficiënte oplossing door partijen via onderhandelingen worden nagestreefd. Wanneer de veroorzaker immers niet aansprakelijk is zal de schadelijder de investering in preventieve maatregelen financieren. Over dit Coase theorema is de afgelopen 50 jaar veel gepubliceerd.<sup>3</sup> Hoewel dit niet met zoveel woorden door Coase zelf werd gesteld waren de consequenties voor het recht van groot belang. Immers, een van de consequenties van het Coase theorema is dat wat het bereiken van efficiëntie betreft, rechtsregels geen invloed hebben aangezien partijen die oplossing via vrije onderhandelingen kunnen bereiken. Daarmee werd de basis gelegd voor een belangrijke denkrichting in de rechtseconomie, die vooral symbool was voor het denken van de Chicago School of Law and Economics, namelijk dat de markt via onderhandelingen tussen goed geïnformeerde partijen in staat is om efficiënte oplossingen te genereren. Landes

---

<sup>1</sup> R.H. Coase, "The problem of social cost", *Journal of Law and Economics*, 1960, pp. 1-44.

<sup>2</sup> Zie A.C. Pigou, "Some aspects of welfare economics", *The American Economic Review*, 1951, vol. 41(3), pp. 287-302.

<sup>3</sup> Zie het speciale nummer dat door de *European Journal of Law and Economics* werd uitgebracht naar aanleiding van de viering van de 100<sup>ste</sup> verjaardag van Coase en de 50<sup>ste</sup> verjaardag van "The problem of social cost", A. Marciano, "Ronald Coase 'The problem of social cost' and the Coase theorem: an anniversary celebration", *European Journal of Law and Economics*, 2011, vol. 31, pp. 1-9.

en Posner formuleerden het later als volgt: ‘When the costs of voluntary market transactions are low, the property approach is economically preferable to the liability approach because the market is a more reliable register of values than the legal system’.<sup>4</sup> Belangrijker wellicht nog dan dat resultaat was dat Coase de eerste was die economische inzichten op rechtsregels toepaste op domeinen die niet tot het economisch recht behoorden. Een samenwerking tussen juristen en economen was immers niet nieuw. Ook vóór de tijd van Coase hadden juristen en economen samengewerkt, bijvoorbeeld om in het kader van het mededingingsrecht te bepalen wat als een relevante markt dient te worden gekwalificeerd. In die zogenaamde “old law and economics” gaf de econoom economisch inzicht, maar alleen ter ondersteuning van een juridische vraag en werd de rechtsregel zelf als zodanig niet in vraag gesteld. Coase en de rechtseconomen na hem gingen ook de efficiëntie van de rechtsregels zelf analyseren en daarmee was de “new law and economics” geboren.

## 2.2 Calabresi

Tegelijk met Coase publiceerde de toen nog jonge student Guido Calabresi een paper in de *Yale Law Journal*.<sup>5</sup> Hij paste als eerste rechtseconomische inzichten toe op het ongevallenrecht door onder meer de voor die tijd geavanceerde stelling in te nemen dat rechtsregels zouden moeten bijdragen tot een optimale reductie van de maatschappelijke ongevalkosten. Die inzichten heeft Guido Calabresi later ook verwoord in zijn bekende boek *The costs of accidents* dat in 1970 werd gepubliceerd<sup>6</sup> en nadien nog in vele andere publicaties.<sup>7</sup> Calabresi heeft een buitengewoon grote rol gespeeld in het vertalen van de rechtseconomische inzichten voor de jurist. Het feit dat hij zelf jurist was en dus goed wist welke taal hij diende te spreken heeft daar ongetwijfeld toe bijgedragen. Toen Calabresi in 2008 aan de Erasmus Universiteit Rotterdam een eredoctoraat ontving en hem gevraagd werd hoeveel erdoctoraten hij al op zijn palmares had staan, was zijn antwoord: “I stopped counting after 40”, hetgeen wel aantoont dat zijn werk en denken een grote invloed en waardering heeft gehad.

---

<sup>4</sup> W.M. Landes en R.A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press 1987, p. 31.

<sup>5</sup> Calabresi zal eenieder die het horen wil vertellen dat hoewel zijn bijdrage in de *Yale Law Journal* 1961 werd gepubliceerd, deze in feite eerder op de markt kwam dan het verhaal van Coase in 1960, zodat hij eigenlijk de aartsvader van de rechtseconomie is (G. Calabresi, “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, *Yale Law Journal*, 1961, pp. 499-553).

<sup>6</sup> G. Calabresi, *The costs of accidents. A legal and economic analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970.

<sup>7</sup> Zie voor een samenvatting van het gedachtegoed van Guido Calabresi, M. Faure, “Calabresi and behavioural tort law and economics”, *Erasmus Law Review*, 2008, vol. 1(4), pp. 75-102.

### 2.3 Posner

De lancering van de rechtseconomie als succesvolle beweging vond echter pas plaats toen de toenmalige hoogleraar aan de University of Chicago Law School, Richard Posner, in 1973 zijn magnum opus *Economic analysis of law* publiceerde.<sup>8</sup> Daarvan is inmiddels de negende editie gepubliceerd. De Law School van de University of Chicago vormde in de '70 en '80 jaren de perfecte bakermat voor het ontstaan van de rechtseconomie omdat bekende economen van hoog niveau (zoals Nobelprijswinnaars Ronald Coase, Gary Becker en George Stigler) met vooraanstaande juristen samenwerkten en hun inzichten op rechtsregels toepasten. Posner schreef een indrukwekkend aantal boeken en artikelen, onder meer ook over de efficiëntie van het gerechtelijk systeem<sup>9</sup> en zelfs over seks.<sup>10</sup> In dat laatste boek (en enkele artikelen) heeft Posner zijn omstreden standpunt ingenomen dat een marktoplossing voor baby's (bestaande uit een verkoop van de baby's) efficiënter zou zijn dan de huidige regulering.<sup>11</sup>

### 2.4 Ontwikkelingen in de VS

De rechtseconomische benadering werd, mede dankzij het boek van Posner, maar ook dankzij vele publicaties in de vooraanstaande tijdschriften<sup>12</sup> razend populair in de VS. Er volgden vele toepassingen op terreinen van het privaatrecht, zoals het eigendomsrecht,<sup>13</sup> het aansprakelijkheidsrecht<sup>14</sup> en het contractenrecht. Henry Manne ging daarenboven massaal cursussen organiseren voor magistraten om hen te bekwamen in economische inzichten, zodat de rechtseconomie ook in de rechtspraktijk in de VS zeer belangrijk werd. Het feit dat vooraanstaande rechtseconomen zoals Richard Posner zelf, maar ook Guido Calabresi, Frank

---

<sup>8</sup> R.A. Posner, *Economic analysis of law*, Boston, Little Brown, 1973.

<sup>9</sup> R.A. Posner, *The economics of justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

<sup>10</sup> R.A. Posner, *Sex and reason*, Cambridge, Harvard University Press, 1992.

<sup>11</sup> Zie W.M. Landes, "The economics of the baby shortage", *Journal of Legal Studies*, 1978, vol. 7, p. 323 en R.A. Posner, "The regulation of the market in adoptions", *Boston University Law Review*, 1987, vol. 67, p. 59.

<sup>12</sup> Publicaties vonden plaats onder meer in vooraanstaande law reviews zoals de *Harvard Law Review and Law Journal*, maar ook in gespecialiseerde rechtseconomische tijdschriften zoals de *Journal of Legal Studies* en de *Journal of Law and Economics*.

<sup>13</sup> G. Calabresi en D. Melamed, "Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral", *Harvard Law Review*, 1972, vol. 85, pp. 1089-1128. Voor het eigendomsrecht is verder ook van belang de bijdrage van H. Demsetz, "Toward a theory of property rights", *American Economic Review*, 1967, vol. 57(2), pp. 347-359 en het werk van de Nobelprijswinnaar Eleonor Ostrom (E. Ostrom, *Governing the commons: the evolution of institutions for collective actions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990).

<sup>14</sup> Naast de reeds aangehaalde publicaties van Calabresi kan ook worden gewezen op het belangrijke werk van de Harvard econoom Steven Shavell. Zie bijvoorbeeld zijn "Strict liability versus negligence", *Journal of Legal Studies*, 1980, pp. 1-25 evenals zijn standaardwerk *Economic analysis of accident law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

Easterbrook en Robert Bork belangrijke posities kregen binnen federale gerechtshoven heeft daar uiteraard ook aan bijgedragen.<sup>15</sup>

Naast het handboek van Posner schreven de econoom Robert Cooter en de jurist Thomas Ulen een bekend handboek over law and economics, dat vooral in Europa ook veel populariteit geniet.<sup>16</sup> En ook Shavell schreef een handboek.<sup>17</sup> De literatuur op dit terrein werd zo omvangrijk dat een bibliography of law and economics<sup>18</sup> evenals een Encyclopaedia of Law and Economics<sup>19</sup> tot stand werden gebracht. Dat laatste werk is enkele jaren geleden herwerkt in geactualiseerde uitgaven.<sup>20</sup>

De rechtseconomen hebben binnen de Amerikaanse law schools zoveel invloed gehad dat aan elke vooraanstaande law school thans verscheidene economen doceren. Aan enkele law schools wordt zelfs geen basiscursus economic analysis of law meer gegeven, maar worden economische inzichten onmiddellijk geïntegreerd in het juridisch onderwijs dat ook vaak door economen wordt gegeven. In de VS is gedurende de afgelopen 40 jaar law and economics zonder twijfel de meest invloedrijke “law and...” beweging geworden, zeker ook wanneer naar het aantal citaties in de Amerikaanse rechtsleer en rechtspraak wordt gekeken. Vele rechtseconomen blijken daar in de top-10 te staan.

## 2.5 Ontwikkelingen in Europa

Een dergelijk succesverhaal kan voor Europa zeker niet worden gepresenteerd. Weliswaar werd de European Association of Law and Economics eerder (in 1984) dan de American Law and Economics Association (in 1991) opgericht, maar de invloed van de ‘beweging’ in Europa is nog beduidend geringer. Traditionele juristen in Europa verzetten zich oorspronkelijk (en sommigen nog steeds) nogal eens tegen de idee rechtsregels op basis van

---

<sup>15</sup> In *The University of Chicago Law Review*, 2007, vol. 74, pp. 1641-1931 bieden verscheidene auteurs analyses van de (veelal economisch getinte) arresten die door rechter Posner werden geschreven (special issue “Commemorating 25 years of judge Richard A. Posner”).

<sup>16</sup> R. Cooter en Th. Ulen, *Law and economics*, zesde editie, Boston, Pearson Addison Wesley, 2011.

<sup>17</sup> S. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

<sup>18</sup> B. Bouckaert en G. De Geest (red.), *Bibliography of law and economics*, Dordrecht, Kluwer, 1992.

<sup>19</sup> B. Bouckaert en G. De Geest (red.), *Encyclopaedia of law and economics*, 5 volumes, Cheltenham, Edward Elgar, 2000. Dit werk is ook elektronisch beschikbaar op <<http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>>.

<sup>20</sup> Voor het privaatrecht is onder meer het volume *Tort Law and Economics* (M. Faure (red.), Cheltenham, Edward Elgar, 2009) van belang. Maar zie ook F. Parisi (red.), *Production of Legal Rules*, in the *Encyclopaedia of Law and Economics*, tweede editie, Cheltenham, Edward Elgar, 2011; R.J. Van den Bergh en A.M. Paces (red.), *Regulation and economics*, vol. 9, *Encyclopaedia of Law and Economics*, tweede editie, Cheltenham, Edward Elgar, 2012 en B. Bouckaert (red.), *Property law and economics*, vol. 5, *Encyclopaedia of Law and Economics*, tweede editie, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

economische inzichten (en meer bepaald het efficiëntieconcept) te benaderen. Ook waren vele traditionele “law and...” benaderingen in Europa reeds ingevuld bijvoorbeeld met rechtsfilosofie, rechtstheorie en rechtssociologie en viel van die zijde weinig enthousiasme voor de rechtseconomie te verwachten, vanwege de (economische) logica dat dit de gevestigde posities in gevaar zou kunnen brengen. Vandaag is de rechtseconomie in België en Nederland behoorlijk goed geïntegreerd. Hieronder (bij 5) zal ook nog worden toegelicht dat ook Belgische en Nederlandse juristen zich met de rechtseconomische inzichten vertrouwd hebben gemaakt en deze bijvoorbeeld in artikelen, maar ook in proefschriften toepassen. Ten dele is dat ook in Duitsland het geval, hoewel daar ook nog weerstand bestaat tegen de toepassing van het efficiëntieconcept door rechters.<sup>21</sup> Ook is de rechtseconomie, althans op academisch niveau, buitengewoon populair in Italië en in Spanje.<sup>22</sup> In Frankrijk beijvert Bruno Deffains zich, naast vele anderen,<sup>23</sup> zich tot de rechtseconomie te bekeren.<sup>24</sup> Hoewel de rechtseconomen in België en Nederland zeker niet over belangstelling mogen klagen, is in het algemeen het succes dat de rechtseconomie in Amerika heeft geboekt onvergelijkbaar met het succes in Europa, zeker wanneer ook naar het belang in de rechtspraktijk wordt gekeken. Hieronder (zie 5) zal nog worden aangegeven wat er op het terrein van de rechtseconomie in België en Nederland tot stand is gebracht.

### 3. Methode

#### 3.1 Efficiëntieconcept

De econoom zal rechtsregels toetsen aan de hand van het efficiëntieconcept. Zonder daar veel moeilijke woorden aan te wijden kan gesteld worden dat de econoom zal nagaan of een bepaalde rechtsregel verwacht kan worden de maatschappelijke welvaart te verhogen of maatschappelijke kosten te reduceren.<sup>25</sup> De econoom zal een dergelijke analyse uitvoeren op basis van een kosten/baten-analyse en gaat ervan uit dat rechtsregels prikkels genereren voor bepaald gedrag. De rechtseconoom heeft dus een instrumentele visie op rechtsregels en ziet de

---

<sup>21</sup> Zie onder meer H. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995.

<sup>22</sup> Wat Italië betreft kan onder meer op de publicaties worden gewezen van Roberto Pardolesi; wat Spanje betreft zijn vooral Benito Arrunada en Fernando Gomez-Pomar actief en dient ook op het belangrijke werk gewezen te worden van de (van origine Portugees) Nuno Garoupa (zie bijvoorbeeld N. Garoupa en T. Ginsburg, *Judicial reputation: a comparative theory*, Chicago, IL, University of Chicago Press, 2015).

<sup>23</sup> Waaronder Eric Brousseau en Eric Langlais.

<sup>24</sup> Zie B. Deffains (red.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Parijs, CUJA, 2001 en B. Deffains en E. Langlais (red.), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, Deboeck, 2009. Zie verder voor een economische analyse van het Frans recht ook, A. Oguis en M.G. Faure, *Economie du Droit: Le Cas Français*, Parijs, Éditions Panthéon, 2002.

<sup>25</sup> Zie voor de economische visie op de doelstellingen van het ongevallenrecht, L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, diss. EUR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, pp. 19-21.



economie ook als een gedragswetenschap. Zo zal, bijvoorbeeld in het consumentenrecht, worden gesteld dat een rechtsregel die consumenten de mogelijkheid biedt om na een bedenktijd producten of diensten te retourneren tot een moreel risico<sup>26</sup> bij de consument zal kunnen leiden (en derhalve tot een kostenverhoging).<sup>27</sup>

### 3.2 Gebruik van modellen

De werkwijze van de rechtseconoom is dat een model wordt gemaakt waarin een aantal veronderstellingen aangaande sociale werkelijkheid worden gemaakt zoals dit in de sociale wetenschappen vaak gebruikelijk is. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.<sup>28</sup> Zo zou in een potentiële ongevalsituatie eerst een model kunnen worden gemaakt ervan uitgaande dat slechts 1 dader en 1 slachtoffer bij het ongeval betrokken zijn. Op basis van die (simpele) veronderstelling kunnen dan uitspraken worden gedaan over de efficiëntie van bijvoorbeeld risico- of schuldaansprakelijkheid, ervan uitgaande dat (tweede veronderstelling) alleen de door de potentiële dader aangewende zorg het ongevalsrisico beïnvloedt, een zogenaamde *unilaterale ongevalssituatie*.<sup>29</sup> Vervolgens kan het model worden verfijnd door veronderstellingen los te laten. Zo kan de zaak worden gecompliceerd door niet alleen uit te gaan van de situatie waarbij alleen de dader het ongevalsrisico beïnvloedt, maar ook rekening te houden met het gedrag van het slachtoffer (een *bilaterale ongevalssituatie*). Ook zou niet alleen naar niveau van betamelijke zorg, maar ook naar het wenselijke activiteitsniveau van beide partijen gekeken kunnen worden. Eveneens zou een initiële veronderstelling van risiconutraliteit kunnen worden verlaten door vervolgens ook risicoaversie en dus het belang van verzekering bij de analyse te betrekken<sup>30</sup> of zou de zaak ook nog verfijnd kunnen worden door er vanuit te gaan dat het gedrag van partijen niet alleen door aansprakelijkheidsregels wordt beïnvloed, maar ook door veiligheidsregulering.<sup>31</sup> Het effect van deze nuances en verfijningen van het oorspronkelijk model is dat uiteindelijk de gebruikte economische

---

<sup>26</sup> Het moreel risico duidt op het feit dat gedrag zal wijzigen doordat justitiabelen niet langer aan risico's zijn blootgesteld (bijvoorbeeld door een verzekering) waardoor prikkels tot het nemen van zorg worden gereduceerd (zie daarover onder meer M. Pauly, "The economics of moral hazard: comment", *American Economic Review*, 1968, vol. 58, pp. 531-537).

<sup>27</sup> Zie daarover reeds de Rotterdamse oratie van R.J. Van den Bergh, *Averchts recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, pp. 13-17 en P. Rekiti en R. Van den Bergh, "Cooling-off periods in the consumer laws of the E.C. Member States: a comparative law and economics approach", *Journal of Consumer Policy*, 2000, pp. 371-407.

<sup>28</sup> Zie M. Faure en R. Van den Bergh, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen, Maklu, 1989, pp. 62-100.

<sup>29</sup> Zie S. Shavell, *Economic analysis of accident law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 7.

<sup>30</sup> Zoals Shavell onder meer doet in S. Shavell, "On liability and insurance", *Bell Journal of Economics*, 1982, pp. 120-132.

<sup>31</sup> Zoals ook wordt verondersteld door S. Shavell, "Liability for harm versus regulation of safety", *Journal of Legal Studies*, 1984, pp. 357-374.

modellen een steeds betere reflectie bieden van de werkelijkheid, waardoor hun voorspellende waarde ook toeneemt.

### 3.3 Verschillende stromingen

De zojuist geschetste methode is gebruikelijk in wat men vaak noemt de klassieke rechtseconomie zoals die voornamelijk in Chicago tot stand is gekomen. Echter, de rechtseconomie bestaat al lang niet alleen meer uit Chicago. Bijvoorbeeld in Yale zijn vele rechtseconomen actief<sup>32</sup> die lang niet alleen in de heilzame werking van de markt geloven en ook aandacht besteden aan het belang en de kwaliteit van regulering. Andere economen, behorende tot de zogenaamde public choice-school<sup>33</sup> wijzen dan weer op mogelijke perverse effecten van de wetgever bij de totstandbrenging van regulering en inefficiënties die daaruit kunnen voortvloeien. Het aantrekkelijke hiervan is dat de jurist vandaag uit verschillende soorten rechtseconomie kan putten<sup>34</sup> die, afhankelijk van het probleem dat wordt geanalyseerd alleen of in combinatie kunnen worden toegepast. Deze verscheidene benaderingswijzen vormen dus geenszins (zoals men wellicht zou kunnen denken) een zwakte, maar juist een sterkte van de rechtseconomie. Het voordeel van deze verschillende benaderingen is immers dat zij in concrete situaties vaak in combinatie kunnen worden toegepast om een beter inzicht in de effecten of efficiëntie van bepaalde rechtsregels te krijgen. Wanneer bijvoorbeeld de klassieke rechtseconomie voorspellingen doet over een efficiënt aansprakelijkheidsrecht, maar in de realiteit wordt gezien dat de wetgever dit niet invoert kan public choice worden gebruikt om na te gaan of inefficiënties in regulering wellicht het gevolg zijn van lobbying door belangengroepen. Zo is de regulering van de aansprakelijkheid voor het nucleaire risico vaak aan een kritisch rechtseconomisch onderzoek onderworpen. Daarbij wordt vaak eerst vastgesteld dat de geldende regels moeilijk vanuit een efficiëntieperspectief kunnen worden verklaard en wordt vervolgens nagegaan of de inefficiëntie van de toepasselijke regels wellicht door invloed van bepaalde belangengroepen

---

<sup>32</sup> Waaronder een belangrijke plaats wordt ingenomen door Susan Rose-Ackerman (zie bijvoorbeeld haar *Rethinking the progressive agenda. The reform of the American regulatory state*, New York, The Free Press, 1992). Ook het belang van haar werk is in Nederland onderkend, getuige het feit dat zij in 2016 een eredoctoraat heeft ontvangen van de Universiteit Maastricht.

<sup>33</sup> Public choice heeft erop gewezen dat recht en meer bepaald regulering die door wetgeving tot stand komt vaak het resultaat is van een proces waarbij belangengroepen rechtsregels vragen die hun interesse ten goede komen (bijvoorbeeld omdat daardoor markten worden afgeschermd) terwijl nutsmaximaliserende politici deze wetgeving tot stand zullen brengen, bijvoorbeeld in ruil voor steun door de belangengroep bij een herverkiezing. Een belangrijke vertegenwoordiger van deze beweging is de Nobelprijswinnaar James Buchanan (zie onder meer J.M. Buchanan en G. Tullock, *The calculus of consent*, University of Michigan Press, 1962).

<sup>34</sup> Dit werd door Arcuri aangeduid als eclecticisme in de rechtseconomie (A. Arcuri, "An eclecticism in law and economics", *Erasmus Law Review*, 2008, vol. 1(3), pp. 59-81).

kan worden verklaard.<sup>35</sup> Doordat de rechtseconomische benadering nu al bijna 60 jaar bestaat en verschillende perspectieven worden geboden is een geïntegreerd paradigma ontstaan dat beter in staat is de complexe realiteit van het privaatrecht te verklaren.<sup>36</sup>

De rechtseconomische literatuur over ‘optimal enforcement’ vergelijkt de prikkelwerking van alternatieve juridische methoden om eenzelfde doel te dienen (bijvoorbeeld aansprakelijkheid, veiligheidsregulering en strafrecht ter internalisering van externaliteiten) en maakt het mogelijk de relatieve sterke en zwakke punten van de verschillende systemen inzichtelijk te maken. Op deze manier kunnen de sterke punten van het ene systeem gebruikt worden om de zwakke punten van het andere systeem aan te pakken, hetgeen in een ‘smart mix’ kan resulteren.

#### 4. Nieuwe inzichten

De economische analyse van het privaatrecht heeft zonder enige twijfel voor de juristen in België en Nederland tot nieuwe inzichten geleid. Voorbeelden van enkele studies die met betrekking tot het Belgisch en Nederlands recht werden uitgevoerd zullen hierna worden gegeven (zie 5). De populariteit van de rechtseconomie en het innovatieve karakter ervan hangt ook samen met de zojuist besproken methode. Algemeen kan worden gesteld dat het belang van de rechtseconomie is geweest dat enerzijds aandacht werd gevraagd voor kosten van privaatrechtelijke regels en anderzijds voor het feit dat van rechtsregels bepaalde gedragseffecten kunnen uitgaan. Rechtseconomen wezen er dan ook op dat soms de door een rechtsregel beoogd effect niet zal worden bereikt omdat het recht in de praktijk juist een tegenovergesteld effect zou kunnen hebben.<sup>37</sup> Weer kan het consumentenrecht als voorbeeld dienen. Inzake misleidende reclame wordt soms *ex post* een verbod opgelegd een bepaalde reclame te gebruiken omdat deze individuele consumenten zou kunnen misleiden. Echter, wanneer de baten voor de consumenten die de betreffende reclame wel juist interpreteren uitstijgen boven de kosten van de kleinere groep die de reclame verkeerd interpreteert is een

---

<sup>35</sup> Zie ten aanzien van de regeling van de aansprakelijkheid van de exploitant van een kerninstallatie in België onder meer M. Faure en R. Van den Bergh, “Liability for nuclear accidents in Belgium from an interest group perspective”, *International Review of Law and Economics*, 1990, vol. 10, pp. 241-254; maar zie ook de belangwekkende proefschriften van T. Vanden Borre, *Efficiënte preventie in compensatie van catastroferisico's. Het voorbeeld van schade door kernongevallen*, Antwerpen, Intersentia, 2001 en T. Heldt, *A European legal framework for nuclear liability. Rethinking current approaches*, Antwerpen, Intersentia, 2015.

<sup>36</sup> Zie daarover G. De Geest, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht. Een onderzoek naar de wetenschappelijke waarde van de rechtseconomie*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, pp. 456-468.

<sup>37</sup> Dit probleem stond centraal in de Rotterdamse oratie van R. Van den Bergh, *Averchts recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000.

verbod inefficiënt en leidt het tot averechtse effecten.<sup>38</sup> Dat averechts effect bestaat hierin dat de wetgever een verbod invoert waarvan men meent dat dit welvaartverhogend zou werken. Omdat de groep van consumenten die de reclame wel juist interpreteert echter groter is dan de kleinere groep die de reclame verkeerd interpreteert wordt uiteindelijk een welvaartsverlies geleden door de grotere groep geen kans te bieden (via reclame) beter geïnformeerd te worden en dus over een grotere keuzevrijheid bij aankopen te beschikken.

Maar ook binnen de rechtseconomie zelf zijn er in de 60 jaar dat de beweging jong is, belangrijke ontwikkelingen geweest waardoor de kwaliteit van de rechtseconomische analyses alleen maar is toegenomen.

#### 4.1 Van efficiëntie naar kosteneffectiviteit

Van juridische zijde was er nogal eens kritiek op het gebruik van het efficiëntieconcept voor de analyse van rechtsregels. Het klassieke antwoord van juristen op de economische analyse was dat de econoom de jurist weinig kan leren omdat het in het recht niet, althans niet uitsluitend over efficiëntie gaat. Ook andere waarden zouden door het recht worden nagestreefd, waarbij vaak naar noties zoals rechtvaardigheid en billijkheid wordt verwezen.

Rechtseconomen antwoorden daarop doorgaans langs verschillende lijnen. In de eerste plaats wordt erop gewezen dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen een zogenaamde positieve economische analyse (waarbij economische analyse wordt gebruikt ter verklaring van rechtsregels of ter voorspelling van de effecten van rechtsregels) en de normatieve economische analyse (waarbij allocatieve efficiëntie als waarde voor de beoordeling van rechtsregels wordt gebruikt). Vele economische analyses zijn positief van aard en bieden inzichten bijvoorbeeld over verwachte effecten van de invoering van een no-fault verzekering voor verkeersslachtoffers, die ook voor juristen interessant kunnen zijn.<sup>39</sup> Wat de normatieve analyse betreft beklemtonen rechtseconomen dat efficiëntie weliswaar de norm is aan de hand waarvan de rechtseconoom rechtsregels zal beoordelen, maar dat betekent niet dat de econoom bijvoorbeeld zal beweren dat een inefficiënte rechtsregel uit het rechtssysteem zou moeten verdwijnen. Op beleidsniveau kan er immers voor worden gekozen om een inefficiënte regel te handhaven wanneer dit vanuit politiek perspectief wenselijk lijkt

---

<sup>38</sup> Aldus R. Van den Bergh, *Averchts recht*, p. 17.

<sup>39</sup> Zie R. Van den Bergh, "Automatische vergoeding van schade geleden door zwakke verkeersdeelnemers: een rechtseconomische kritiek", in M. Faure en T. Hartlief (red.), *Verkeersaansprakelijkheid in België en Nederland*, Antwerpen, Intersentia, 1998, pp. 27-74.

bijvoorbeeld omdat daardoor een door de politiek gewenste verdeling tot stand kan worden gebracht. De rechtseconomie zal derhalve niet stellen dat efficiëntie of welvaartsmaximalisatie de enige criteria zijn aan de hand waarvan rechtsregels dienen te worden beoordeeld (wel kan zo'n analyse inzicht bieden in de 'prijs' die moet worden betaald om notities zoals bijvoorbeeld rechtvaardigheid en billijkheid na te streven, indien deze afwijken van de efficiënte uitkomst (hetgeen lang niet altijd het geval blijkt te zijn)). Op dat vlak bestaat er wel een verschil tussen de benadering van (enkele) Amerikaanse rechtseconomen en de doorgaans in Europa gevolgde benadering. Kaplow en Shavell hebben in een indrukwekkend betoog in de *Harvard Law Review* (dat overigens ook als boek werd gepubliceerd)<sup>40</sup> betoogd dat het normatieve beginsel van de Pareto efficiëntie een beter criterium is voor beleidsvorming dan *fairness*, aangezien dat laatste concept in strijd zou kunnen zijn met welvaartsmaximalisatie. Europese rechtseconomen schromen er doorgaans voor terug het efficiëntieconcept als (enig) criterium voor beleidsvorming naar voren te schuiven en betogen veeleer dat efficiëntie bij de beleidsafweging een belangrijk criterium kan zijn.

Overigens is de rechtseconomie zeker niet alleen op het efficiëntieconcept gebaseerd. Rechtseconomen aanvaarden dat beleidsmakers bepaalde doelstellingen kunnen nastreven die niet altijd vanuit een efficiëntieconcept verklaard kunnen worden. Maar ook dan blijft de rechtseconomie van belang omdat de rechtseconoom kan aangeven hoe het door de beleidsmakers nagestreefde doel aan zo laag mogelijke kosten kan worden gerealiseerd. Het concept dat dan wordt gebruikt is veeleer kosteneffectiviteit in plaats van efficiëntie. De vraag wordt dan dus niet gesteld of het nagestreefde doel efficiënt is, maar hoe dat gestelde doel aan zo laag mogelijke kosten kan worden bereikt.

#### 4.2 Verdelingsvragen

Het is eveneens belangrijk te benadrukken dat ook wat verdelingsvragen betreft, rechtseconomie belangrijke inzichten kan bieden. Zoals hierboven reeds werd aangegeven kan de rechtseconomie, wanneer politici ervoor kiezen niet efficiëntie als norm voor wetgevend handelen te gebruiken, duidelijk maken dat bijvoorbeeld voor een verdelingswens een bepaalde prijs moet worden betaald. Ook is het mogelijk dat negatieve effecten (en dus ineffectiviteit) van een voorgenomen beleidsbeslissing kunnen worden aangetoond.

---

<sup>40</sup> L. Kaplow en S. Shavell, *Fairness versus welfare*, Harvard, Harvard University Press, 2006.

Daaruit blijkt dus dat het zeker niet zo is dat rechtseconomen niet in de verdelingseffecten van rechtsregels geïnteresseerd zijn. Bijvoorbeeld in een interessant onderzoek laten Garrett en Sobel zien dat de schadevergoeding in de VS aan slachtoffers van rampen door de Federal Emergency Management Agency (FEMA) voornamelijk naar staten gaat die ook een politieke steun aan de president bieden en dat het merendeel van de schadeloosstelling aan slachtoffers door politieke motieven is gemotiveerd en niet door de behoeften van slachtoffers.<sup>41</sup>

Dit voorbeeld leert dat ook voor juristen de economische analyse nuttig kan zijn omdat zij inzicht kan bieden in de kosten bijvoorbeeld ook van bepaalde herverdelende maatregelen. Daardoor kan dus onder meer duidelijk worden gemaakt dat een bepaald type wetgeving niet de zwakkeren in de maatschappij beschermt, maar veeleer bedoeld lijkt om de belangen van machtige groepen te dienen. Een interessant hieruit voortvloeiend inzicht is dat regulering niet steeds voldoende eisen stelt aan de te treffen voorzorgsmaatregelen door bijvoorbeeld producenten en dat in zulke gevallen het aansprakelijkheidsrecht aanvullende eisen zou kunnen stellen. Het enkele voldoen aan regulering moet vanuit economische optiek dan ook geen verweer tegen een aansprakelijkheidsclaim zijn; er moet worden beoordeeld of de betreffende laedens zorgvuldig genoeg is geweest in de gegeven omstandigheden. In de veronderstelling dat de civiele rechter minder bevattelijk is voor de invloed van belangengroepen dan de wetgever, kan het aansprakelijkheidsrecht via ongeschreven zorgvuldigheidsnormen dus mogelijke invloed van belangengroepen mitigeren. Een recent voorbeeld is de aansprakelijkheidszaak die door slachtoffers en nabestaanden van de schietpartij van 1 oktober 2017 in Las Vegas is ingesteld tegen de fabrikanten van *bump stocks*. Dat zijn - legale - apparaten waarmee semi-automatische wapens als een (niet-toegestaan) automatisch wapen kunnen worden gebruikt. De fabrikanten wordt nalatigheid verweten. Het is zeer wel mogelijk dat de regulering die *bump stocks* toestaat onder invloed van de machtige wapenlobby te lage eisen stelde en aansprakelijkheid zou hier een zinnige rol kunnen vervullen.

Ook kunnen oneigenlijke argumenten die door de wetgever worden aangedragen worden ontmaskerd. Zo kan in verband met het productaansprakelijkheidsrecht het argument dat een objectieve aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door producten tot meer

---

<sup>41</sup> Zie Th.A. Garrett en R.S. Sobel, "The political economy of FEMA disaster payments", *Economic Inquiry*, 2003, vol. 41(3), pp. 496-509.

consumentenbescherming leidt in die zin gerelativeerd worden dat ook kan worden aangetoond dat deze verschuiving in feite voornamelijk hogere inkomensgroepen ten goede zal komen (die immers meer zullen profiteren van een risicoaansprakelijkheid aangezien hun schade relatief hoger is).<sup>42</sup> Risicoaansprakelijkheid wordt betaald door alle consumenten terwijl hogere inkomensgroepen er relatief meer van profiteren.<sup>43</sup> De rechtseconomie kan dus een dergelijk negatief herverdelingseffect bloot leggen.

#### 4.3 Van rationale keuze naar behavioural law and economics

De oorspronkelijke in de jaren 60-70 ontwikkelde rechtseconomie leunde sterk op het rationale keuzemodel. Kort gezegd wordt er in dit model vanuit gegaan dat individuen rationele afwegingen maken en trachten op basis daarvan de oplossing te kiezen die hun eigen nut maximaliseert. Dit rationele keuzemodel is inmiddels onder vuur komen te liggen van gedragswetenschappers, die met een groot aantal empirische onderzoeken als ondersteuning, hebben aangetoond dat in vele situaties individuen hun verwacht nut helemaal niet maximaliseren. Bijvoorbeeld potentiële slachtoffers van een overstroming (zoals de inwoners van Louisiana) nemen geen overstromingsverzekering, hoewel het risico op overstroming hoog is en bovendien een via de Staat (het National Flood Insurance Plan) gesubsidieerde verzekering (dus tegen relatief lage kosten) beschikbaar is.<sup>44</sup> Dergelijke afwijkingen van het rationele keuzemodel (objectief gezien zou het immers *ex ante* nutsverhogend zijn om wel een overstromingsverzekering te nemen) worden door psychologen gekwalificeerd als “heuristics and biases” waaraan individuen onderhevig zijn.<sup>45</sup> Deze psychologische fenomenen zijn ook uitgebreid beschreven in de Nederlandse juridische literatuur, onder meer in de oratie van Ivo Giesen.<sup>46</sup> Zulke biases en heuristics kunnen onder meer leiden tot verkeerde risico-inschattingen, hetgeen op het terrein van de verzekeringen van groot belang kan zijn.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> M. Adams, “Produkthaftung – Wohltat oder Plage – eine ökonomische Analyse“, *Betriebs-berater*, Beilage 20/1987 zu Heft 31/1987, pp. 1-24.

<sup>43</sup> G. Priest, “The current insurance crisis and modern tort law”, *Yale Law Journal*, 1987, pp. 1521-1590.

<sup>44</sup> Na Katrina bleek slechts 40% van de inwoners van New Orleans een overstromingsverzekering te hebben (zie H. Kunreuther, “Mitigating disaster losses through insurance”, *Journal of Risk and Uncertainty*, 1996, vol. 12, p. 175. Voor zover de slachtoffers er op rekenen dat de overheid ze na de ramp toch wel schadeloos zal stellen, is het niet aanschaffen van een verzekering natuurlijk wel een rationale keuze. Immers, men bespaart de verzekeringspremie en krijgt toch compensatie voor de geleden schade.

<sup>45</sup> Zie desbetreffend vooral A. Tversky en D. Kahneman, “Judgment under uncertainty: heuristics and biases”, *Science*, 1974, vol. 185, pp. 1124-1131.

<sup>46</sup> I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2005, waarbij hij de effectiviteit van waarschuwingen vanuit de psychologische literatuur onderzoekt. Zie daarover ook de bijdragen in W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008.

<sup>47</sup> Zie daarover de bijdragen in P. Slovic (red.), *The perception of risk*, Londen, Earthscan, 2000.

Hoewel sommigen in deze behavioural theory een directe aanval hebben gezien op het klassieke rechtseconomisch gedachtegoed<sup>48</sup> en aartsvader Posner het rationele keuzemodel fanatiek heeft verdedigd<sup>49</sup> heeft het merendeel van de rechtseconomen de inzichten van gedragswetenschappelijk onderzoek meegenomen met het oog op een verfijning van het rechtseconomische paradigma. Christine Jolls, merkt in dit verband onder meer op dat “behavioural law and economics is not a critique of law and economics”.<sup>50</sup> Evenzo schrijft Tom Ulen, een bekend rechtseconoom, dat “behavioural law and economics does not attempt to undo any of the remarkable accomplishments of law and economics. Rather it is an attempt to refine”.<sup>51</sup> Dit heeft geleid tot een nieuwe beweging, ook de behavioural law and economics genoemd. Het gevolg daarvan is dat nu in klassieke rechtseconomische handboeken zoals dat van Cooter en Ulen, maar ook in andere handboeken<sup>52</sup> uitgebreid aandacht aan behavioural law and economics wordt besteed. Een voorbeeld ter verduidelijking: de *hindsight bias* houdt in dat het oordeel over iemands gedrag (bijvoorbeeld of hij zorgvuldig genoeg is geweest) kan worden beïnvloed door kennis over de vraag of dit gedrag al dan niet in schade heeft geresulteerd. Het gedrag kan dus als onzorgvuldiger worden gezien indien het tot schade heeft geleid. Aangezien ten tijde van het handelen nog niet bekend was of er schade zou ontstaan, zou het oordeel over het gedrag niet beïnvloed moeten worden door de uitkomst van dat gedrag. Rechters die in een aansprakelijkheidszaak moeten beoordelen of iemand zorgvuldig genoeg is geweest, weten echter al dat er schade is ontstaan, want anders was er helemaal geen rechtszaak geweest. De hindsight bias kan er dus toe leiden dat het gedrag aan een te strenge toets wordt onderworpen. Dit kan een reden zijn om risicoaansprakelijkheid te verkiezen, omdat daar geen rechterlijk oordeel over het gedrag van de laedens nodig is.

Op sommige terreinen, zoals dat van het aansprakelijkheidsrecht, leiden deze gedragswetenschappelijke inzichten niet onmiddellijk tot een noodzaak tot aanpassing van de economische modellen. Het bovenstaande voorbeeld over de hindsight bias kan uitstekend in het standaard model worden ingepast. In dat model bepalen diverse factoren of schuld- dan

---

<sup>48</sup> Zie desbetreffend vooral C.R. Sunstein, “Behavioural analysis of law”, *The University of Chicago Law Review*, 1997, vol. 64, p. 1194. Hij stelt dat “economic analysis of law has proceeded on the basis of inaccurate understandings of decision and choice”.

<sup>49</sup> R.A. Posner, “Rational choice, behavioural economics, and the law”, *Stanford Law Review*, 1998, vol. 50, pp. 1551-1575.

<sup>50</sup> Chr. Jolls, “Behavioural economic analysis of redistributive legal rules”, *Vanderbilt Law Review*, 1998, vol. 51, p. 1654.

<sup>51</sup> Th.S. Ulen, “The growing pains of behavioural law and economics”, *Vanderbilt Law Review*, 1998, vol. 51, p. 1748.

<sup>52</sup> Zie bijvoorbeeld H.-B. Schäfer en C. Ott, *The economic analysis of civil law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004, pp. 50-65.



wel risicoaansprakelijkheid beter is (denk aan informatieverschillen tussen rechter, laedens en gelaedeerde; de vraag of de laedens dan wel de gelaedeerde de schade beter kan spreiden; de vraag wiens activiteitsniveau het belangrijkste is; de systeemkosten van beide regels) en de hindsight bias kan aan deze catalogus worden toegevoegd.<sup>53</sup> Maar op andere terreinen, zoals dat van het consumentenrecht, biedt het gedragswetenschappelijk onderzoek belangwekkende inzichten. Zo wijst dit onderzoek er ondermeer op dat de benadering die lange tijd ook in het Europees consumentenrecht is gevolgd, namelijk om meer informatie aan de consumenten te verschaffen, bijvoorbeeld door de wijze van openbaarmaking van algemene voorwaarden te reguleren, grotendeels als zinloos dient te worden gekwalificeerd omdat consumenten deze algemene voorwaarden toch niet zullen gaan lezen.<sup>54</sup> Dit gedragswetenschappelijk onderzoek zou derhalve, meer bepaald wat het consumentenrecht betreft, tot een wijziging van de oorspronkelijke economische aanbevelingen leiden: in plaats van meer te focussen op informatievoorziening lijkt er wellicht meer plaats voor bijvoorbeeld regulering van algemene voorwaarden via overleg tussen ondernemingen en consumentenorganisaties (zoals dat bijvoorbeeld in Nederland in het kader van de SER plaatsvindt).

Hieruit volgt dat vandaag de gedragswetenschappelijke inzichten ook door rechtseconomen serieus worden genomen en waar nodig tot aanpassing van de oorspronkelijke inzichten aanleiding geven.<sup>55</sup>

#### 4.4 De empirische revolutie

Deels gerelateerd aan de ontwikkeling naar een behavioural law and economics, maar ook gedeeltelijk los daarvan is het feit dat de rechtseconomie vandaag, zeker in vergelijking met de oorsprong, veel empirischer is geworden. Inderdaad, een belangrijk voordeel van het betrekken van de gedragswetenschappelijke inzichten bij de economische analyse is dat vandaag (wellicht meer dan vroeger) aandacht wordt besteed aan de vraag in welke mate voor de rechtseconomische inzichten ook daadwerkelijk empirisch bewijs kan worden geleverd. Juist omdat behavioural law and economics per definitie een empirische wetenschap is heeft deze ontwikkeling alleen maar tot meer aandacht voor de empirie binnen de rechtseconomie geleid.

---

<sup>53</sup> Zie M. Faure, "Behavioural accident law and economics", *The Journal of Applied Economy*, 2010, pp. 11-68.

<sup>54</sup> Zie daarover meer bepaald H.A. Luth, *Behavioural economics in consumer policy. The economic analysis of standard terms in consumer contract revisited*, diss. EUR, Antwerpen, Intersentia, 2011.

<sup>55</sup> Zie verder over het belang van dit gedragswetenschappelijk onderzoek voor het privaatrecht W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag, Boom Juridische uitgever, 2008.

Deze aandacht voor de empirie binnen de rechtseconomie staat echter ook los van de behavioural law and economics. Waar de rechtseconomie in de jaren 60-70 in belangrijke mate bestond uit het ontwikkelen van modellen op basis van theoretische veronderstellingen, wordt nu ook in toenemende mate aandacht gevraagd voor een empirische toetsing van die uitgangspunten. De empirie wordt ook vaak gebruikt bij het toetsen van de (kosten)effectiviteit van bepaalde maatregelen. Wanneer de wetgever verwacht dat bijvoorbeeld van een beschermende maatregel een bepaald effect zal uitgaan, kan met (rechtseconomisch) empirisch onderzoek ook worden nagegaan of de door de wetgever beoogde effecten in de praktijk ook worden bereikt.

De belangstelling voor de empirie binnen de rechtseconomie kan uiteraard niet worden los gezien van de bredere belangstelling voor empirie in het kader van de zogenaamde “empirical legal studies”.<sup>56</sup> Maar daarnaast heeft zich ook de “empirical law and economics” ontwikkeld. Waarbij empirical legal studies vooral de vraag naar het empirische bewijs van bepaalde effecten van regulering voorop staat is bij empirical law and economics ook de vraag aan de orde in welke mate met empirische methoden ook de efficiëntie van bepaalde (ontwikkelingen in) het recht kan worden aangetoond. Er is volgens sommigen dan ook sprake van een ware “empirical revolution” in law and economics.<sup>57</sup> Het feit dat zowel binnen de juridische discipline een sterke belangstelling voor empirical legal studies is ontstaan en dat tegelijk binnen law and economics sprake was van een “empirical revolution” heeft de beide domeinen in zekere zin nader tot elkaar gebracht.<sup>58</sup>

## 5. Rechtseconomie in de Lage Landen

### 5.1 Doctrine

Zoals in de tweede paragraaf werd gesteld, heeft de rechtseconomie in Europa zeker niet zo een vlucht genomen als in de VS, maar toch mogen rechtseconomen in het Nederlands privaatrecht zeker niet klagen over gebrek aan aandacht. Niet alleen zijn er, reeds in het laatste decennium van de vorige eeuw, heel wat boeken en publicaties verschenen die zich richten op economische analyse van het Nederlandse privaatrecht; ook hebben vele

---

<sup>56</sup> Zie daarover onder meer R.M. Lawless, J.K. Robbennolt en T.S. Ulen, *Empirical methods in law*, Austin, Wolters Kluwer, 2010.

<sup>57</sup> Zie de titel van de gelijknamige oratie van Jon Klick aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

<sup>58</sup> Hoewel er ook nog duidelijke verschillen bestaan. Empirical law and economics maakt vooral gebruik van kwantitatieve en econometrische empirische methoden, terwijl empirical legal studies ook andere, bijvoorbeeld kwalitatieve methoden gebruikt.

privaatrechtjuristen die zich weliswaar zelf wellicht niet als rechtseconoom zouden kwalificeren toch regelmatig gebruik gemaakt van het rechtseconomisch gedachtegoed in hun publicaties. Het gebruik van rechtseconomische inzichten in het Nederlands privaatrecht is inmiddels zodanig ingeburgerd dat het onmogelijk zou zijn om een integraal overzicht te bieden. Wij volstaan dus met enkele voorbeelden.

Het eerste werk dat wij willen noemen dateert uit een periode lang voordat de rechtseconomie als zodanig is ontstaan. In zijn Leidse dissertatie uit 1930 (!) stelde Wertheim de preventiedoelstelling van het aansprakelijkheidsrecht namelijk reeds centraal: ‘(...) Ik beschouw het als de voornaamste taak van het recht, om voorschriften te geven, die ten doel hebben langs psychologischen weg de leden der maatschappij aldus te doen handelen, dat een summum van behoeftenbevrediging wordt bereikt. Het in het vooruitzicht stellen van loon en straf is hiervoor het aangewezen middel. Om het doel van een rechtsvoorschrift te begrijpen moet men zich niet blindstaren op de gevolgen van het toepassen van het voorschrift in het bijzondere geval, maar veel meer in aanmerking nemen welke werking het voorschrift langs psychologischen weg op ruime schaal uitoefent.’<sup>59</sup> Doel van het recht is volgens Wertheim dus het bereiken van een zo volledig mogelijke behoeftenbevrediging. Ongevallen houden nutsverlies in en dienen te worden vermeden. Via het aansprakelijkheidsrecht kunnen prikkels worden verstrekt waarmee het gedrag van mensen ten goede kan worden beïnvloed.

In de '90 jaren hebben de Rotterdammers Holzhauser en Teijl wellicht het eerste boek in Nederland op de markt gebracht over rechtseconomie waarin ook expliciet aandacht aan het privaatrecht werd besteed,<sup>60</sup> maar enkele jaren eerder had Van Dam in zijn Utrechtse dissertatie reeds rechtseconomische inzichten toegepast op het aansprakelijkheidsrecht.<sup>61</sup> In dezelfde periode verscheen ook een Utrechtse bundel die expliciet gewijd was aan het belang van de rechtseconomie voor het Nederlands privaatrecht.<sup>62</sup> In Leiden werd door Van Velthoven en Van Wijck een boek tot stand gebracht waarin algemener een economische

---

<sup>59</sup> W.F. Wertheim, *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (diss. Leiden), Leiden: N.V. Boek- en Steendrukkerij Eduard IJdo 1930, p. 24. Zie hierover ook H.O. Kerkmeester, ‘Een vergeten hoofdstuk uit het leven van W.F. Wertheim: zijn rechtseconomische proefschrift’, *Recht der Werkelijkheid* 1999, p. 1-32.

<sup>60</sup> R. Holzhauser en R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, 2e geheel herz. druk, Arnhem, Gouda Quint, 1995. Zij gaven bij Gouda Quint ook een reeks uit “Rechtseconomische Verkenningen” waarin verscheidene boekjes verschenen met toepassing van de rechtseconomie op het Nederlands privaatrecht. Zie bijvoorbeeld H. Kerkmeester en R.W. Holzhauser, *Rechtseconomische annotaties. Elf standaardarresten rechtseconomische becommentarieerd*, Deventer, Gouda Quint, 1999.

<sup>61</sup> C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en Aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

<sup>62</sup> Zie E.H. Hondius, J.J. Schippers en J.J. Siegers (red.), *Rechtseconomie en recht. Kennismaking met een vakgebied in opkomst*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991.

analyse van het recht werd geboden, maar tegelijk ook aandacht werd besteed aan specifieke aspecten van het Nederlands recht.<sup>63</sup> Zo wordt onder meer niet alleen de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen besproken, maar wordt dit ook toegepast op het Nederlands aansprakelijkheidsrecht.

Wanneer over het belang van rechtseconomie voor het Nederlands privaatrecht wordt gesproken kan eigenlijk ook niet voorbij worden gegaan aan het belangrijk werk van voormalig raadsheer in de Hoge Raad Auke Bloembergen die, als rechtseconoom avant la lettre, reeds in de '60 en '70 jaren had gewezen op de inefficiëntie van het aansprakelijkheidsrecht als vergoedingssysteem. Bloembergen stelde dat het aansprakelijkheidsrecht slechts voor een klein deel van de slachtoffers soelaas kan bieden en richtte zich vooral tegen een kostenverspillend gebruik van regresrechten.<sup>64</sup> Overigens zijn die inzichten van Bloembergen (die hij ook met cijfermateriaal ondersteunde) door recenter Amerikaans onderzoek bevestigd.<sup>65</sup>

Bijna geen enkele Nederlandse rechtenfaculteit liet zich onbetuigd in het rechtseconomisch debat, waarbij elk een specifiek accent legde. Zo verricht de Tilburgse hoogleraar Barendrecht gedurende vele jaren hoog interessant onderzoek over de efficiëntie van het procesrecht en hoewel hij zichzelf vermoedelijk geen rechtseconoom zou noemen maakt hij ruimschoots van rechtseconomische inzichten gebruik.<sup>66</sup> Onder diens begeleiding kwam ook een proefschrift tot stand van Wim Weterings over de afdoening van letselschadezaken waarin rechtseconomische inzichten gecombineerd worden met empirisch onderzoek.<sup>67</sup> Ook in (vele)

---

<sup>63</sup> B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, derde druk, Deventer, Kluwer, 2001.

<sup>64</sup> A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 1965; A.R. Bloembergen, "Nieuwe geluiden over het nieuwe ongevallenrecht", *NJB*, 1968, pp. 933-940 en pp. 961-968; A.R. Bloembergen, "Naar een nieuw verkeersongevallenrecht I", *NJB*, 1973, pp. 961-968. Rechtseconomen vinden het onrechtmatigedaadsrecht inderdaad niet het meest geschikte systeem voor slachtoffercompensatie. Wel waarschuwen rechtseconomen voor het eenvoudigweg vervangen van aansprakelijkheid door een no-fault verzekeringssysteem, omdat de hierboven genoemde gedragsprikkel uit het aansprakelijkheidsrecht dan verloren gaan. Empirisch onderzoek laat zien dat in zo'n geval het te verwachten is dat er meer en/of ernstiger ongevallen zullen plaatsvinden dan voor de afschaffing van aansprakelijkheid. Zie hierover onder meer D. Dewees, D. Duff en M.J. Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law. Taking the Facts Seriously*, New York: Oxford University Press 1996.

<sup>65</sup> Zie desbetreffend een uitstekende samenvatting bij B. van Velthoven, "Empirics of tort", in M. Faure (red.), *Tort law and economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, pp. 453-498.

<sup>66</sup> Zie bijvoorbeeld een recente bijdrage van M. Barendrecht, "Innovatie van civiele rechtspleging: de regie naar rechter en gebruiker", *NJB*, 2011, pp. 350-357, waarin onder meer gebruik wordt gemaakt van inzichten van Landes en Posner, evenals van de economen Shavell en Williamson.

<sup>67</sup> W. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afhandeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, diss.

andere Tilburgse dissertaties en publicaties op het terrein van het privaatrecht (proces)recht wordt ruimschoots van rechtseconomische inzichten gebruik gemaakt).<sup>68</sup> Eerder schreef Heico Kerkmeester in Rotterdam een dissertatie over recht en speltheorie<sup>69</sup> en analyseerde Louis Visscher het Nederlands aansprakelijkheidsrecht in zijn proefschrift.<sup>70</sup> In Utrecht promoveerde Ann-Sophie Vandenberghe op haar dissertatie betreffende het arbeidsrecht.<sup>71</sup>

Nieuwe inzichten heeft de rechtseconomie in het privaatrecht bijvoorbeeld geboden voor het in Nederland ook zeer populaire debat over de harmonisatie van het privaatrecht in Europa. Waar traditioneel juristen nogal eens enthousiast zijn voor Europese harmonisatie (en soms zelfs voor een Europees BW pleiten) laten rechtseconomische inzichten zien dat verschillen in rechtsregels ook belangrijke voordelen hebben, meer bepaald gerelateerd aan het feit dat rechtsregels beter kunnen corresponderen met de onderscheiden preferenties van de burgers.<sup>72</sup> Op het terrein van de milieuaansprakelijkheid werd door rechtseconomen gebruik gemaakt van de economische analyse van aansprakelijkheidsrecht zoals die onder meer door Shavell was geboden om aan te tonen dat een risicoaansprakelijkheid voor milieuverontreiniging betere prikkels tot preventie zal genereren<sup>73</sup> op voorwaarde dat een oplossing voor de potentiële insolventie van de schadeveroorzaker kan worden gezocht en gevonden.<sup>74</sup>

Ook in België zijn verscheidene rechtseconomen actief (geweest). Faure en Van den Bergh, van Belgische nationaliteit, maar docerend in Nederland, schreven onder meer in 1989 een op het werk van Shavell geïnspireerd boek over de economische analyse van het

---

Tilburg, 2004. Zie ook zijn recente W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007.

<sup>68</sup> Zie onder meer J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule*, diss. Tilburg 2002, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002 en R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. Tilburg 2005, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2005.

<sup>69</sup> H. Kerkmeester, *Recht en speltheorie. Een economisch model voor het ontstaan van staten en recht*, Lelystad, Vermande, 1989.

<sup>70</sup> L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlands onrechtmatige daadsrecht*, diss. EUR 2005, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006.

<sup>71</sup> A.I.M.B. Vandenberghe, *An Economic Analysis of Employment Law*, diss. Utrecht 2004, Cheltenham: Edward Elgar 2009.

<sup>72</sup> Zie desbetreffend T. Hartlief, "Harmonisation of European tort law. Some critical remarks", in M. Faure, J. Smits en H. Schneider (eds.), *Towards a European Ius Commune in legal education and research*, Antwerp, Intersentia, 2002, pp. 225-230; R.J. Van den Bergh en L.T. Visscher, "The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization?", *European Review of Private Law* 14 (4) 2006, p. 511-543; C. Cauffman, M.G. Faure en T. Hartlief, *Harmoniatie van het consumentencontractenrecht in Europa. Consequenties voor Nederland*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2009.

<sup>73</sup> A. Endres en B. Staiger, "Okonomische Aspekte des Umwelthaftungsrechts", in M. Ahrens en J. Simon (red.), *Umwelthaftung, Risikosteuerung und Versicherung*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1996, pp. 79-93.

<sup>74</sup> M. Faure en M. Peeters, "financiële zekerheden in het Nederlands milieurecht", *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade*, 2010, Vol. 4, pp. 136-145.

ongevallenrecht<sup>75</sup> en toonden ook aan dat de wijze waarop het foutconcept wordt geïnterpreteerd door het Belgische Hof van Cassatie in belangrijke mate overeenstemt met het economische zogenaamde “Learned Hand”-criterium.<sup>76</sup> Ruim 15 jaar later heeft Jef De Mot met enkele collega’s de Nederlandse zorgvuldigheidsnorm aan een vergelijkbaar onderzoek onderworpen.<sup>77</sup> Van den Bergh analyseerde ook andere aspecten van het Belgisch recht, waaronder het consumenten- en mededingingsrecht. Aan de Universiteit Gent werd belangwekkend rechtseconomisch onderzoek uitgevoerd door Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest en Ben Depoorter. De eerste is inmiddels met emeritaat en de laatste twee zijn niet langer meer in Gent werkzaam, maar in de Verenigde Staten. Enige tijd was Jef De Mot nog aan de Gentse Rechtenfaculteit verbonden, maar met diens vertrek is de rechtseconomie aan de Universiteit Gent nagenoeg uitgestorven. Lode Vereeck bekleedt een deeltijdsaanstelling aan de universiteit van Hasselt en is ook politiek actief. Hij publiceerde onder meer over de determinanten van zogenaamde “defensive medicine” in België,<sup>78</sup> over gerechtelijke achterstand<sup>79</sup> en over de mate waarin motorvoertuigen de externe kosten die zij veroorzaken ook internaliseren.<sup>80</sup> Aan de Katholieke Universiteit Leuven heeft Tinne Heremans, dochter van de econoom hoogleraar Dirk Heremans, een proefschrift geschreven over de beroepenregulering vanuit Europeesrechtelijk en rechtseconomisch perspectief.<sup>81</sup> Ook kan op een belangwekkend empirisch project worden gewezen dat in samenwerking tussen de Universiteit Gent en de Katholieke Universiteit Leuven onder meer werd uitgevoerd door de jurist Dr. Carole Billiet en de econoom Dr. Sandra Rousseau.<sup>82</sup> Zij ontwikkelden samen een database op basis van rechterlijke uitspraken in het milieurecht in het rechtsgebied Gent en publiceerden verscheidene empirische studies op basis van deze bestanden. Ten slotte kan op

---

<sup>75</sup> M. Faure en R. Van den Bergh, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen, Maklu, 1989.

<sup>76</sup> M. Faure en R. Van den Bergh, “Efficiënties van het foutcriterium in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht”, *Rechtskundig Weekblad*, 1987-1988, pp. 1105-1119.

<sup>77</sup> J.P.B. De Mot, A. Canta en V. Gangapersadising, ‘The Learned Hand Formula: The Case of the Netherlands’, (4) *Global Jurist Advances* 2004, p. 1-14.

<sup>78</sup> Zie T. Vandersteegen, W. Marneffe, I. Cleemput, D. Vandijck en L. Vereeck, “The determinants of defensive medicine practices in Belgium”, *Health Economics Policy and Law*, 2017, vol. 12(3), pp. 363-386.

<sup>79</sup> S. Bielen, L. Peeters, W. Marneffe en L. Vereeck, “Backlogs and litigation rates: testing congestion equilibrium across European judiciaries”, *International Review of Law and Economics*, 2017, 1-14.

<sup>80</sup> J. Roosen, W. Marneffe en L. Vereeck, “Internalising external costs of passenger vehicles in Flanders”, *International Journal of Transport Economics*, 2016, vol. 43(1-2), pp. 123-154.

<sup>81</sup> T. Heremans, *Professional services in the EU internal market: quality regulation and self-regulation*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

<sup>82</sup> Zie onder meer C. Billiet, T. Blondiau en S. Rousseau, “Punishing environmental crimes: an empirical study from lower courts to the courts of appeal”, *Regulation & Governance*, 2014, vol. 8(4), pp. 472-496; C. Billiet en S. Rousseau, “How real is the threat of imprisonment for environmental crime?”, *European Journal of Law and Economics*, 2014, vol. 37(2), pp. 183-198 en T. Blondiau, C. Billiet en S. Rousseau, “Comparison of criminal and administrative penalties for environmental offences”, *European Journal of Law and Economics*, 2015, vol. 39(1), pp. 11-35.

het belangrijke project van Arthur Deyvre in het kader van een ERC-grant worden geweest. Hij onderzoekt onder meer de samenwerking tussen het Europees Hof en nationale hoven en tracht de intensiteit van die samenwerking empirisch te analyseren.<sup>83</sup>

De interesse in rechtseconomische inzichten onder de ‘traditionele juristen’ blijkt ook uit het feit dat in het jaarlijkse congres van de Belgisch-Nederlandse *Ius Commune* onderzoeksschool regelmatig rechtseconomische papers worden gepresenteerd. Daarnaast hebben diverse juristenverenigingen rechtseconomen uitgenodigd om preadviezen te schrijven of anderszins deel te nemen aan hun jaarvergaderingen. Recente voorbeelden betreffen collectieve acties en procesfinanciering, terwijl in een wat grijzer verleden ook de relatie tussen verzekeringen en aansprakelijkheid aan de orde is gekomen.<sup>84</sup> En ook in de ANWB Smartengeldgids, dé toonaangevende publicatie voor praktijkjuristen op het terrein van smartengeld in Nederland, heeft de rechtseconomie haar intrede gedaan.<sup>85</sup>

## 6.2 Praktijk

De interesse voor de rechtseconomie beperkt zich in het Nederlands privaatrecht zeker niet tot de wetenschap. In de '90 jaren zijn er in het kader van SSR cursussen georganiseerd om de Nederlandse magistratuur vertrouwd te maken met de rechtseconomie. Hoewel die ongetwijfeld niet de impact hebben gehad van de cursussen die destijds door Henry Manne in de VS werden georganiseerd heeft dit minstens toch tot effect gehad dat (een deel van) de Nederlandse magistratuur met het rechtseconomisch gedachtegoed vertrouwd raakte.

Ook op beleidsniveau bestaat er belangstelling voor het economisch gedachtegoed. De Rotterdamse rechtseconoom Rob Teyl en de Leidenaar Peter van Wyck zijn beiden werkzaam op het Nederlandse Ministerie van Justitie en het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Justitie geeft regelmatig opdrachten

---

<sup>83</sup> Zie onder meer A. Deyvre, “Domestic judicial defiance and the authority of international legal regimes”, *European Journal of Law and Economics*, 2016, pp. 1-29.

<sup>84</sup> M.G. Faure en L.T. Visscher, ‘Een rechtseconomische visie op collectieve actie’. In *Collectieve acties. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht* 2015 (pp. 7-64). Zutphen: Paris; Bijdrage van L.T. Visscher, J.P.B. De Mot en M.G. Faure (‘Procesfinanciering door derden – een rechtseconomische bespreking’) aan de Jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 2016 ‘Procesfinanciering door derden: een oplossing of een probleem?’; R.J. Van den Bergh en M.G. Faure, ‘De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse’, in: *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid (preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Lelystad: Koninklijke Vermande bv 1990.

<sup>85</sup> L.T. Visscher, ‘Over stagnatie, achteruitgang, bevrozing en stilstaand water: hoe hoog zou smartengeld bij letselschade eigenlijk moeten zijn?’, In *Smartengeld : uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2015, p. 6-11.

aan onderzoekers waarbij expliciet gevraagd wordt om ook economische aspecten van privaatrechtregels bij het onderzoek te betrekken. Zo werd door Van Velthoven interessant onderzoek gedaan naar de praktijk van schikken en procederen in het Nederlandse procesrecht<sup>86</sup> en werd onderzoek gedaan naar de positie die Nederland zou moeten innemen op Europees niveau ten aanzien van het zogenaamd gemeenschappelijk referentiekader waarbij uitdrukkelijk aandacht werd besteed aan de economische inzichten aangaande de wenselijkheid van een harmonisatie van privaatrecht op Europees niveau.<sup>87</sup> Ook werd onderzoek gedaan naar de financiële vergoeding voor slachtoffers van natuurrampen<sup>88</sup> en naar de regeling van milieuaansprakelijkheid in Nederland<sup>89</sup> waarbij telkens de rechtseconomische inzichten ook werden betrokken. Aangezien vele van deze onderzoeken van beleidsvoorbereidende aard waren werden rechtseconomische overwegingen vervolgens ook op beleidsniveau meegenomen zodat ook op dat niveau het belang van de rechtseconomie lijkt te zijn doorgedrongen. Ook bijvoorbeeld over de vraag of een resultaatgericht beloningssysteem voor advocaten in Nederland zou moeten worden ingevoerd werd onderzoek verricht waarbij uitdrukkelijk de economische effecten van bepaalde beloningssystemen (uurtarief versus ‘no cure no pay’) werden belicht.<sup>90</sup> En zeer recentelijk heeft De Rechtspraak rechtseconomisch en empirisch onderzoek laten uitvoeren naar de sociale baten van de rechterlijke macht.

Bij diverse WODC-onderzoeken die niet door rechtseconomen zijn uitgevoerd, worden rechtseconomen in de begeleidingscommissie gevraagd om op die wijze toch de rechtseconomische inbreng te borgen. Hetzelfde geldt voor onderzoeken van Belspo. Ook heeft de Nederlandse Academie voor Wetgeving in haar master voor wetgevingsjuristen een module Rechtseconomie opgenomen, waarin Rotterdamse rechtseconomen de wetgevingsjuristen-in-opleiding informeren over de relevantie van de rechtseconomie voor de wetgever.

---

<sup>86</sup> B. van Velthoven en M. Ter Voert, *De geschilbeslechtingdelta 2003*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2004.

<sup>87</sup> Zie C. Cauffman, M. Faure en T. Hartlief, *Harmonisatie van het Consumentencontractenrecht in Europa. Consequenties voor Nederland*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2009.

<sup>88</sup> M.G. Faure en T. Hartlief, *Financiële voorzieningen na rampen in het buitenland*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006.

<sup>89</sup> M.G. Faure, M. Peeters, N. Philipsen en K. De Smedt, *Milieuaansprakelijkheid goed geregeld?*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2010.

<sup>90</sup> M.G. Faure, F.J. Fernhout en N.J. Philipsen, *Resultaatgerelateerde Beloningssystemen voor Advocaten. Een Vergelijkende Beschrijving van Beloningssystemen voor Advocaten in een Aantal Landen van de Europese Unie en Hong Kong*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2009.



## 6. Slot

In deze bijdrage kon slechts een eerste impressie van het fascinerende domein van de rechtseconomie worden geboden. De bedoeling was vooral om de ontwikkeling van de rechtseconomie in de VS, maar ook in Europa en specifiek in België en Nederland te schetsen. Zoals in de laatste paragraaf werd geschetst is het nauwelijks nodig om in België en Nederland nog een marketing verhaal pro rechtseconomie te houden. Het belang van de rechtseconomie heeft in België en Nederland wellicht nog niet dat van de VS bereikt, maar toch speelt de rechtseconomie al een belangrijke rol, zeker in de academische wereld en op beleidsniveau, maar wellicht nog in mindere mate bij de magistratuur.<sup>91</sup> Een van de redenen waarom de rechtseconomie wellicht in België en Nederland een van de populairste “law and ...” bewegingen is geworden is vermoedelijk dat het enerzijds vrij eenvoudig is, ook voor niet in economie of wiskunde geschoolde juristen, om de rechtseconomische inzichten mee te nemen. Het voordeel zowel voor de academisch geïnteresseerde als voor de beleidsmaker is dat de rechtseconomie een toetsingskader biedt aan de hand waarvan rechtsregels kunnen worden beoordeeld, meer bepaald door het gebruik van het efficiëntieconcept en kosten/baten-analyses. Het toenemend belang van empirisch onderzoek heeft ook het voordeel dat daardoor effecten van rechtsregels kunnen worden blootgelegd. Het voordeel van de rechtseconomie is daarenboven dat geen vage bespiegelingen bijvoorbeeld over wenselijk recht worden geboden, maar zeer concrete analyses die aangeven wat de economische effecten van bepaalde rechtsregels zijn.

De rechtseconomie kan bovendien op bijna alle privaatrechtelijke domeinen worden toegepast en levert hypotheses die ook empirisch getest kunnen worden en ook getest zijn. Interessant is vooral dat recent de rechtseconomie verweven wordt met gedragswetenschappelijke inzichten in een nieuwe behavioural law and economics beweging, die in feite geen kritiek op de rechtseconomie vormt, maar alleen toelaat om de rechtseconomische inzichten verder te verfijnen en beter te toetsen aan de werkelijkheid.

Op basis hiervan kan met enige voorzichtigheid en gevoel voor optimisme een grote toekomst voor de rechtseconomie in de Lage Landen worden voorspeld.

---

<sup>91</sup> Maar andere delen van de rechtspraak, zoals de Nederlandse Orde van Advocaten en het Notariaat evenals de Nederlandse verzekeraars hebben wel het belang van de rechtseconomie ingezien en doen regelmatig een beroep op rechtseconomisch onderzoek.