

## Tilburg University

### De beschuldigingsvalkuil in contractuele samenwerkingsvormen

de Hoon, M.W.

*Published in:*  
Capita civilologie

*Publication date:*  
2013

*Document Version*  
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
de Hoon, M. W. (2013). De beschuldigingsvalkuil in contractuele samenwerkingsvormen: Valt er aan te ontkomen? In W. H. van Boom, I. Giesen, & A. J. Verheij (Eds.), *Capita civilologie: Handboek empirie en privaatrecht* (pp. 365-385). Boom Juridische Uitgevers.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# De beschuldigingsvalkuil in contractuele samenwerkingsvormen: valt er aan te ontkomen?

M.W. de Hoon<sup>1</sup>

## Samenvatting

*Het doel van dit hoofdstuk is te analyseren of het contractenrecht aanpassing behoeft met het oog op het attributie gedrag van mensen. Ik maak hierbij gebruik van inzichten uit de sociale psychologie. Het vellen van morele oordelen ligt dicht bij een activiteit die we automatisch verrichten: het conceptualiseren van gebeurtenissen in oorzaken en gevolgen. Het blijkt dat mensen automatisch aan zelfrechtvaardiging doen. Onbewust verklaren we gedrag en keuzes op een manier die voor ons prettig is. Deze inzichten werpen de vraag op of ons contractenrecht niet teveel uitgaat van een rationeel denkende mens. Er zitten haken en ogen aan deze interdisciplinaire exercitie, maar de uitkomsten kunnen wel betekenen dat een aantal privaatrechtelijke regels beter op het gedrag van mensen afgestemd kan worden. Mogelijke denkrichtingen zijn: contracten als instrumenten om relaties te managen, een goede exit route, het vermijden van onnodig polariserende juridische instrumenten, andere verdelingsmaatstaven en meer aandacht voor de sociale factoren die een rol spelen bij het ontstaan van het conflict.*

## 1. Inleiding

“Er zijn fouten gemaakt (maar niet door mij)”. Met deze veelzeggende titel houden de Amerikaanse psychologen Carol Tavis en Elliot Aronson ons een confronterende spiegel voor.<sup>2</sup> Tavis en Aronson maken, aan de hand van wetenschappelijk onderzoek, inzichtelijk hoe zelfrechtvaardiging werkt. We hebben de neiging ons gedrag te verdedigen en te rechtvaardigen en de verantwoordelijkheid voor slechte beslissingen af te schuiven. Dit doen we niet bewust: het is een menselijke neiging waar, volgens Tavis en Aronson, niet (of slechts met moeite) aan te ontkomen valt. Onbewust verklaren we gedrag en keuzes op een manier die voor onszelf prettig is.<sup>3</sup> Ons geheugen werkt kennelijk zo dat we alleen dingen onthouden die voor ons ego in een gunstige richting wijzen. Van wat werkelijk gebeurd is, onthouden we een versie die wordt vervormd op een manier dat we prettig in de spiegel kunnen kijken.

Het gaat hier om de attributietheorie, een bekende theorie uit de sociale psychologie, die (in de meest brede betekenis) beschrijft hoe mensen oorzaken toeschrijven aan gebeurtenissen of gedragingen. De betekenis van deze theorie voor het recht is al eerder besproken, bijvoorbeeld als het gaat om causaliteitstoerekening in het aansprakelijkheidsrecht.<sup>4</sup> Wat, voor zover mij bekend, nog niet beschreven is, is de betekenis van deze theorie voor het contractenrecht en de inrichting van contracten. Bij het maken van een vertaalslag van kennis uit de ene wetenschap naar de andere kan

---

<sup>1</sup> Mr. dr. M.W. de Hoon is als Universitair Hoofddocent verbonden aan de Tilburg Law School; ook is ze als rechter-plaatsvervanger actief bij de Rechtbank Oost-Brabant. Dit hoofdstuk is een herziene versie van “Schuld in het contractenrecht: Een exercitie naar een verbeterde samenhang tussen regels en gedrag”, in: W.H. van Boom, I. Giesen en A. Verheij, *Gedrag en Privaatrecht: Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, 2008, p.131-151.

<sup>2</sup> Tavis & Aronson 2011. Zie voor de niet vertaalde versie Tavis & Aronson 2007.

<sup>3</sup> De neiging tot zelfrechtvaardiging wordt in de sociale psychologie ook wel aangeduid als cognitieve dissonantie, zie hiervoor Festinger 1957. Nadien zijn er andere publicaties verschenen over cognitieve dissonantie, zie voor een bespreking van de meest toonaangevende experimenten Tavis & Aronson 2011, hoofdstuk 2.

<sup>4</sup> Zie hiervoor de bijdrage van Giesen aan deze bundel.

een hoop mis gaan. Voorzichtigheid is dus op zijn plaats. Tegelijkertijd is het moeilijk voor te stellen dat het contractenrecht (dat gaat over samenwerkingsvormen tussen mensen) niets zou kunnen leren van deze inzichten uit de sociale psychologie.

Neem het echtscheidingsrecht. Al enige tijd kan in Nederland een echtscheiding uitgesproken worden als sprake is van een duurzame ontwrichting van een huwelijk. De schuldvraag is daarmee niet volledig onbelangrijk geworden, maar wel naar de achtergrond gebracht.<sup>5</sup> Het oude systeem was te zeer gericht op het aanwijzen van een schuldige, terwijl in veruit de meeste gevallen beide echtgenoten een aandeel hebben in het stuklopen van de relatie. Daarnaast zijn beide echtgenoten (en het meest de betrokken kinderen) gebaat bij een afwikkeling zonder al te veel modder-gooien. Een soortgelijke ontwikkeling heeft zich niet voorgedaan in contractenrecht. En zo kan het gebeuren dat samenwerkingspartners na een lange en intensieve samenwerking verzanden in een langdurig en kostbaar conflict.<sup>6</sup> In plaats van oog te hebben voor een toekomstgerichte oplossing van de problemen, buitelen de contractanten over elkaar heen met beschuldigingen en verwijten.

“Hoort er nu eenmaal bij”, zo zou je kunnen denken. Of: “iets voor psychologen en mediators, niet voor juristen”. Maar als je uitgaat van de gedachte dat het sluiten van een contract geen doel op zich is, maar veel meer een instrument dat dient ter ondersteuning van het doel dat partijen voor ogen hadden toen ze ervoor kozen de samenwerking aan te gaan, is er meer aan de hand. De meeste contracten (en het contractenrecht) gaan namelijk uit van de veronderstelling dat mensen rationeel denkende wezens zijn, die gedrag van zichzelf en anderen objectief kunnen verklaren in termen van oorzaken en gevolgen. Het lijkt erop alsof deze gedragspresumptie niet juist is. Dit hoofdstuk heeft als doel te analyseren of het contractenrecht aanpassing behoeft met het oog op het attributiegedrag van mensen. Ik focus me hierbij in het bijzonder op het proces van beschuldigen

Het vellen van morele oordelen is een betrekkelijk afgebakend gebied binnen de bredere attributieleer.<sup>7</sup> Het toerekenen van een bepaald gevolg aan een oorzaak kan immers ook zonder een moreel oordeel te vellen, wat dat betreft is er geen verschil tussen het juridische begrip toerekening, en dit begrip zoals dat gebruikt wordt in de sociale psychologie. Het gaat in dit hoofdstuk om de stap waarin dat morele oordeel wél geveld wordt.<sup>8</sup> Ik vang aan met een kort overzicht van de belangrijkste contractuele regels over schuld (paragraaf 2). Daarna volgt een beknopte weergave van inzichten uit de sociale psychologie over schuld (paragraaf 3). In paragraaf 4 stel ik de beschuldigingsvalkuil aan de orde, waarna ik in paragraaf 5 inga op de vraag of regels en gedrag beter op elkaar afgestemd kunnen worden. In paragraaf 6 sluit ik af met een samenvatting van de belangrijkste uitkomsten.

## 2. Schuld in het contractenrecht

De meest belangrijke ‘schuld’-bepalingen in het algemene contractenrecht zijn de artikelen 6:74 en 6:75 BW. Iedere tekortkoming in de nakoming verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij zij niet is te wijten aan schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of de verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Daarmee zijn niet alle tekortkomingssituaties onder de schuldnoemer te brengen, maar de meeste wel. De artikelen. 6:81

---

<sup>5</sup> Zie voor een kritisch betoog over het criterium duurzame ontwrichting het artikel van Pel (Pel 1999, p. 639 e.v.). Volgens Pel kan het criterium beter van het toneel verdwijnen, omdat het alleen maar afleidt van waar het werkelijk om gaat: het regelen van de gevolgen van de echtscheiding. In internationaal verband (*Principles on Divorce* van de *Commission on European Family Law*) is schuldloze echtscheidingsgrond een belangrijk thema, zie hierover Antokolskaia 2006.

<sup>6</sup> Zie eerder (en uitvoeriger) De Hoon 2005.

<sup>7</sup> Zie voor een overzicht Alicke 2000, p. 556. Hoewel de begrippen *blame*, *responsibility* en *attribution* niet altijd even goed te onderscheiden zijn, lijkt *blame* een species te zijn van *attribution*, althans dat is het in Shaver’s model, een vaak geciteerd model over causale attributie (Shaver 1985). Meer hierover volgt in paragraaf 3.1.

<sup>8</sup> Zie voor de fase daarvoor (de attributiefase) de bijdrage van Giesen in deze bundel.

tot en met 6:83 BW geven aan wanneer de schuldvraag begint te spelen. De belangrijkste regel in deze bepalingen is die van de ingebrekestelling. Als de schuldenaar na een schriftelijke aanmaning tot nakoming alsnog niet nakomt, treedt verzuim in. Verzuim is de juridische toestand die nodig is om schadevergoeding te vorderen op basis van artikel 6:74 BW, tenzij de nakoming blijvend onmogelijk is.

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

'Schuld' is ook een belangrijk thema in het arbeidsrecht. Uiteraard bij de eenzijdige beëindiging, waar schuld de factor C in de kantonrechtersformule bepaalt, maar ook bij schade ontstaan door of bij de werknemer tijdens de uitoefening van werkzaamheden. Daarnaast is er een tweetal algemene schadevergoedingsbepalingen die ook in een contractuele relatie voor een schuld discussie kunnen zorgen. In de eerste plaats is dat artikel 6:98 BW. Bij de invulling van de open maatstaf van toerekening, is onder meer de aard van de aansprakelijkheid van belang. In het algemeen geldt: hoe hoger de schuldgraad, hoe ruimer de toerekening. Nu geldt dit in het bijzonder voor buitencontractuele situaties waarbij sprake is van schending van verkeers- en veiligheidsnormen, maar ook binnen contractuele relaties zal de mate van schuld van belang zijn voor de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt en welke niet. Iets vergelijkbaars geldt voor artikel 6:101 BW, de bepaling voor eigen schuld.

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

Nog altijd illustratief is de inmiddels klassiek ten noemen zaak *Latour/De Bruijn*.<sup>9</sup> Na een samenwerking van 100 jaren zegt leverancier Latour de samenwerking met De Bruijn op. In tweede aanleg toetste het Hof de -dan overleefde- twee, door Latour aangevoerde redenen voor opzegging op zwaarwichtigheid. De eerste reden kwam er kort gezegd op neer dat De Bruijn zich niet hield aan de prijsafspraken, de tweede - vrij vertaald - was de niet erg constructieve houding van De Bruijn tijdens besprekingen over veranderingen. Geen van de gronden kon de toets doorstaan; de eerste wegens gebrek aan bewijs, de tweede was volgens het hof geen zwaarwegende reden voor de opzegging.

In cassatie speelde vervolgens de meer principiële vraag of voor de opzegging van een commerciële duurovereenkomst überhaupt een grond nodig is; een vraag waar de Hoge Raad zich zo'n twaalf jaar later nog eens over uitliet.<sup>10</sup> Het antwoord op deze vraag is voor nu even minder relevant. Relevanter is de vraag waarom Latour ervoor koos de samenwerking op te zeggen wegens verwijtbare misdragingen aan de zijde van De Bruijn. Afzetmarkten veranderen in een verloop van meer dan honderd jaren, het zal weinig moeite kosten anderen daarvan te overtuigen. In dat er in een samenwerking soms wat zaken gaan 'schuren' ook. Dat neemt niet weg dat een bedrijfseconomische reden ook een hele goede reden kan zijn om een samenwerking op te zeggen.

---

<sup>9</sup> HR 3-12-1999, NJ 2000/120 (*Latour/De Bruijn*).

<sup>10</sup> HR 28-10-2011, NJ 2012/685 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*).

Waarom dan toch de schuldroute gekozen? Daar zijn ongetwijfeld proces-technische redenen voor en misschien nog andere redenen die niet door lezing van het arrest achterhaald kunnen worden. Toch is het opmerkelijk dat deze zaak (waar het ging om een samenwerking van meer dan 100 jaren) gedomineerd werd door de vraag wie welke afspraak uit het verleden niet nagekomen was.

### 3. Schuld in de sociale psychologie

#### 3.1 Attributie, cognitieve dissonantie en 'blame'

Binnen de (sociale) psychologie is onderzoek verricht naar schuld. Schuld is een onderdeel van attributietheorie; een theorie die (in de meest brede betekenis) beschrijft hoe mensen oorzaken toeschrijven aan gebeurtenissen of gedragingen.<sup>11</sup> Mensen attribueren op een wijze die prettig is voor het eigen zelfbeeld: successen worden toegeschreven aan interne factoren (kwaliteiten en vaardigheden), terwijl mislukkingen worden toegeschreven aan externe factoren (het slechte weer, het gedrag van anderen, etc). Attribueren wordt om die reden ook wel omschreven als het gebruik van uitvluchten om handelwijze te rechtvaardigen.

Het zoeken van uitvluchten om eigen handelen en keuzes te rechtvaardigen kan worden verklaard door een spanning die optreedt door twee cognities (bv. emoties, gedachten, gedragingen) die worden waargenomen en die onverenigbaar zijn. Volgens de theorie van de cognitieve dissonantie voelen mensen een sterke drang om dissonanties te verkleinen door hun opvattingen of gedrag aan te passen of te rationaliseren.<sup>12</sup> Ook hier speelt het behoud van het eigen positieve zelfbeeld vaak een cruciale rol. Vaak bestaat de dissonantie uit het positieve zelfbeeld ('ik ben een intelligent mens') en een keuze die achteraf bezien ongunstig uitpakt ('ik heb mijn huis en al mijn bezittingen weggeven omdat ik een profeet geloofde die het einde van de wereld voorspelde'). Slechte beslissingen of kwetsend gedrag worden gerechtvaardigd door gedachten als: 'ik kon niet anders', 'iedereen doet het', 'ik heb gedaan wat het beste was voor mijn werknemers', etc). Hiermee bagatelliseren we onze eigen fouten en slechte beslissingen, *als* we ze al waarnemen.

In het verlengde hiervan ligt het onderzoek naar schuld. Veel onderzoek naar 'de psychologie van schuld' is 'toegepaste literatuur', en heeft betrekking op daders en slachtoffers van ernstige strafrechtelijke delicten: waarom bijvoorbeeld sommige daders meer schuld lijken te hebben dan anderen, terwijl daar geen goede rationele verklaring voor is, hoe de buitenwereld tegen slachtoffers aankijkt, welke psychologische valkuilen er zijn bij een daderidentificatie door ooggetuigen en welke rol factoren als uiterlijk, karakter en achtergrond hebben bij daders, slachtoffers en *observers*.<sup>13</sup> Maar er is ook literatuur over het proces van beschuldigen in het algemeen.<sup>14</sup> Wat gebeurt er als mensen een moreel oordeel vormen over goed of slecht? Welke motieven hebben mensen voor het vellen van een moreel oordeel? Welke denkfouten maken mensen? Wat doet het met mensen als ze geconfronteerd worden met een beschuldiging? Ik geef de hoofdlijnen weer.

#### 3.2 Het proces van beschuldigen: intuïtie

Shaver deed onderzoek naar het proces van beschuldigen. Hij onderscheidt drie vragen die mensen stellen als ze geconfronteerd worden met een vervelende gebeurtenis: 1) *What is the cause?* 2) *Who is responsible?* en 3) *Who is to blame?*<sup>15</sup> Het vellen van een moreel oordeel over goed of slecht gedrag vindt plaats bij beantwoording van de laatste vraag. Wat gebeurt er als mensen een moreel

---

<sup>11</sup> Heider wordt beschouwd als een belangrijke grondlegger van de attributietheorie, zie Heider 1958. Zie voor meer verwijzingen de bijdrage van Giesen aan deze bundel.

<sup>12</sup> Festinger 1957.

<sup>13</sup> Een goed beeld van de verschillende onderzoeken op deze (met name strafrechtelijke) terreinen geeft Rassin (Rassin 2005). Zie verder het overzicht van Alicke (Alicke 2000, p. 556).

<sup>14</sup> Zie hiervoor Haidt 2001, Alicke 2000, Solan 2003, Shaver 1985 en Van Koppen & Hessing 2002.

<sup>15</sup> Shaver 1985, p. 10.

oordeel (bijvoorbeeld over goed of slecht gedrag) vellen? In de sociale psychologie bestaan een aantal modellen die dit proces weergeven.<sup>16</sup> Een veelgenoemd model is een model waarbij intuïtie gecombineerd wordt met ratio, maar dat laatste vooral om het intuïtieve oordeel te bevestigen.<sup>17</sup>

Een moreel oordeel is het resultaat van een evaluatie van het gedrag of het karakter van een ander. Die evaluatie vindt plaats tegen een achtergrond van normen en waarden die in een bepaalde (sub)cultuur door de meeste mensen geaccepteerd worden.<sup>18</sup> Naar het blijkt moeten we ons van die evaluatie niet al te veel voorstellen. Het is in ieder geval geen objectieve afweging van argumenten. Volgens Haidt en Solan worden morele oordelen doorgaans op basis van intuïtie gevormd, niet op basis van ratio en een objectieve afweging van argumenten.<sup>19</sup> Die intuïtie komt voort uit het gegeven dat we geneigd zijn de wereld te conceptualiseren in gebeurtenissen, en gebeurtenissen conceptualiseren we op hun beurt in termen van oorzaak en gevolg.<sup>20</sup> We doen dit omdat het ons wat oplevert. Het maakt de dingen namelijk begrijpelijk en controleerbaar, iets waar veel mensen behoefte aan hebben.<sup>21</sup> Op zichzelf een nuttig proces dus, en morele oordelen (goed of slecht) *hoeven* er niet aan te pas te komen. Maar meestal gaat een oorzaak-gevolg gedachte wel gepaard met een morele afweging over goed of slecht.

Een verklaring is dat de stap van de oorzaak-gevolg gedachte naar een moreel oordeel niet erg groot is. Een moreel oordeel bestaat, volgens de sociaal psychologen, slechts uit drie ingrediënten: 1) de oorzaak-gevolg gedachte, 2) een slechte/ongewenste uitkomst en 3) een *state of mind*.<sup>22</sup> Kort gezegd komt het erop neer dat de confrontatie met een ongewenste situatie die mede is veroorzaakt door het gedrag van een ander, terwijl die ander beter had moeten weten, voldoende is om een beschuldiging te uiten. Door onze natuurlijke neiging de dingen te structureren in oorzaken en gevolgen, is de confrontatie met een ongewenste situatie alleen al een 'trigger' voor schuld. Het enige wat nog ontbreekt, is de veronderstelling dat iemand beter had moeten weten (een *culpable mind*). Zoals boven omschreven zijn we, wat dit laatste betreft, snel geneigd ons eigen gedrag te rechtvaardigen. Als het aankomt op teleurstellingen of niet uitgekomen verwachting ligt het, kortom, niet aan ons, maar aan die ander.

### 3.3 Het proces van beschuldigen: *post hoc reasoning*

De volgende stap is dat het intuïtieve oordeel wordt gerechtvaardigd door een redenering achteraf. *Post hoc reasoning* wordt dat genoemd.<sup>23</sup> Het beredeneren van een negatief oordeel over iemand heeft volgens Haidt meer weg van een advocaat die een cliënt verdedigt, dan van een rechter die op zoek is naar de waarheid. Het intuïtieve oordeel is in dit geval de cliënt die verdedigd moet worden. Argumenten en interpretaties van feiten die het intuïtieve oordeel bevestigen, dringen naar de

---

<sup>16</sup> Zie voor een overzicht Haidt 2001, p. 814-816.

<sup>17</sup> Deze theorie wordt wel aangeduid als de *Dual Process Theory*. Zie over deze theorie in het bijzonder de werken van Haidt 2001, Solan 2003 en Shweder & Haidt 1993. Een ander geluid komt onder meer van Kohlberg (Kohlberg 1969). Kohlberg concludeert op basis van testen dat mensen door middel van *role-taking* als een soort rechter argumenten wegen over onderwerpen als rechtvaardigheid en verwerpelijk of juist wenselijk gedrag. Zie voor meer verwijzingen naar verschillende theorieën Haidt 2001 en Pizarro & Bloom 2003.

<sup>18</sup> Zie hiervoor Shaver 1985, p. 72-74.

<sup>19</sup> "Rather than following the ancient Greek in worshipping reason, we should instead look for the roots of human intelligence, rationality and virtue in what the mind does best: perception, intuition, and other mental operations that are quick, effortless, and generally quite accurate", Haidt 2001, p. 814; Zie ook Solan 2003. Overigens gaat de veelgemaakte tegenstelling tussen emotie en cognitie hier niet op. Intuïtie is ook een vorm van cognitie, alleen een veel snellere en minder zorgvuldige afweging, aldus de onderzoekers.

<sup>20</sup> "The presence of the blame impulse's building blocks in everyday (life) though may, at least to some extent, explain some of the reasons it is so easily triggered", aldus Solan 2003, p. 1012. Zie ook Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 93 en Hauser 2006.

<sup>21</sup> Alicke 2000, p. 556 e.v. Zie ook Van Koppen & Hessing 2002.

<sup>22</sup> Alicke 2000, p. 557; Solan 2003, p. 1006-1020; Solan 2005 en Knobe 2005. Een iets andere opsomming geeft Shaver (Shaver 1985, p. 160), hoewel ook hier de drie genoemde aspecten herkenbaar zijn.

<sup>23</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld Haidt 2001, p. 820.

voorgond en tegengestelde 'bewijzen' verdwijnen zoveel mogelijk naar de achtergrond (*biased information search*). Het is, volgens de kenners, een onbewust proces, zelfs als mensen doordrongen zijn van de noodzaak een afweging in uiterste objectiviteit te maken.<sup>24</sup>

Bij de waarneming gaat het dus al mis, maar ons geheugen blijkt ook geen betrouwbare bron te zijn voor gebeurtenissen. Met de veelzeggende titel "Het geheugen, de partijdige geschiedschrijver" beschrijven Tavis & Aronson hoe ons geheugen ons helpt bij ons onbewuste verlangen om ons positieve zelfbeeld in stand te houden.<sup>25</sup> Wat wij ons herinneren, wordt geboetseerd en bijgewerkt in een versie die ons welgevallig is. Het vervormt wat werkelijk gebeurd is. Ook dit is een onbewust proces. Het maakt ons ongeschikt om een werkelijk goede inschatting te maken van ons aandeel (en dat van de ander) als het aankomt op bijvoorbeeld het klaren van een klus. Het verklaart de uitkomsten van onderzoeken naar de bijdrage van mannen en vrouwen in huishoudelijke taken. Veel mannen zeggen: 'ik doe best veel, zo'n 40 %', terwijl vrouwen zeggen: 'ik doe veruit het meest, minstens 80 %'.

### 3.4 Motieven voor een *biased information search*

Het bovenstaande klinkt niet erg bemoedigend. We zijn kennelijk niet in staat objectief gewogen oordelen te vellen over (het gedrag van) anderen. Hoe komt dat? De belangrijke drijfveer is al vaker genoemd: het gaat ons om bevestiging van het positieve zelfbeeld. De fundamentele attributiefout en de neiging tot zelfrechtvaardiging zijn twee uitingen van een sterk heersende behoefte om het beeld dat we van onszelf hebben op te poetsen. Negentig procent van de automobilisten rekent zichzelf tot de beste vijftig procent, en een kwart van de middelbare scholieren vindt dat hij of zij wat betreft leidinggevende capaciteiten bij de beste één procent hoort.<sup>26</sup> Vooral mensen met macht blijken last te hebben van een voortdurende neiging het positieve zelfbeeld te bevestigen.<sup>27</sup>

Daarnaast zijn er nog andere drijfveren die maken dat we slechte beoordelaars zijn.<sup>28</sup> De eerste drijfveer is een behoefte aan saamhorigheid en harmonie. Deze behoefte maakt dat we de neiging hebben om het 'bij voorbaat' eens te zijn met vrienden en oneens te zijn met andersgestemden. We willen er graag bij horen, daar komt het kort gezegd op neer. In feite is het terug te voeren op het derde motief: de bevestiging van een positief zelfbeeld. Acceptatie van een groep gelijkgestemden geeft ons voldoening omdat we daardoor het gevoel krijgen goed bezig te zijn. Het groepseffect werkt bovendien versterkend. Mensen zijn in ieder geval, ongeacht een diepgravend onderzoek naar eventuele overeenkomsten of verschillen, geneigd neer te kijken op groepen waar ze zelf niet bij horen, of in ieder geval hun eigen groep leuker en beter te vinden.<sup>29</sup> Dit geldt in het bijzonder als de specifieke groep zich duidelijk profileert.

De derde drijfveer is de bevestiging van een beeld van een rechtvaardige wereld, en vooral ook een wereld die voorspelbaar en controleerbaar is.<sup>30</sup> Mensen voelen zich bedreigd door de gedachte dat gebeurtenissen bij toeval plaats kunnen vinden. 'Bij toeval' betekent immers dat het iedereen kan overkomen, een gedachte die we bij negatieve gebeurtenissen liever niet bevestigd

---

<sup>24</sup> Een objectief moreel oordeel vellen op basis van ratio is alleen in onder zeer uitzonderlijke condities mogelijk. Tijd, denkcapaciteiten, motivatie om accuraat te zijn, geen a priori oordeel te verdedigen of rechtvaardigen. Verder mogen geen rol spelen: motieven om harmonie te bewaren met naasten (*relatedness motives*), en zogenaamde coherentie-motieven (*coherence motives*). Dit laatste ziet op de behoefte van mensen om nieuwe ervaringen met reeds gevormde beelden van zichzelf en anderen te laten overeenstemmen, zie Haidt 2001, p. 567. Zie ook Shaver 1985, p. 160: ("Judgments of responsibility and blameworthiness are (...) purely private events within perceivers. They are, in short, interpretations of events, interpretations that are open to dispute either by actor being judged or by other perceivers of the actor's behavior.")

<sup>25</sup> Zie ook Tavis & Aronson 2011, p. 65 e.v.

<sup>26</sup> Vonk c.s. 2007, p. 133, met verwijzingen naar anderen.

<sup>27</sup> Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 482.

<sup>28</sup> Haidt 2001, p. 821; Shaver 1985, p. 130 e.v.

<sup>29</sup> Vonk c.s. 2007, p. 133.

<sup>30</sup> Vonk c.s. 2007, p. 42.

zien. *Defensive attribution* ligt in het verlengde hiervan. Het slachtoffer krijgt de schuld 'omdat zo iets nooit zou kunnen gebeuren met een verstandig en redelijk handelend mens als ik', dat is de gedachte. Het blijkt dat mensen met een negatief zelfbeeld zich minder snel bedreigd voelen door toevallige omstandigheden, omdat zij sneller geneigd zijn te ervaren dat negatieve gebeurtenissen op hun levenspad horen.<sup>31</sup>

### 3.5 Andere denkfouten

Er zijn nog andere denkfouten. Bij de intuïtievorming blijkt dat we vooringenomen zijn omdat we denken in stereotypen.<sup>32</sup> Ook blijkt dat we de neiging hebben om uit het gedrag van mensen bepaalde eigenschappen te destilleren, eigenschappen die vervolgens al snel 'een eigen leven gaan leiden' omdat ze in onze gedachten versterkt worden.<sup>33</sup> Interessant zijn ook de studies naar de invloed van taal en woordkeuze op onze morele oordeelsvorming. Het blijkt dat bepaalde woorden negatieve associaties oproepen, terwijl andere woorden positieve associaties oproepen. Die associaties kleuren de oordeelsvorming, in die zin dat een beschuldiging eerder zal volgen op woorden met een negatieve associatie.<sup>34</sup> Andere onderzoekers kwamen tot de conclusie dat mensen de juridisch verschillende gevolgen tussen directe en indirecte veroorzaking niet goed uit elkaar kunnen houden. Volgens de onderzoekers komt dit mede omdat we in ons dagelijkse taalgebruik niet gewend zijn om een onderscheid tussen beide concepten te maken.<sup>35</sup>

Daarnaast blijkt dat we verschillend reageren op negatieve en positieve informatie. Daar zijn verschillende voorbeelden van. Bij slechte uitkomsten hebben we meer verwijten, dan dat we iemand bij goede uitkomsten credits geven.<sup>36</sup> Als er meerdere motieven denkbaar zijn voor bepaald gedrag, zijn we soms geneigd aan de één minder waarde te hechten, omdat er nog een ander motief denkbaar is. Het is niet precies duidelijk welke oorzaak we als waarschijnlijk aannemen ten koste van de andere mogelijke oorzaak, maar het lijkt erop dat we geneigd zijn eerder ingenomen negatieve oordelen (in plaats van positieve oordelen) te bevestigen. Een persoon die bijvoorbeeld bekend staat als gierig en lid is van verschillende milieuorganisaties, zal bij een weinig verwarmd huis eerder verweten worden gierig te zijn, dan dat hij geprezen wordt om zijn milieubewuste levenshouding.<sup>37</sup> Ook pikken we negatieve informatie over anderen makkelijker op dan positieve informatie, althans wel als het gaat om een eerste indruk van mensen.<sup>38</sup> Uit onderzoek blijkt bovendien dat negatieve gevoelens voor een bepaalde persoon vanaf het allereerste moment van oordeelsvorming – het intuïtieve deel dus – van invloed zijn.<sup>39</sup>

## 4. De beschuldigingsvalkuil

Terug naar samenwerkende wijnhandelaren, die na een samenwerking van 100 jaren verzandde in een conflict over of nu wel of geen zwaarwegende reden voor opzegging nodig was. Met het oog op de kennis uit de sociale psychologie over het attributiegedrag van mensen is het meest verrassende niet dat er op een zeker moment een stevig conflict ontstond, maar dat het ze gelukt is de samenwerking 100 jaar voort te laten duren. De meeste contracten (en het contractenrecht) gaan uit van de veronderstelling dat mensen rationeel denkende wezens zijn, die gedrag van zichzelf en

---

<sup>31</sup> Shaver 1985, p. 133.

<sup>32</sup> Vonk c.s. 2007, p. 521; Haidt 2001, p. 820; Gilovich, Griffin & Kahneman 2002.

<sup>33</sup> Vonk c.s. 2007, p. 199.

<sup>34</sup> Vonk c.s. 2007, p. 90-91.

<sup>35</sup> Overigens noemen de onderzoekers Nederland als voorbeeld waarin een dergelijk onderscheid in taal wel gemaakt wordt: 'doen' voor directe causaliteit, en 'laten' voor indirecte causaliteit. Zie Solan & Darley 2001, p. 295. Zie ook Solan 2003, p. 1014-1016.

<sup>36</sup> Zie Knobe 2003, p. 190-193.

<sup>37</sup> Dit proces wordt ook wel *discounting* genoemd, zie hierover Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 97.

<sup>38</sup> Vonk c.s. 2007, p. 176 en p. 222.

<sup>39</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld Feigenson 2003, p. 959.



anderen objectief kunnen verklaren in termen van oorzaken en gevolgen. Deze gedragspresumptie blijkt niet juist. Je zou kunnen spreken van een beschuldigingsvalkuil. De neiging ons positieve zelfbeeld in stand te houden is kennelijk zo groot, dat we het gedrag van anderen veroordelen en dat van onszelf rechtvaardigen. Een vervelend neveneffect is dat een beschuldiging een soort sneeuwbal effect heeft: de ontvanger ziet zijn of haar positieve zelfbeeld aangetast en reageert op soortgelijke wijze. De vraag is nu of ons contractenrecht (of: de inrichting van onze contracten) aangepast behoort met het oog op het attributiegoedgedrag van mensen. Valt er te ontkomen aan de beschuldigingsvalkuil?

## 5. Naar een betere afstemming tussen regels en gedrag

### 5.1 Mogelijkheden, nuanceringen en beperkingen

Het bovenstaande levert een niet al te rooskleurig beeld op van hoe mensen zich gedragen. Maar er is hoop. Illustratief hiervoor is het voorbeeld dat Tavis & Aronson noemen over de Amerikaanse gezondheidszorg.<sup>40</sup> Amerikaanse artsen en ziekenhuizen worden tegenwoordig gestimuleerd hun fouten toe te geven en recht te zetten. Ze doen dit omdat uit Amerikaans onderzoek zou blijken dat patiënten (en artsen en ziekenhuizen) daarbij gebaat zijn.<sup>41</sup> Volgens deze onderzoeken gaat het patiënten er vooral om ervan verzekerd te zijn dat de fout niet nog eens kan intreden. Het geeft hun lijden betekenis. Een arts die een fout toegeeft, excuses maakt en zichtbare veranderingen doorvoert, helpt niet alleen patiënten, maar ook zichzelf. Dat blijkt dan weer uit andere onderzoeken: het toegeven van fouten zonder pogingen om het gezicht te redden, is voor velen een bevrijdende ervaring.<sup>42</sup> Het heeft bovendien als gunstig neveneffect dat mensen om je heen je aardiger gaan vinden. ‘Aardig gevonden willen worden’ heeft iets negatiefs, maar in een samenwerking die gekenmerkt wordt door een hoge mate van samenwerking, wordt het einddoel doorgaans sneller en gemakkelijker bereikt als mensen elkaar positief bejegenen.

De oplossing is een bewustwordingsproces. Wanneer we weten dat we last hebben van zelfrechtvaardiging, kunnen we slimmere keuzes maken door onze zelfbeschermingsmechanismen uit te schakelen. We moeten af van onze foutenfobie en anticiperen op onze natuurlijke neiging om van ons af te bijten op het moment dat er spanningen ontstaan tussen twee denkbeelden (cognitieve dissonantie: ‘ik ben slim’ en ‘de berekening die ik gemaakt heb klopt niet’).

In het vervolg ga ik hier dieper op in op mogelijke aanpassingen voor het contractenrecht en de inrichting van contracten, maar niet nadat ik een opmerking van nuancerende en beperkende aard heb gemaakt. Niet alle uitkomsten uit sociaal psychologisch onderzoek laten zich transponeren naar juridische regels. Daarnaast is het lastig (zo niet onmogelijk) om te onderzoeken of de effecten van eventuele aanpassingen positief zijn. Om te vergelijken tussen de oude en de nieuwe situatie heb je immers gegevens nodig over de oude situatie en die zijn er niet. Zelfs in het echtscheidingsrecht is het lastig aan te geven wat de ‘schuldloze’ echtscheiding mensen heeft gebracht. We gaan er van uit dat het mensen helpt om de schuldvraag niet te laten overheersen, maar over het ‘waarom en hoe’ (zijn er bijvoorbeeld betere alternatieven voor het criterium duurzame ontwrichting?) zijn weinig gegevens bekend.<sup>43</sup> Er zitten haken en ogen aan deze interdisciplinaire exercitie. Voorzichtigheid is dus op zijn plaats. Het hierna volgende is dus uitsluitend van explorerende aard.

---

<sup>40</sup> Tavis & Aronson 2011, p. 210.

<sup>41</sup> Tavis & Aronson 2011, p. 210, met verwijzingen aldaar.

<sup>42</sup> Het blijkt moeilijker dan het is: fouten toegeven zonder een poging het gezicht te redden. De spiegel van Tavis & Aronson is weer confronterend: wanneer heb je voor het laatst toegegeven dat je een fout hebt gemaakt? En wanneer deed je dat voor het laatst *zonder* erbij te vermelden hoe je het hebt opgelost, dat het allemaal zo erg niet was, dat je beslissing logisch was gezien het gedrag van de ander, dat er iets speelde wat wat je niet had kunnen voorspellen of dat anderen het ook altijd zo doen? Zie Tavis & Aronson 2011, p. 211.

<sup>43</sup> Vgl. Pel 1999, p. 639.

## 5.2 Het contract als een instrument om de samenwerking te versterken

Mensen maken contracten om ervoor te zorgen dat beloftes nageleefd en desnoods afgedwongen kunnen worden. Dat is een goede reden. Maar het maken van een contract is over het algemeen geen doel op zich. Mensen kiezen voor een contractuele samenwerking omdat ze iets willen bewerkstelligen of bereiken. Macneil verwoordt dit als volgt:<sup>44</sup>

“Contracts are about getting things done in the real world – building things, selling things, cooperating in enterprise, achieving power and prestige, sharing and competing in family structure (...)

Hij vervolgt zijn betoog met een waarschuwing:

“If we wish to understand contract, and indeed if we wish to understand contract law, we must think about exchange and such things first, and law second”

Met deze enkele zin baant Macneil een weg voor een verschuiving van perspectief. Het contractenrecht is geen object van regulering, maar contracten (en daarmee indirect ook het contractenrecht) zijn een instrument om relaties te managen.<sup>45</sup> De relatie komt op de eerste plaats, het recht heeft een slechts dienende rol.<sup>46</sup> Volgens Macneil is het contractenrecht teveel gericht op overeenkomsten waarbij niets meer komt kijken dan een simpele uitwisseling van goederen, terwijl veruit de meeste contracten (veel) meer om het lijf hebben dan dat. Het contractenrecht (en de inrichting van veel contracten) schiet tekort op dat meerdere. Exchange, de relatie, de samenwerking: contracten zouden zo ingericht moeten worden dat ze een soort management-tool worden om de relatie te beheren. Macneil signaleert vooral wat er mis is met het huidige contractenrecht, maar met oplossingen komt hij niet. Andere auteurs doen dat wel: vanuit verschillende aanliegroutes worden suggesties gedaan om contracten zo in te richten dat ze daadwerkelijk dienen ter ondersteuning van de samenwerking.<sup>47</sup> Wat deze uitwerkingen gemeen hebben, is dat ze anticiperen op het ontstaan van conflicten. Niet door middel van een afstandelijke standaardclausule over *dispute resolution*, maar door laagdrempelige, vroege interventies op het moment dat er iets gaat schuren in een relatie. Met veel aandacht voor communicatie tussen de betrokken partijen. Expliciete aandacht voor de ontmanteling van het zelfrechtvaardigingsmechanisme zou in een contract gebaseerd op deze uitgangspunten slechts een kleine toevoeging zijn.

## 5.3 Een goede exit-route

Als samenwerkingen niet meer opleveren wat ze zouden moeten opleveren, moeten partijen op een respectvolle wijze uit elkaar kunnen gaan. Het belang hiervan blijkt niet alleen uit de, in onderzoek aangetoonde negatieve gevolgen van vechtscheidingen, maar ook uit verslagen van mensen met veel ervaring met langdurige commerciële relaties.<sup>48</sup> Op dit punt is er ruimte voor verbetering. Is er in ons recht ruimte voor een opzegging op grond van zuiver economische redenen, zonder de tegenpartij van enige vorm van wangedrag te hoeven beschuldigen? We denken van wel, maar zeker weten doen we het niet.<sup>49</sup> En hebben partijen voldoende helder voor ogen welke voorwaarden voor opzegging in hun concrete geval naar objectieve maatstaven redelijk zijn? En zou het, nu we weten hoe ons zelfrechtvaardigingsmechanisme werkt, niet zinvol zijn na te denken over mogelijkheden om

<sup>44</sup> Ian R. Macneil 1980, p. 5; ik ontleen het citaat aan Chao-Duivis, die het citaat gebruikt als opening voor een overzicht van ontwikkelingen in de literatuur over samenwerking, zie Chao-Duivis 2012, p. 28.

<sup>45</sup> De theorie van Macneil staat bekend onder de noemer Relational Contract Theory, zie over deze theorie ook Campbell, Collins & Wightman 2003.

<sup>46</sup> Volgens een andere klassieker – Macaulay – zelfs een uiterst marginale rol, zie Macaulay 1963.

<sup>47</sup> Zonder volledigheid te willen nastreven noem ik Chao-Duivis 2012, Levine 2002, Haapio 2006, Kamminga 2008 en De Hoon 2005.

<sup>48</sup> Zie bijvoorbeeld Levine 2002.

<sup>49</sup> Vgl. HR 28-10-2011, NJ 2012/685 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*).

te ontbinden zonder in een verwijtbaarheidsdiscussie te belanden? Toerekenbaarheid is immers geen vereiste. Een goede exit-route zou de kans kunnen verkleinen dat mensen in de beschuldigingsvalkuil trappen.

#### 5.4 Geen onnodig polariserende juridische instrumenten

Al eerder hebben wetenschappers melding gemaakt van polariserende juridische ‘obstakels’ in het verbintenissenrecht.<sup>50</sup> De ingebrekestelling is het meest genoemde voorbeeld. Terecht, zo lijkt het. Een ingebrekestelling is dodelijk voor een positief zelfbeeld. Dit formeel juridische instrument zet de - op zichzelf gerechtvaardigde - behoefte aan nakoming onnodig polariserend op de kaart. Alleen het woord al: ‘ingebrekestelling’. Het kan niet anders, of onze natuurlijke zelfrechtvaardigingsmechanismen gaan volop aan de slag. Daar moeten alternatieven voor zijn, met dezelfde resultaten (een termijnstelling bijvoorbeeld), maar dan zonder al te grote negatieve neven effecten. Het zou de moeite waard zijn een conflicthanteringsdeskundige een alternatief voor de ingebrekestelling te laten ontwerpen.

Iets vergelijkbaars geldt voor de aangetekende opzegbrief. In de meeste gevallen zal de opzegbrief niet als een donderslag bij heldere hemel komen. In ieder geval is het waarschijnlijk dat er gedurende de samenwerking al eerder signalen, voor aanpassing dan wel beëindiging, gegeven zijn. Toch mag het effect van een opzegbrief niet onderschat worden. De cognitieve psychologie leert, zo bleek eerder, dat de confrontatie met een ongewenste situatie alleen al een prikkel is om te zoeken naar een veroorzaker. Als je in diezelfde opzegbrief ook nog eens een impliciete of expliciete beschuldiging kunt lezen, zijn alle ingrediënten voor een wederbeschuldiging aanwezig. Niet de beste start voor een soepele afwikkeling van een complexe duurverhouding. Vergelijkbare gedachten zijn eerder geuit in het echtscheidingsrecht, waar gewezen is op het dramatische effect van de aanzegging tot echtscheiding per deurwaardersexploot.<sup>51</sup>

Alternatieven hoeven niet al te ingewikkeld te zijn. Er lijkt al winst te behalen als meer aandacht besteed wordt aan de wijze waarop partijen hun wensen en zorgen communiceren. Niet in opgeklopte en formele bewoordingen, maar in eenvoudige maar treffende woorden.<sup>52</sup> Woorden die bovendien geen negatieve associaties oproepen, zo leert de sociale psychologie ons. Ik zou me voor kunnen stellen dat de aanzegging dat ‘belangen x en y ertoe leiden dat de samenwerking niet in ongewijzigde vorm voortgezet kan worden’ beter uit de associatietest komt, dan de aanzegging dat ‘gezien de recente ontwikkelingen er geen andere keuze rest dan gebruik te maken van het recht de overeenkomst eenzijdig op te zeggen’. Ook hier kan een parallel getrokken worden naar het echtscheidingsrecht. Het criterium ‘duurzame ontwrichting’ heeft, wat je zou kunnen noemen, een neutrale associatie, en werkt om die reden niet polariserend.<sup>53</sup> De ervaringen met echtscheidingen op basis van een neutraal criterium zijn kennelijk positief, want ook de *European Commission on Family Law* heeft bij het opstellen van de *Principles on Divorce* gekozen voor een neutrale echtscheiding.<sup>54</sup>

Niet polariserend zijn waarschijnlijk regels waarbij partijen op neutrale wijze aangespoord worden te communiceren, terwijl tegelijkertijd een duidelijk kader wordt gegeven over materiële rechten en plichten. In een vrij eenvoudige wettelijke (en in het algemene BW op te nemen)

---

<sup>50</sup> Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000.

<sup>51</sup> Zie Pel 1999, alsmede het in 1996 verschenen rapport *Anders Scheiden* (De Ruiter 1996). Zie ook Lewicky, Barry, Saunders & Minton 2003, p. 140: “The more cooperative, open and nonthreatening the opening statements and actions of a party are, the more trust and cooperation is engendered in the other party”.

<sup>52</sup> Vgl. bijvoorbeeld Gibbons, Bradac & Bush 1992.

<sup>53</sup> Dat neemt niet weg dat er ook kritische geluiden zijn. Zie bijvoorbeeld Pel 1999. Pel betoogt, als gezegd, dat het criterium alleen maar afleidt van waar het werkelijk om draait: de voorwaarden voor echtscheiding.

<sup>54</sup> Voor Nederland heeft de Commissie De Ruijter overwogen dat het criterium ongewijzigd diende te blijven, zie De Ruiter 1996, p. 36. Zie voor de Europese ontwikkelingen vooral Antokolskaia 2006, p. 9. e.v.; zie voor het Belgische recht op dit punt Uytterhoeven 2002, p. 306-313.

opzegbepaling kunnen contractspartijen gestimuleerd worden te communiceren. Een - overigens ongepolijst - voorbeeld:

1. Een contractspartij die samenwerking niet meer onder dezelfde voorwaarden wenst voort te zetten, nodigt haar wederpartij uit in onderhandeling te treden.
2. Leiden de onderhandelingen niet tot aanpassing van de overeenkomst, dan is elke contractspartij bevoegd de overeenkomst op te zeggen, mits de voorwaarden voor opzegging voldoende recht doen aan de belangen van de wederpartij.
3. Partijen zijn gehouden te onderhandelen over de voorwaarden voor opzegging. De voorwaarden hebben betrekking op compensatie in de vorm van een termijn en/of vergoeding, afwikkeling en de postcontractuele fase. Ze zijn gehouden zich hierbij te laten leiden door branchegebruiken en gewoonten.

## 5.5 Andere verdelingsmaatstaven

In het verlengde van het voorgaande ligt de suggestie om tot verdelingsmaatstaven te komen waarbij niet de causale bijdrage aan het ontstaan van de schade centraal staat, maar wat partijen nodig hebben met het oog op de toekomst. Zo zijn er al voorstellen gedaan om tot verdelingsmaatstaven te komen waarbij schuld niet op de voorgrond staat.<sup>55</sup> De gedachte om het schadebedrag te laten bepalen door wat partijen nodig hebben om zich zo snel mogelijk aan de op handen zijnde veranderingen aan te passen, lijkt vooral zinvol bij complexe duurcontracten. In dit type contract valt beide partijen vaak iets te verwijten. Enerzijds maakt dat de kans op een discussie over verwijtbaar tekortkomen uiteraard groter. Anderzijds biedt het mogelijkheden om teleurstellingen te accepteren en het verleden los te laten. De beschuldigingsvalkuil kan ontweken worden door een bewustwording van ons zelfrechtvaardigingsmechanisme. Een reminder (in het contract) dat we zelf geen objectieve inschatting kunnen maken van onze eigen bijdrage aan teleurstellende contracten is paternalistisch en zal op weinig sympathie kunnen rekenen onder juristen (en de contractspartijen zelf), maar als we kijken naar de inzichten uit de sociale psychologie, is dat zo gek nog niet. Voor diegene die dat een brug te ver vinden, zijn verdelingsmaatstaven met zo min mogelijk schuldelementen een goed alternatief. Een focus op de relatie-specifieke investeringen die niet terugverdiend kunnen worden is hier een voorbeeld van.

Een andere gedachte is om waar mogelijk aansluiting te zoeken bij verdelingsmaatstaven die weliswaar op het verleden gericht zijn (namelijk op een bijdrage aan het ontstaan van de schade), maar dan zoveel mogelijk vrij van een oordeel over de verwijtbaarheid van de gedragingen. Een voorbeeld is de primaire verdelingsmaatstaf van artikel 6:101 BW (eigen schuld). Het gaat hier uitsluitend om een weging van ieders 'causale bijdrage'; de mate van schuld speelt hier volgens vaste rechtspraak geen rol.<sup>56</sup> Vervolgens is er wel een billijkheidscorrectie mogelijk, onder meer op grond van de ernst van de gemaakte fouten, maar de standaardisering die daar heeft plaatsgevonden (de 50 en 100 % regel) is met het oog op het attributiedrag van mensen weer interessant. Omdat we weten dat kinderen onder de veertien jaar geen goede inschatting kunnen maken van gevaren in het verkeer, is de 100 % regel ontwikkeld. De automobilist die (met een al op mogelijke gevaren aangepaste snelheid) een kind aanrijdt dat volkomen onverwachts tussen twee geparkeerde auto's oversteekt, zal de volledige aansprakelijkheid voor de schade mogelijk (!) beter kunnen accepteren, wetende dat het een standaard is. Los van deze standaarden: verdelingsmaatstaven gebaseerd op zoveel mogelijk neutrale (d.w.z. geabstraheerd van de schuldvraag) causale bijdragen zou een mechanisme kunnen zijn om niet in een beschuldigingsdiscussie te belanden. Hier is wat voor te zeggen, zeker gezien de vaste lijn van de Hoge Raad dat de eigen schuld afwegingen van art. 6:101 BW slechts beperkt gemotiveerd hoeven te worden, omdat het oordeel voor een deel intuïtief is.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Barendrecht 2004, p. 2180 e.v.; De Hoon 2010.

<sup>56</sup> Zie bijvoorbeeld HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (*Terminus/ZAO Zorgverzekeringen*)

<sup>57</sup> Zie hiervoor HR 19-11-2004, NJ 2005, 553 (*Naus/Van de Beuken*) en HR 24-09-2004, NJ 2005,466 (*Lok, Stad Rotterdam/Stam, Groene Land*).

## 5.6 Meer aandacht voor sociale factoren die het conflict doen ontstaan

Meer in het algemeen zou je kunnen zeggen dat het contractenrecht vooral uitgaat van de gedachte dat conflicten voornamelijk voortkomen uit tegengestelde belangen. De schuldregels als genoemd in paragraaf 2 zijn vooral regels over rechten en plichten bij tegengestelde belangen. Uit de sociale psychologie blijkt dat verschillende factoren debet zijn aan het ontstaan van conflicten. De tegengestelde belangen zijn een factor, maar niet doorslaggevend. Volgens Baron e.a. zijn de meer sociaal georiënteerde factoren belangrijker, als voorbeelden noemen zij: *“long-standing grudges or resentment, the desire for revenge, inaccurate social perceptions and poor communication.”*<sup>58</sup> Het zou een hele ‘tour de force’ worden om al die sociale factoren (de genoemde factoren zijn slechts - zo begrijp ik hen - een paar voorbeelden) op een gedegen manier in ons Burgerlijk Wetboek te integreren, maar op zichzelf lijkt de gedachte om het zwaartepunt (meer dan voorheen) bij het proces van hoe mensen met elkaar omgaan te leggen, de moeite waard.<sup>59</sup>

## 6. Slot

Gebleken is ook dat een moreel oordeel vooral op intuïtie gebaseerd is, die achteraf door ratio bevestigd wordt. Bij dit proces maken we allerlei denkfouten. Dit terwijl het contractenrecht uitgaat van rationeel handelende mensen die gedrag van zichzelf en anderen objectief kunnen verklaren in termen van oorzaken en gevolgen. Het is niet zeker of de uitkomsten uit de sociale psychologie zonder meer vertaald kunnen worden naar privaatrechtelijke regels, maar, doorredenerend zijn er een paar gevolgen denkbaar. Meer informatie over de schuldloze route en het vermijden van polariserende juridische instrumenten zijn de twee meest voor de hand liggende. Andere verdelingsmaatstaven en meer aandacht voor de sociale factoren die een rol spelen bij het ontstaan van het conflict zijn twee andere mogelijke denkrichtingen.

Tot slot een laatste opmerking. Uit elkaar gaan - of het nu om een huwelijk gaat of om een commerciële relatie - zonder schulddiscussie is geen ‘must’. En misschien zitten we zo in elkaar dat geen enkele privaatrechtelijke regel kan voorkomen dat schulddiscussies hoog oplopen, ook als vooraf al vaststaat dat beiden er eerder slechter dan beter van worden. In dat geval heeft het niet veel zin hierover door te denken, maar het bovenstaande toont - hopelijk - aan dat het de moeite waard is te onderzoeken of een aantal privaatrechtelijke regels beter op het gedrag van mensen afgestemd kan worden.

## Lijst van verkort aangehaalde werken

Alicke 2000

M.D. Alicke, Culpable Control and the Psychology of Blame, *Psychol. Bull.* 2000, Vol. 126, p. 556 – 574

Antokolskaia 2006

M.V. Antokolskaia, *Nederlands echtscheidingsrecht en de CEFL Principles on Divorce* (oratie Amsterdam VU), Amsterdam VU: Amsterdam 2006

---

<sup>58</sup> Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 483. Vgl. ook Felstiner, Abel & Sarat 1980, p. 631 e.v.

<sup>59</sup> Vgl. Felstiner, Abel, & Sarat 1980, p. 636: “The sociology of law should pay more attention to the early stages of disputes and to the factors that determine whether naming, blaming, and claiming will occur. Learning more about the existence, absence, or reversal of these basic transformations will increase our understanding of the disputing process and our ability to evaluate dispute processing institutions”.

Barendrecht 2004

J.M. Barendrecht, Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat, Volendam en Aandelenlease als voorbeelden, *NJB* 2004, p. 2180 - 2191

Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000

J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling, Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraak die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2000

Baron, Byrne & Branscombe 2006

R.A. Baron, D.B. Byrne en N.R. Branscombe, *Social Psychology*, 11<sup>e</sup> druk, Pearson: Boston 2006

Campbell, Collins & Wightman 2003

D. Campbell, H. Collins & J. Wightman (2003), *Implicit Dimensions of Contract*, Hart Publishing: Oxford 2003

Chao-Duivis 2012

M.A.B. Chao-Duivis, Het bouwteam model; Een studie naar de juridische vormgeving en het functioneren in de praktijk, Instituut voor Bouwrecht 2012

Feigenson 2003

N.R. Feigenson, Emotions, Risk Perceptions and Blaming in 9/11 Cases, *Brook. L. Rev.* 2003, Vol. 68, p. 959 – 1002

Festinger 1957

L. Festinger, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford: Stanford University Press: Stanford 1957

Felstiner, Abel & Sarat 1980

W.L.F. Felstiner, R.L. Abel & A. Sarat, The Emergence and Transformation of Disputes, Naming, Blaming and Claiming ..., *Law & Society Rev.* 1980, Vol. 15, p. 631- 654

Gilovich, Griffin & Kahneman 2002

T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman (Eds.), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge: Cambridge University Press 2002

Haapio 2006

H. Haapio, Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting, in: P. Wahlgren (ed.), *A Proactive Approach, Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stockholm University Law Faculty, 2006, p. 150-193. Zie <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/49-9.pdf>

Haidt 2001

J. Haidt, The Emotional Dog and Its Rational Tail; A Sociological Intuitionist Approach to Moral Judgment, *Psychol. Rev* 2001, vol. 108, p. 814 – 834

Heider 1958

F. Heider, *The Psychology of Interpersonal Relations*, Lawrence Erlbaum Associates: New Jersey 1958

Hauser 2006

M.D. Hauser, *Moral minds : how nature designed our universal sense of right and wrong*, Ecco: New York 2006.

De Hoon 2005

M.W. de Hoon , *Conflictbeheersing bij opzegging*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2005

De Hoon 2010

M.W. de Hoon, Vuistregels voor een redelijke opzegtermijn, *NJB* 2010, 85(21), 1338-1345.

Kamminga 2008

Y.P. Kamminga, *Towards Effective Governance Structures for Contractual Relations: Recommendations from Social Psychology, Economics and Law for Improving Project Performance in Infrastructure Projects*, Tilburg University: Tilburg 2008

Knobe 2003

J. Knobe, International Action and Side-Effects in Ordinary Language, *Analysis* 2003, Vol. 63, p. 190 - 193

Knobe 2005

J. Knobe, Cognitive Processes Shaped by the Impulse to Blame, *Brook. L. Rev.* 2005, Vol. 71, p. 929 - 939

Kohlberg 1969

L. Kohlberg, 'Stage and Sequence: The Cognitive-Developmental Approach to Socialization', in: D.A. Goslin (Ed.), *Handbook of Socialization Theory and Research*, Rand McNally 1969, p. 347 – 480

Van Koppen & Hessing 2002

P.J. van Koppen & D.J. Hessing, 'De schuld krijgen', in P.J. van Koppen (e.a.) (red.), *Het recht van binnen*, Kluwer: Deventer 2002, p. 25 - 40

Levine 2002

S. Levine, *The Book of Agreement*, Berrett-Koehler: San Francisco 2002.

Lewicky, Barry, Saunders & Minton 2003

R.J. Lewicky, B. Barry, D.M. Saunders & J.W. Minton, *Negotiation*, McGraw Hill: Boston 2003

Macaulay 1963

S. Macaulay, "Non-contractual relations in business: a preliminary view", (2) *American Sociological Review* 1963, p. 55 - 67.

Macneil 1980

Ian R. Macneil, *The new social contract; An inquiry into modern contractual relations*, New Haven and London, Yale University Press 1980,

Pel 1999

M. Pel, De (echt)scheidingsgrond: afscheid van de duurzame ontwrichting, *WPNR* 1999, Vol. 130, nr. 6369, p. 639 – 644

Pizarro & Bloom 2003

D.A. Pizarro & P. Bloom, The Intelligence of the Moral Intuitions: Comment on Haidt, *Psych. Rev.* 2003, p. 193 – 196

Rassin 2005

E. Rassin, *Tussen sofa en toga. Een inleiding in de rechtspsychologie*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2005

De Ruiter 1996

J. de Ruiter, *Anders Scheiden: rapport van de Commissie Herziening Scheidingsprocedure, Commissie Herziening Scheidingsprocedures*, Ministerie van Justitie, Den Haag 1996

Shaver 1985

K.G. Shaver, *The Attribution of Blame: Causality, Responsibility and Blameworthiness*, Springer-Verlag: New York 1985

Shweder & Haidt 1993

R.A. Shweder & J. Haidt, The Future of Moral Psychology: Truth, intuition, and the pluralist way, *Psychological Science* 1993, Vol. 4, p. 360 – 365

Solan 2003

L.M. Solan, Cognitive Foundations of the Impulse to Blame, *Brook. L. Rev.* 2003, Vol. 68, p. 1003 - 1029

Solan 2005

L.M. Solan, Where Does Blaming Come From? *Brook. L. Rev.* 2005, Vol. 71, p. 939 - 945

Solan & Darley 2001

L.M. Solan & J.M. Darley, Causation, Contribution and Legal Liability: An Empirical Study, *Law and Contemp. Probs.* 2001, p. 265 - 298

Tavris & Aronson 2007

C. Tavris & E. Aronson, *Mistakes were made (but not by me), Why we justify foolish beliefs, bad decisions and hurtful acts*, Harcourt Inc., New York/Printer & Martin, London 2007

Tavris & Aronson 2011

C. Tavris & E. Aronson, *Er zijn fouten gemaakt (maar niet door mij), Waarom we dwaze overtuigingen, slechte beslissingen en kwetsend gedrag rechtvaardigen*, Uitgeverij Nieuwezijds, Amsterdam 2011

Uytterhoeven 2002

K. Uytterhoeven, Het Belgische echtscheidingsrecht in beweging: een eindigend verhaal van schuld en boete?, *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* 2002, Vol. 24, Nr. 12, p. 306 - 313

Vonk c.s. 2007

R. Vonk c.s., *Sociale Psychologie*, Wolters-Noordhoff: Groningen/Houten 2007



