

JURIDISCHE INFRASTRUCTUUR : EEN INTERNATIONALE VERGELIJKING VANUIT ECONOMISCH PERSPECTIEF

J.P.B. De Mot

G.G.A. De Geest

Met medewerking van :

N. van der Beek

INHOUDSTAFEL

SAMENVATTING.....	5
1. INLEIDING	13
1.1 DOELSTELLING.....	13
1.2 BEPERKINGEN VAN HET ONDERZOEK	13
1.3 WERKWIJZE.....	14
1.4 BESTUDEERDE KENMERKEN VAN DE JURIDISCHE INFRASTRUCTUUR	15
1.5 OVERZICHT VAN DE MAATSCHAPPELIJKE CONSEQUENTIES.....	18
1.6 RELEVANTE LITERATUUR	20
2. THEORETISCHE BASISBEGINSELEN BETREFFENDE HANDHAVING, RECHTSPRAAK EN DWANGTOEPASSING	23
2.1 BASIS FRAMEWORK GEDRAG INDIVIDUEN : RATIONAL CHOICE MODEL	23
2.2 ALGEMEEN MAATSCHAPPELIJK PROBLEEM	23
2.3 DE MAATSCHAPPELIJKE DOELSTELLING	23
2.4 WIE MOET DE RECHTSREGELS HANDHAVEN : PRIVATE PARTIJEN OF DE OVERHEID ?..	24
2.5 DE MAATSCHAPPELIJKE DOELSTELLING VAN HET PROCESRECHT : COMPONENTEN EN EMPIRISCHE BEGROTING VAN DE KOSTEN	25
2.6 VERKLARENDE MODELLEN : INLEIDING	27
2.7 MODELLEN TER VERKLARING VAN DE HOOGTE VAN DE UITGAVEN VAN DE PARTIJEN	29
2.8 MODELLEN TER VERKLARING VAN HET AANTAL ZAKEN	31
2.9 MODELLEN DIE VERKLAREN WAAROM PARTIJEN PROCEDEREN	32
2.10 MODELLEN DIE DE DOORLOOPTIJDEN VAN PROCESSEN EN SCHIKKINGEN VERKLAREN	37
2.11 MODELLEN DIE DE ACCURAAATHEID VAN RECHTERLIJKE UITKOMSTEN EN SCHIKKINGEN VERKLAREN	38
2.12 MODELLEN DIE DE NALEVINGSFACTOR VERKLAREN	40
2.13 MODELLEN DIE EEN VERBAND LEGGEN MET ECONOMISCHE GROEI.....	40
2.14 CENTRAAL INCENTIVE PROBLEEM : VERSCHIL TUSSEN DE PRIVATE EN DE SOCIALE	

INCENTIVES.....	42
2.15. SPECIFIEKE PROBLEMEN	43
3. KENMERKEN EN CONSEQUENTIES.....	49
3.1. DE WIJZE VAN PROCESKOSTENVERDELING (AMERICAN VERSUS BRITISH RULE)	49
3.2. DE INVLOED VAN DE SCHIKKINGSONDERHANDELINGEN OP DE PROCESKOSTENVERDELING (OFFICIEEL SCHIKKINGSAANBOD).....	55
3.3. DE MATE VAN SUBSIDIËRING	58
3.4. DE METHODEN VAN STEUN AAN FINANCIËEL ZWAKKERE PARTIJEN	62
3.5. DE BELONINGSSTRUCTUUR VAN ADVOCATEN	67
3.6. HET UITWISSELEN VAN INFORMATIE TUSSEN DE PARTIJEN (DISCOVERY).....	72
3.7. MATE VAN ACTIEVE ROL VAN DE RECHTER	76
3.8. ACCURAATHEID EN FOUTCONTROLE (BEROEPSMOGELIJKHEDEN).....	81
3.9. FORMALISME.....	84
3.10. REGELS TER BESTRIJDING VAN MISBRUIK VAN PROCESRECHT.....	88
3.11. REGELS I.V.M. GERECHTELIJKE ORGANISATIE (AANTAL RECHTERS).....	92
3.12. UNITAIRE VERSUS SEQUENTIËLE PROCESSEN	96
3.13. PRECISIE VAN RECHTSREGELEN & TIJDSTIP VAN PRECISIE (STANDARDS VERSUS RULES/OPEN VERSUS GESLOTEN NORMEN).....	100
3.14. ALTERNATIEVE GESCHILLENBESLECHTING (I.H.B. MEDIATION)	103
3.15. REGELS IN VERBAND MET EXECUTIE VAN VONNISSEN	108
4. CONCLUSIES	111
4.1. CONCLUSIES OVER THEORETISCH ONDERZOEK.....	111
4.2. CONCLUSIES OVER EMPIRISCH ONDERZOEK	112
4.3. LITERATUUR EN INITIATIEVEN ROND ‘EMPIRICAL LEGAL RESEARCH’.....	113
4.4. ENKELE METHODOLOGISCHE BEDENKINGEN	114
4.5. VOORSTELLEN VOOR VERDER EMPIRISCH ONDERZOEK	115
SUMMARY.....	122
GERAADPLEEGDE LITERATUUR.....	125
BIJLAGE 1 : SAMENSTELLING BEGELEIDINGSKOMMISSIE.....	147
BIJLAGE 2 : INFORMATIE OVER DE ONDERZOEKERS.....	148

BIJLAGE 3: LIJST GERAADPLEEGDE EXPERTS

SAMENVATTING

DOEL, BEPERKINGEN EN WERKWIJZE

Doel. Dit rapport heeft als doel het inzicht tussen de kenmerken van de juridische infrastructuur enerzijds en de maatschappelijke gevolgen ervan anderzijds op wetenschappelijke basis te verscherpen. Het onderzoek betreft dus voornamelijk een literatuurstudie. De uiteindelijke doelstelling is tweeledig. Ten eerste moet uit het overzicht van de bestaande theoretische en empirische literatuur blijken welk additioneel (i.h.b. empirisch) onderzoek nodig is om een duidelijk beeld te krijgen van de (on)wenselijkheid van bepaalde instrumenten. Ten tweede dient men uit het bestaande overzicht al heel wat (zij het vaak partiële) consequenties kunnen afleiden wanneer men overweegt bepaalde maatregelen door te voeren.

Beperkingen. In dit rapport ligt de nadruk op de juridische infrastructuur in de enge zin. Deze heeft betrekking op rechtshandhaving, rechtspraak en dwangtoepassing, en niet op rechtsregels. Wel komt de variabele ‘rechtsregels’ aan bod wanneer we het zullen hebben over wat de juridische infrastructuur (in enge zin) produceert : de naleving van rechtsregels. Omwille van de uitgebreidheid van de theoretische en empirische literatuur, zal vooral gekeken worden naar regels van burgerlijk procesrecht. In de rechtsvergelijkende overzichten zullen we ons beperken, naast Nederland, tot drie rechtsfamilies en 5 landen (de V.S., Engeland, Frankrijk, België en Duitsland). Bij de keuze van te bespreken kenmerken beperken we ons tot kenmerken die zeer algemeen zijn en die dus een groot toepassingsgebied hebben. Vooral de mate waarin een bepaald kenmerk werd onderzocht in de rechtseconomische en rechtssociologische literatuur was doorslaggevend voor het weerhouden van het kenmerk. Concreet gaat het om : de wijze van proceskostenverdeling, het officieel schikkingsaanbod, de mate van subsidiëring, de methoden van steun aan financieel zwakkere partijen, de beloningsstructuur van advocaten, het uitwisselen van informatie tussen de partijen, de mate van actieve rol van de rechter, hoger beroep, de mate van formalisme, regels ter bestrijding van misbruik van procesrecht, het aantal rechters, unitaire versus sequentiële processen, precisie van rechtsregelen en tijdstip van precisie, mediation en regels in verband met executie van rechterlijke uitspraken. De maatschappelijke consequenties komen overeen met de bouwstenen van de maatschappelijke kostenfunctie : de kosten per proces en per schikking, het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en schikkingen, de doorlooptijden van processen en schikkingen, de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen, de invloed op het ex ante gedrag en economische groei.

Werkwijze. In hoofdstuk 2 gaan we kort dieper in op de fundamentele uitgangspunten van de economische analyse van rechtshandhaving, rechtspraak en dwangtoepassing. Daarna bestuderen we de basistheorieën van de economische analyse van het civiel procesrecht, die nuttig zullen zijn bij de beschrijving van de relaties tussen de kenmerken en de maatschappelijke consequenties. In hoofdstuk 3 geven we een uitgebreid overzicht van de relaties tussen de kenmerken van de juridische infrastructuur en de opgesomde maatschappelijke consequenties. Per kenmerk maken we eerst een rechtsvergelijkende analyse. Daarna bespreken we de invloed van het kenmerk op de verschillende maatschappelijke consequenties. Ten slotte gaan we na welke gevolgen men kan trekken uit de bestaande literatuur. Ook zal duidelijk aangestipt worden waar de theoretische en empirische literatuur tekortschiet om duidelijke conclusies te trekken. In hoofdstuk 4 geven we onze conclusies weer, met inbegrip van suggesties voor verder empirisch onderzoek. Bij de studie van de relaties tussen de kenmerken en de consequenties maken we gebruik

van verschillende disciplines die het recht bestuderen. In de rechtseconomische literatuur verwachten we de belangrijkste elementen van een theoretisch framework te vinden. Empirische bijdragen zullen hoofdzakelijk uit de rechtseconomische en rechtssociologische literatuur aangereikt worden. Uit de rechtsvergelijkende literatuur halen we precieze verschillen tussen juridische systemen. De literatuur rond development economics komt aan bod waar we het zullen hebben over economische groei.

THEORETISCHE BASISBEGINSELEN BETREFFENDE HANDHAVING, RECHTSPRAAK EN DWANGTOEPASSING

Rationaliteitsveronderstelling. We doen in dit rapport een beroep op de rationaliteitsveronderstelling uit de economische wetenschap. Individuen worden beschouwd als rationeel handelende actoren die hun nut trachten te maximaliseren. Uit verschillende keuzemogelijkheden kiezen ze het alternatief dat het beste past bij hun voorkeuren. Voor elk alternatief maken ze een kosten-baten afweging en uiteindelijk kiezen ze voor het alternatief met de grootste netto baten.

Maatschappelijke doelstelling. De juridische infrastructuur dient zo ingericht te worden dat de maatschappelijke kosten worden geminimaliseerd. Deze kosten omvatten de nalevingskosten (zoals trager rijden, kosten uitvoering contract etc.), de (verwachte) schadekosten én de handhavingskosten. Bij publiekrechtelijke handhaving bestaan die kosten uit opsporingskosten, veroordelingskosten en executiekosten. Bij privaatrechtelijke handhaving gaat het om de kosten die het slachtoffer moet maken om de dader te identificeren en alle kosten die gepaard gaan met civiele processen en schikkingen. De doelstelling van maatschappelijke kostenminimalisatie kan in principe bereikt worden door individuen te laten opdraaien voor alle kosten die hun activiteiten veroorzaken aan derden (schadekosten en handhavingskosten). Indien zij niet alleen de baten van hun handelen maar ook de kosten internaliseren, verrichten zij enkel maatschappelijk gewenste handelingen. Indien de kans dat de schadeveroorzaker gevat wordt (de 'pakkans') echter niet gelijk is aan honderd procent, zal het voor sommigen lonen om toch te kiezen voor maatschappelijk ongewenst gedrag. Om de persoon toch te dwingen efficiënt te handelen, moet men de sanctie aanpassen door de schade (inclusief handhavingskosten) te delen door de pakkans. Soms zullen financiële, civielrechtelijke sancties niet volstaan om maatschappelijk ongewenst gedrag af te schrikken. Niet-financiële, strafrechtelijke sancties kunnen aangewezen zijn wanneer de verwachte sancties die men kan creëren met financiële sancties relatief laag zijn ten opzichte van de schade die kan worden gegenereerd.

Wie het best het recht handhaaft (de overheid via strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedures, of private partijen via civiele processen), hangt af van wie het best geplaatst is om degene die het recht niet heeft nageleefd te identificeren en indien nodig, op te pakken. Belangrijk is vooral of private partijen van nature in staat zijn om overtreders te identificeren.

Modellen ter verklaring van de maatschappelijke consequenties. Uitgaven. In het volgend hoofdstuk zullen we soms het onderscheid maken tussen modellen waarin de uitgaven van de partijen als exogeen worden beschouwd, en modellen waarin die uitgaven als endogeen worden beschouwd. Exogeen betekent hier dat de partijen geen invloed kunnen uitoefenen op de hoogte van de procesuitgaven. Indien zij een proces starten, ligt de hoogte van die kosten vast (bijvoorbeeld 50.000 voor de eiser en 40.000 voor de verweerder). Endogeen betekent dat de partijen wel invloed kunnen uitoefenen op de hoogte van de procesuitgaven. Dit model beantwoordt zonder twijfel meer aan de realiteit.

Partijen hebben tijdens een proces verschillende keuzemogelijkheden die de proceskosten beïnvloeden : of ze extra argumenten zullen ontwikkelen, of ze extra bewijs zullen voorleggen, of ze een gespecialiseerde advocaat zullen nemen of niet, of ze een extra advocaat zullen nemen of niet etc. Doorgaans wordt aangenomen dat de winstkansen van een partij toenemen, naargelang zijn uitgaven toenemen (in verhouding tot de uitgaven van de tegenpartij). Dit is logisch : extra argumenten, extra bewijs, betere advocaten e.d. hebben gemiddeld genomen een gunstig effect op de winstkans.

Aantal zaken. Of een persoon bereid zal zijn een vordering in te stellen, wordt bepaald door een afweging van verwachte kosten en verwachte baten. Dit wordt ook bevestigd door empirisch onderzoek. Veronderstel dat een persoon 60 procent kans heeft om van de rechter 100.000 Euro te krijgen en dat de proceskosten van elke partij 20.000 Euro bedragen. De verliezer draait op voor alle proceskosten. De verwachte baten bedragen 60.000 Euro (de persoon heeft 60 procent kans om 100.000 Euro te krijgen). De verwachte kosten bedragen 16.000 Euro (de persoon heeft 40 procent kans dat hij de totale proceskosten van 40.000 moet betalen). De verwachte baten overtreffen dus (ruimschoots) de verwachte kosten. De persoon zal bereid zijn de vordering in te stellen.

Schikkingsfrequentie. Het is niet omdat een persoon bereid is te vorderen, dat het effectief tot een proces zal komen. Vaak wordt een schikking bereikt. Er bestaan 5 modellen die verklaren waarom dit niet steeds het geval is. (1) Ten eerste kunnen de verwachtingen van de partijen omtrent hetgeen de rechter gaat beslissen te ver uit elkaar lopen. Indien de eiser zijn winstkansen hoger inschat dan de verweerder of de eiser denkt meer te zullen krijgen, spreekt men van relatief optimisme. De eiser kan bijvoorbeeld denken dat de rechter hem 100.000 Euro zal toekennen, terwijl de verweerder meent dat de rechter slechts 30.000 Euro zal toekennen. Het is dan mogelijk, afhankelijk van de grootte van de proceskosten, dat de verweerder niet bereid zal zijn te geven wat de eiser wil krijgen. Het komt dan niet tot een schikking. (2) Een andere mogelijkheid is dat één van de partijen of beiden over informatie beschikken waar de tegenpartij geen weet van heeft. Een typegeval betreft een chirurg die een medische fout maakt tijdens een operatie : de chirurg weet in principe hoe hij gehandeld heeft en of hij een fout heeft gemaakt, de patiënt weet vaak enkel dat hij schade heeft geleden, niet of de chirurg foutief heeft gehandeld (hij was onder verdoving, kent de te volgen medische procedures niet etc.). (3) Zelfs als er geen sprake is van optimisme en de partijen over dezelfde informatie beschikken, is een schikking niet gegarandeerd. Het kan tot een proces komen omdat de partijen bij de onderhandelingen te veel naar zich toe willen halen (strategisch onderhandelingsgedrag). Stel dat er een onderhandelingsruimte is van 5.000 Euro. Indien beide partijen meer dan 50 procent daarvan naar zich toe willen halen en geen enkele partij toegeeft, komt het tot een proces. (4) Soms komt het tot een proces omdat dit in het belang is van advocaten. Een advocaat met weinig werk en die per uur betaald wordt, heeft in principe een incentive om te procederen. Indien het tot een schikking komt, vallen zijn inkomsten immers weg. (5) Een laatste reden dat het tot een proces kan komen is dat één van de partijen andere belangen heeft bij het voeren van een proces dan het ter discussie staande bedrag (externe effecten model). Veronderstel dat een onderneming een gebrekkig product op de markt heeft gebracht en dat verschillende personen daardoor gelijkaardige schade hebben geleden. De onderneming kan zich tijdens de onderhandelingen met de eerste eiser hard opstellen (waardoor het mogelijk tot een proces komt), om geloofwaardig te maken aan de andere eisers dat zij niet méér zal bieden dan een bepaald bedrag.

Doorlooptijden. De doorlooptijden van processen (wachtijden plus behandelzeiten) liggen voor een stuk binnen en voor een stuk buiten de invloedssfeer van de partijen. De wachtijden hangen af van de verhouding tussen het aantal rechters en het aantal zaken.

Hoe groter die verhouding, hoe kleiner de wachttijden. De behandelzeiten kunnen wel beïnvloed worden door de partijen. In principe zal een proces langer duren naarmate de procesuitgaven van de partijen hoger zijn (meer argumenten, meer bewijs etc.). Verder heeft vaak één partij (degene die weet dat hij ongelijk heeft) er belang bij dat het proces zo lang mogelijk duurt, opdat de tegenpartij zou opgeven of schikken aan een laag bedrag. *Accuraatheid*. De accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen hangt af van de inspanningen van rechters en advocaten. In principe stijgt de accuraatheid van een rechterlijke uitspraak naarmate de partijen meer uitgeven (meer bewijs e.d.). Slechts in de uitzonderlijke gevallen waarin de uitgaven van de partijen elkaar neutraliseren (twee experts met volstrekt tegenovergestelde visies) of de rechter verward wordt door een te groot aantal argumenten, blijft de accuraatheid constant of daalt ze bij stijgende proceskosten. Schikkingsbedragen zullen sterker met de werkelijke schade overeenstemmen, naarmate de accuraatheid van rechterlijke uitspraken toeneemt. De partijen schikken immers in de schaduw van het recht. Indien rechters bijvoorbeeld systematisch eisers in het ongelijk stellen, zullen zij bij schikkingsonderhandelingen zelden een schikkingsbedrag krijgen dat in de buurt ligt van de werkelijke schade. In welke mate schikkingsbedragen afwijken van de werkelijke schade, hangt ook af van de relatieve onderhandelingsmacht van de partijen. Indien de verweerder bijvoorbeeld in een sterke positie zit, zullen eisers mogelijk schikken aan het laagste bedrag dat zij bereid zijn te aanvaarden.

Ex ante gedrag. Wanneer partijen kiezen of ze een rechtsregel al dan niet zullen naleven, wegen ze de netto baten van naleven en niet-naleven af en kiezen ze voor de optie met de grootste netto baten. Of alternatief : er wordt gekozen voor de optie met de kleinste totale kosten (som van preventiekosten, het deel van de schadekosten waarvan ze verwachten te zullen moeten instaan en de verwachte proces- en/of schikkingskosten).

Economische groei. Enkele empirische onderzoeken suggereren een verband tussen procesregels en economische groei. Ten eerste blijkt uit enquêtes met ondernemers in sommige landen dat zij menen dat een beter functionerend gerechtelijk apparaat tot een sterke economische groei zou leiden. Ten tweede werd recent in het "Lex Mundi Project" een verband vastgesteld tussen procedureel formalisme enerzijds en corruptie, fairness, consistentie en efficiëntie van rechtspraak anderzijds. Ook werd de sterkere economische groei gedurende de periode 1960-1992 in de common law landen gelinkt aan een sterkere mate van afdwinging van eigendoms- en contractuele rechten.

Verskil tussen de private en de sociale incentives. Omwille van verschillende redenen lopen de private incentives en de sociale incentives uiteen. Het winstmaximaliserend gedrag van individuen (wanneer ze beslissen of ze een proces zullen starten, of ze zullen schikken, hoeveel ze zullen uitgeven etc.) maximaliseert niet noodzakelijk de maatschappelijke welvaart : (1) de beslissingen van de partijen houden enkel rekening met het te winnen/verliezen bedrag, niet met de gevolgen op het gedrag van potentiële schadeveroorzakers. (2) Voor zover de partijen de kosten van de tegenpartij en van de overheid niet dragen, houden zij er geen rekening mee bij hun beslissingen. (3) Partijen houden ook geen rekening met de baten die hun gedrag meebrengt voor anderen.

RELATIES TUSSEN KENMERKEN EN CONSEQUENTIES

In dit hoofdstuk geven we een overzicht van de relaties tussen de weerhouden kenmerken en maatschappelijke consequenties.

Wijze van proceskostenverdeling. In vijf van de zes besproken landen (Engeland,

Frankrijk, België, Nederland en Duitsland) moet de verliezende partij een deel van de proceskosten van de tegenpartij betalen. Het percentage van de kosten dat moet betaald worden, verschilt sterk van land tot land. Uit theoretisch onderzoek volgt dat de Engelse regel tot hogere kosten per proces leidt, sterke vorderingen aanmoedigt, zwakke vorderingen ontmoedigt, tot grotere doorlooptijden leidt en de accuraatheid van rechterlijke uitspraken doet toenemen. De invloed op de schikkingsfrequentie, schikkingsbedragen en het ex ante gedrag is niet eenduidig. Empirisch onderzoek bevestigt dat de kosten per proces groter worden maar stelt geen statistisch significant effect vast voor de duur van processen. Verder blijkt dat vorderingen vaker worden stopgezet onder de Engelse regel en dat de Engelse regel tot minder schikkingen leidt.

Officieel schikkingsaanbod. Enkel de Verenigde Staten (Rule 68) en Engeland (Part 36 CPR) kennen het systeem van het (algemeen) ‘officieel schikkingsaanbod’. Indien een partij onder zo’n systeem een bod doet, en de tegenpartij het bod weigert maar later minder goed doet bij de rechterlijke uitspraak, moet die tegenpartij (een deel van) de proceskosten van degene die het bod deed betalen. Theoretisch gezien leidt een officieel schikkingsaanbod tot hogere kosten per proces, tot langere doorlooptijden van processen en tot een grotere accuraatheid van rechterlijke uitspraken. De invloed op de schikkingsfrequentie hangt af van het model dat men voorstaat (optimisme-model, asymmetrisch informatiemodel). De invloed op de schikkingsbedragen verschilt naargelang men te doen heeft met een eenzijdig of tweezijdig schikkingsaanbod. De invloed op het ex ante gedrag werd nog niet expliciet onderzocht.

Mate van subsidiëring. Gegevens over de precieze mate van (algemene) subsidiëring van processen zijn moeilijk te verkrijgen. In het algemeen kunnen we stellen dat de proceskosten in de zes besproken landen in min of meerdere mate worden gesubsidieerd. De griffierechten e.d. dekken doorgaans niet de werkelijke kosten van het gerechtelijk apparaat. Subsidiëring van processen leidt theoretisch tot grotere kosten per proces, een kleinere schikkingsfrequentie, langere doorlooptijden en een grotere accuraatheid van rechterlijke uitspraken. Het aantal zaken kan zowel toenemen als afnemen (meer personen zijn in staat te vorderen, waardoor mogelijks meer potentiële schadeveroorzakers extra zorg uitoefenen). Ook de invloed op de schikkingsbedragen en het ex ante gedrag is niet eenduidig.

Steun financieel zwakkeren. De uitgaven voor subsidies aan financieel zwakkeren verschillen sterk tussen de zes besproken landen. Het Verenigd Koninkrijk en Nederland spenderen het meest per capita, de Verenigde Staten het minst. Gesubsidieerde rechtsbijstand leidt tot een expansie van de proceskosten, tot een lagere schikkingsfrequentie, tot langere doorlooptijden, tot een hogere accuraatheid van rechterlijke uitspraken en tot schikkingsbedragen die dichterbij de werkelijke schade. Het aantal zaken kan zowel afnemen als toenemen (zie boven bij algemene subsidiëring). In principe zal de invloed op het ex ante gedrag positief zijn, gezien meer personen in staat zijn om hun rechten af te dwingen, waardoor potentiële schadeveroorzakers meer zorg in acht nemen.

De beloningsstructuur van advocaten. In alle landen uitgezonderd de Verenigde Staten zijn contingency fees verboden (in Engeland zijn wel conditional fees toegestaan; onder een conditional fee krijgt de advocaat niets indien hij de zaak verliest en zijn normaal uurloon plus een uplift tot honderd procent indien hij de zaak wint). Advocaten zullen te weinig werken aan een zaak (dan goed is voor hun cliënt) onder een contingency fee en te veel onder een uurloon. Onder een contingency fee zullen advocaten soms zaken weigeren waarvan de baten de kosten overtreffen. Onder een uurloon zullen zij soms zaken aannemen waarvan de kosten de baten overtreffen. Onder een uurloon hebben advocaten

een incentive om te procederen in plaats van te schikken, onder een contingency fee geldt het tegenovergestelde. Of de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen groter is onder een uurloon of onder een contingency fee is theoretisch onduidelijk. Doorgaans wordt in de rechtseconomische literatuur aangenomen dat de mogelijkheid van contingency fees een positieve invloed heeft op het ex ante gedrag. Uit het bestaande empirische onderzoek blijkt dat advocaten onder *contingency fees* minder uren spenderen aan de kleinere zaken (en dan is nog niet aangetoond dat dit ongewenst is; bovendien spenderen zij hun uren mogelijk nuttiger). Verder betaalt de cliënt voor de overgrote meerderheid van zaken ongeveer hetzelfde onder een uurloon als onder een *contingency fee*. Uit empirisch onderzoek blijkt ook niet dat advocaten meer zwakke zaken voor de rechtbanken brengen onder een *contingency fee*. Integendeel, de kwaliteit van de geprocedeerde zaken neemt toe. Verder is de invloed op de schikkingsfrequentie zeer miniem, is de invloed op de schikkingsbedragen relatief klein en worden schikkingsakkoorden sneller bereikt.

Discovery. De common law landen kennen het onderscheid tussen de pre-trial fase en de trial fase. In de pre-trial fase kunnen de partijen reeds relevante informatie van elkaar opvragen. Het niet meewerken wordt (zelfs strafrechtelijk) bestraft. In de civil law landen kent men het onderscheid niet tussen beide fases. Bovendien zijn de dwangmogelijkheden op de tegenpartij er kleiner. De invloed van discovery op de procesuitgaven is theoretisch niet eenduidig. Uit empirisch onderzoek blijken de uitgaven niet zeer hoog te liggen. Ook blijkt geen systematisch misbruik van het instrument. Ook de invloed op de doorlooptijden, de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en het ex ante gedrag is theoretisch onduidelijk. Schikkingsbedragen komen in principe dichter bij de werkelijke schade te liggen. Discovery waarbij men gedwongen wordt om voor de tegenpartij voordelige informatie te geven, leidt tot minder schikkingen (in het optimisme-model).

Mate van actieve rol van de rechter. Rechters in de common law landen hebben minder bevoegdheden in het kader van de bewijsverzameling dan rechters in civil law landen (de recente Woolf hervormingen in Engeland geven de rechter wel meer bevoegdheden, i.h.b. in complexere zaken). Grof gesteld is het de rechter die bepaalt welk en hoeveel bewijs zal worden voorgedragen in de civil law landen. Ook zal het eerder de rechter zijn die vragen stelt aan getuigen en experts. In de common law landen ligt de beslissing omtrent welk bewijs en de hoeveelheid ervan eerder bij de partijen. Ook zijn het (de advocaten van) de partijen die getuigen en experts vragen stellen. Theoretisch gezien leidt een accusatoir systeem tot grotere uitgaven per proces, een kleiner aantal zaken, een lagere schikkingsfrequentie en langere doorlooptijden. De invloed op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken (en schikkingen) is zeer betwist. Ook experimenteel onderzoek geeft geen uitsluitsel. De invloed op het ex ante gedrag werd nog niet expliciet onderzocht.

Hoger beroep. In de zes besproken landen is hoger beroep in principe steeds mogelijk. Uitzonderingen betreffen hoofdzakelijk financieel kleinere vorderingen. De grens is ongeveer dezelfde voor België, Duitsland en Nederland. Voor Frankrijk bedraagt ze ongeveer het dubbele. Verder kan men in de civil law landen beroep aantekenen voor zowel het recht als de feiten, en in de common law landen enkel voor het recht. In werkelijkheid zijn de verschillen minder groot dan op het eerste zicht zou lijken. Het is theoretisch niet duidelijk wat de invloed is van hoger beroep op de kosten per proces, op het aantal zaken, de schikkingsfrequentie, de doorlooptijden, de schikkingsbedragen en het ex ante gedrag. De mogelijkheid om hoger beroep in te stellen leidt in principe tot meer uitspraken van een hogere kwaliteit.

Formalisme. Uit recente indexen van procedureel formalisme blijkt dat het formalisme duidelijk groter is in de civil law landen dan in de common law landen. Een sterkere mate van formalisme leidt in principe tot duurdere procedures. Dit blijkt ook uit empirisch

onderzoek. Een grotere mate van formalisme leidt ook tot meer schikkingen en langere doorlooptijden. Dit laatste wordt bevestigd door empirisch onderzoek. De invloed op het aantal zaken, de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en het ex ante gedrag is niet eenduidig.

Misbruik van procesrecht. De meeste landen kennen geen algemene definitie van misbruik van procesrecht. De algemene sanctie moet meestal gezocht worden in algemene regels van aansprakelijkheidsrecht. Verschillende landen kennen wel specifieke sancties voor specifieke types misbruik. In sommige landen (Engeland bijvoorbeeld) bestaan ook sancties voor advocaten die het procesrecht misbruiken. Effectieve regels ter bestrijding van misbruik van procesrecht hebben in principe als gevolg dat de kosten van processen afnemen, het aantal zaken toeneemt, de schikkingsfrequentie afneemt, de doorlooptijden kleiner worden, de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen toeneemt en potentiële schadeveroorzakers meer zorg in acht nemen.

Aantal rechters. Het aantal rechters per capita verschilt tussen de zes besproken landen. Duitsland beschikt procentueel gezien over tweemaal zoveel rechters als bijvoorbeeld Frankrijk en Nederland en bijna driemaal zoveel als de Verenigde Staten. Of de kosten van processen toenemen bij een toename van het aantal rechters, hangt af van de aangroei van nieuwe processen. Het aantal zaken zal toenemen indien de tijdsgebonden kosten voor de eiser voldoende dalen. Het aantal schikkingen neemt af bij een toename van het aantal rechters. Of de doorlooptijden afnemen hangt af van de toename van het aantal processen. In principe zal een groter aantal rechters geen invloed hebben op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken, tenzij rechters gemiddeld meer tijd kunnen spenderen aan een zaak. Schikkingsbedragen komen mogelijk dichter in de buurt te liggen van de werkelijke schade (i.h.b. wanneer de tijdsgebonden kosten van de correcte partij hoog zijn). Een groter aantal rechters kan een positieve invloed hebben op het ex ante gedrag, indien de gemiddelde doorlooptijd verkleint, maar ook indien de doorlooptijd dezelfde blijft. Meer mensen zullen in staat zijn een proces te starten en dus hun rechten af te dwingen. Uit empirisch onderzoek volgt dat maatregelen die als doel hebben de doorlooptijden in te korten (zoals het verhogen van het aantal rechters), soms ook slagen.

Unitaire versus sequentiële processen. Processen kunnen verlopen op twee wijzen. Ofwel wordt er gediscussieerd over alle elementen en neemt de rechter pas nadien zijn besluit. Ofwel wordt er element per element bediscussieerd, en spreekt de rechter zich na elke discussie uit. Indien dit besluit negatief uitvalt voor de eiser, kan het geding worden stopgezet en moeten de andere elementen niet meer behandeld worden. Engeland en de Verenigde Staten kennen, in tegenstelling tot de andere besproken landen, zeer expliciete en algemene bepalingen die sequentieel procederen mogelijk maakt (voor tegenvorderingen bestaan er soms wel expliciete bepalingen in de andere landen). Wanneer men de proceskosten van de partijen als exogene factoren beschouwt, leidt sequentieel procederen tot lagere proceskosten, meer zaken, minder schikkingen, kleinere doorlooptijden en een beter ex ante gedrag. Indien men de proceskosten van de partijen als endogeen beschouwd, zijn de effecten niet meer eenduidig. Wel neemt de accuraatheid van rechterlijke uitspraken dan toe.

Tijdstip en precisie van rechtsregelen. Twee zeer algemene kenmerken van rechtsregelen betreffen hun mate van precisie en het tijdstip waarop die precisie wordt geproduceerd: bij 'rules' is dat op het ogenblik van uitvaardiging van de rechtsregel, bij 'standards' wanneer een zaak voor de rechter komt. Meer precieze regels en een groter gebruik van 'standards' leiden tot grotere proceskosten, een kleiner aantal zaken, minder schikkingen, langere doorlooptijden en mogelijks lagere schikkingsbedragen. Meer precieze regels en 'rules' kunnen tot een beter ex ante gedrag leiden.

Mediation. Elk van de besproken landen heeft wetgeving op het vlak van mediation of

experimeert met mediation. Verschillen betreffen voornamelijk het type zaken waarin mediation wordt gebruikt en het al dan niet verplicht karakter ervan. Theoretisch is het onduidelijk of mediation tot lagere proceskosten, kleinere doorlooptijden en een kleinere schikkingsfrequentie leidt. Uit empirisch onderzoek blijkt geen significante invloed op de kosten, de doorlooptijden en de schikkingsfrequentie. Mediation kan het aantal zaken verhogen. Verder is de invloed op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken niet duidelijk. Niet-verplichte mediatie zal de schikkingsbedragen in principe niet verder brengen van de werkelijke schade. Verplichte mediatie mogelijk wel. Het is mogelijk dat mediatie een ongunstig effect heeft op het ex ante gedrag.

Regels betreffende de uitvoering van rechterlijke uitspraken. De common law en civil law landen verschillen wanneer we het hebben over regels die extra druk zetten op veroordeelde schuldenaars. De strafrechtelijke sanctie van ‘contempt of court’ is onbekend in de civil law landen. Regels die de uitvoeringsgraad van rechterlijke uitspraken verhogen, leiden tot hogere proceskosten, een groter aantal zaken, een kleiner aantal schikkingen, langere doorlooptijden, een hogere accuraatheid van rechterlijke uitspraken, schikkingsbedragen die dichter in de buurt liggen van de werkelijke schade en een beter ex ante gedrag. Uit empirisch onderzoek blijkt dat een meerderheid van de uitspraken niet nageleefd wordt.

CONCLUSIES

Concluderend kunnen we stellen dat zowel op theoretisch als op empirisch vlak nog zeer veel onderzoek nodig is. Op theoretisch gebied ontbreken totaalonderzoeken en is er gebrek aan onderzoek dat de invloed van combinaties van kenmerken onderzoekt op de verschillende maatschappelijke consequenties. Ook onderzoeken die zich toespitsen op één specifieke maatschappelijke consequentie van een bepaald kenmerk vertonen nog leemtes. Mogelijks ontbreken nog fundamentele modellen met een grote verklarende kracht en is er nog ruimte voor belangrijke basisinzichten waarop verder theoretisch onderzoek kan steunen. Wat empirisch onderzoek betreft bestaat relatief veel onderzoek (althans in vergelijking met de twee andere fasen) voor de fase waarin een zaak formeel aanhangig is gemaakt bij de rechtbank. Voor de fase waarin de partijen onderhandelen, vooraleer de zaak formeel aanhangig is gemaakt en de fase waarin beslist wordt over het ex ante gedrag bestaat zeer weinig empirisch onderzoek.

Minstens volgende onderzoeken kunnen van groot belang zijn : onderzoeken die nagaan welke basisinformatie moet verzameld worden waarop verder empirisch onderzoek kan steunen, onderzoek waarin wordt nagegaan of het monopolie op procesvertegenwoordiging voor advocaten moet blijven bestaan (m.a.w. onderzoek naar kwaliteitsverschillen tussen advocaten en niet-advocaten), onderzoeken die de kosten van verschillende formalismen trachten te schatten en een duidelijk zicht bieden op hun functies en hun actueel belang en onderzoek dat nagaat of de Engelse regel sterke vorderingen ontmoedigt of stimuleert. Ten slotte kan verder onderzoek uitwijzen waar (wetgevende) experimenten nuttig kunnen zijn.

1. INLEIDING

1.1 Doelstelling

Dit rapport heeft als doel het inzicht tussen de kenmerken van de juridische infrastructuur enerzijds en de maatschappelijke gevolgen ervan anderzijds op wetenschappelijke basis te verscherpen. Het onderzoek betreft dus voornamelijk een literatuurstudie. Bij de selectie van thema's en de analyse van de onderzoeksresultaten wordt vooral beoogd elementen te vinden die kunnen leiden tot een verbetering van de Nederlandse juridische infrastructuur. De uiteindelijke doelstelling van dit rapport is tweeledig. Ten eerste moet uit het overzicht van de bestaande theoretische en empirische literatuur blijken welk additioneel (i.h.b. empirisch) onderzoek nodig is om een duidelijk beeld te krijgen van de (on)wenselijkheid van bepaalde instrumenten. Ten tweede dient men uit het bestaande overzicht al heel wat (zij het vaak partiële) consequenties kunnen afleiden wanneer men overweegt bepaalde maatregelen door te voeren.

1.2 Beperkingen van het onderzoek

1.2.1. Beperking tot de juridische infrastructuur in de enge zin

In dit rapport heeft het begrip 'juridische infrastructuur' betrekking op alle elementen waarmee de overheid maatschappelijk gewenst gedrag tracht te stimuleren. Het begrip omvat rechtshandhaving, rechtspraak, dwangtoepassing en rechtsregels. We benadrukken dat we het begrip niet verengen tot elementen van gerechtelijke organisatie (o.a. aantal rechters etc.), zoals het begrip 'infrastructuur' mogelijk suggereert. Verder zullen we in dit rapport geen aandacht besteden aan het laatste element, nl. rechtsregels. Het onderzoek zou anders veel te breed worden. In dit rapport zal de focus dan ook liggen op de juridische infrastructuur in de enge zin (rechtshandhaving, rechtspraak en dwangtoepassing). Wel komt de variabele 'rechtsregels' aan bod, wanneer we het zullen hebben over wat de juridische infrastructuur (in enge zin) produceert: de nalevingsfactor van rechtsregels. De kwaliteit van rechterlijke uitspraken bepaalt de mate van naleving van materiële rechtsregels en heeft in die zin een veel ruimer effect en mogelijk zelfs een effect op de economische groei. We zullen ingaan op de algemene theorieën over handhaving, rechtspraak en dwangtoepassing en daarna meer specifiek op de algemene theorieën over civiel procesrecht. Oorspronkelijk was het de bedoeling om ook het administratief procesrecht in de analyse te betrekken. Gezien de enorme omvang van de theoretische en empirische literatuur omtrent het civiele procesrecht en de voorkeur voor een diepgaande analyse werd besloten om dit achterwege te laten.

1.2.2. Beperking rechtsvergelijking tot drie rechtsfamilies

In de rechtsvergelijkende overzichten zullen we ons beperken, naast Nederland, tot drie rechtsfamilies en tot 5 landen : de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk (anglo-Amerikaanse familie), Frankrijk en België (continentaal-Europees/romaanse familie) en Duitsland (continentaal-Europees/germaanse familie). Deze landen bieden een uitgebreid en gevarieerd gamma van alternatieve instrumenten aan.

1.2.3. *Beperking tot 15 essentiële kenmerken van de juridische infrastructuur*

De juridische infrastructuur kan onderverdeeld worden in zeer veel kenmerken. We zullen ons concentreren op 15 kenmerken van de juridische infrastructuur die zeer algemeen zijn en dus een groot toepassingsgebied hebben. Dit wil niet zeggen dat alle andere kenmerken slechts een zeer beperkte rol spelen. De uitgebreidheid van de theoretische en empirische literatuur noopt ons tot het maken van keuzes. Vooral de mate waarin de literatuur een bepaald kenmerk heeft onderzocht was doorslaggevend voor het weerhouden van een kenmerk. Zullen onder meer niet onderzocht worden omwille van deze redenen: de verplichte procesvertegenwoordiging, de bevoegdheidsverdeling tussen partijen en rechter ten aanzien van het initiatief, het beëindigen en het bepalen van de inhoud en omvang van het proces (wel komt de bevoegdheidsverdeling met betrekking tot de wijze waarop het proces verloopt aan bod), andere regels i.v.m. gerechtelijke organisatie dan het aantal rechters, andere alternatieve vormen van geschilbeslechting dan mediation.

1.2.4. *Geen beperking tot het aansprakelijkheidsrecht*

Wanneer we het verder zullen hebben over het minimaliseren van de maatschappelijke kosten, zullen geregeld begrippen als preventiekosten en (verwachte) schadekosten gehanteerd worden. Voorbeelden zullen meestal uit het aansprakelijkheidsrecht komen. Het is echter niet de bedoeling om te suggereren dat dit rapport enkel relevant zou zijn voor zaken betreffende onrechtmatige daad. Het rapport is evengoed van belang voor zaken over contracten bijvoorbeeld. Ook daar komen dezelfde kostencategorieën terug: nalevingskosten (bvb. kosten voor de uitvoering van het contract), (verwachte) schadekosten (bvb. kost voor contractpartij wanneer contract niet of te laat wordt uitgevoerd) en handhavingskosten.

1.3 Werkwijze

We zullen als volgt te werk gaan. Ten eerste geven we een overzicht van de belangrijkste kenmerken van de juridische infrastructuur (1.4). In onze keuze van kenmerken hebben we ons voornamelijk geconcentreerd op die kenmerken die reeds expliciet bestudeerd werden in de rechtseconomische literatuur. Die kenmerken zijn quasi dezelfde als diegene die men aantreft in de rechtsvergelijkende literatuur, vermits de rechtseconomie bijna alle mogelijk denkbare kenmerken reeds heeft behandeld vanuit één of meerdere optieken (maatschappelijke gevolgen). Vervolgens geven we een opsomming van de belangrijkste maatschappelijke consequenties (1.5). Dit zijn de elementen die de bouwstenen vormen van de maatschappelijke kostenfunctie. We sluiten hoofdstuk 1 af met een overzicht van de literatuur waarop we een beroep zullen doen (1.6). Het betreft de rechtseconomie, de rechtssociologie, de rechtsvergelijking en *development economics*. Voor het theoretisch framework zullen we in hoofdzaak een beroep doen op de rechtseconomische literatuur. Empirisch materiaal zal zowel worden aangereikt vanuit de rechtssociologie als de rechtseconomie. Uit de rechtsvergelijking halen we precieze beschrijvingen van verschillen tussen rechtssystemen. Uit de *development economics* literatuur trachten we relaties tussen kenmerken van de juridische infrastructuur en economische groei te halen. In hoofdstuk 2 gaan we dieper in op de fundamentele uitgangspunten van de economische analyse van rechtshandhaving, rechtspraak en dwangtoepassing. Daarna bestuderen we de basistheorieën van de economische analyse van het civiel procesrecht, die nuttig zullen

zijn bij de beschrijving van de relaties tussen de kenmerken en de maatschappelijke consequenties. In eerste instantie gaan we in op de basisassumptie betreffende het gedrag van individuen (*rational choice*; zie 2.1) en op de maatschappelijke doelstelling van de juridische infrastructuur (minimalisatie nalevingskosten, verwachte schadekosten en handhavingskosten; zie 2.2). Vervolgens geven we een overzicht van hoe de maatschappelijke doelstelling kan bereikt worden (o.a. monetaire vs. niet-monetaire sancties; zie 2.3). In 2.4. bespreken we de theorieën die nagaan wie de rechtsregels dient te handhaven : private partijen of de overheid. Daarna geven we weer hoe de maatschappelijke doelstelling eruit ziet specifiek voor het civiel procesrecht (2.5). Vervolgens geven we een overzicht van de verschillende algemene modellen die een verklaring bieden voor de opgesomde maatschappelijke consequenties (bijvoorbeeld : waarom zijn er soms processen ?, wat bepaalt de hoogte van de uitgaven van de partijen ? etc.; zie 2.6 t.e.m. 2.13). Daarna vragen we ons af of er systematische tegenstellingen bestaan tussen het gedrag van de partijen en het maatschappelijk gewenste gedrag. We zullen zien dat de private incentives van de partijen en de sociale incentives omwille van verschillende redenen in de regel niet gelijklopen (2.14). In 2.15 concretiseren we dan die systematische tegenstellingen voor de verschillende maatschappelijke consequenties. In hoofdstuk 3 geven we een uitgebreid overzicht van de relaties tussen de kenmerken van de juridische infrastructuur en de opgesomde maatschappelijke consequenties. Per kenmerk maken we eerst een rechtsvergelijkende analyse (punt 1), waarbij we kijken naar de relevante rechtsregelen van de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, België, Duitsland en Nederland. Daarna bespreken we de invloed van het kenmerk op de kosten van een proces, het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal schikkingen en processen, de doorlooptijden van processen en schikkingen, de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen en de invloed op het ex ante gedrag (punten 2 t.e.m. 6). Ten slotte gaan we na welke gevolgen men kan trekken uit de bestaande literatuur. Ook zal duidelijk aangestipt worden waar de theoretische en empirische literatuur tekortschiet om duidelijke conclusies te trekken (punt 7). In hoofdstuk 4 geven we onze conclusies weer, met inbegrip van suggesties voor verder empirisch onderzoek.

1.4 Bestudeerde kenmerken van de juridische infrastructuur

De kenmerken die we in hoofdstuk 3 zullen bestuderen zijn de volgende :

1.4.1 Kenmerk 1 : de wijze van proceskostenverdeling (American versus British rule)

De kosten van een proces kunnen op verschillende wijzen onder de partijen worden verdeeld. In de meeste landen worden die kosten verdeeld op basis van één van de volgende twee regelen. Onder de zogenaamde ‘Amerikaanse regel’ draagt elk van de procespartijen zijn eigen proceskosten. Onder de ‘Britse regel’ betaalt de verliezende partij ook de proceskosten van de winnende partij. Verschillende tussenvormen zijn uiteraard mogelijk, afhankelijk van de mate waarin de verliezende partij instaat voor de kosten van de winnende partij.

1.4.2. Kenmerk 2 : de invloed van de schikkingsonderhandelingen op de

proceskostenverdeling (officieel schikkingsaanbod)

In sommige landen worden consequenties verbonden aan de schikkingsonderhandelingen wanneer het tot een proces komt. Meer specifiek voorzien sommige landen in de mogelijkheid voor één of beide partijen om een officieel schikkingsaanbod te doen. De partij die zo'n aanbod niet aanvaardt en het er tijdens een proces slechter van af brengt, draait dan in principe op voor (een gedeelte van) de proceskosten van de tegenpartij.

1.4.3. Kenmerk 3 : de mate van subsidiëring

De meeste landen subsidiëren (alle) juridische procedures in min of meerdere mate. Het percentage van de gesubsidieerde gerechtskosten is een belangrijk kenmerk van de juridische infrastructuur. Zij moet onderscheiden worden van kenmerk 4 (methoden van steun voor financieel zwakkere partijen), dat betrekking heeft op subsidies voor bepaalde doelgroepen.

1.4.4. Kenmerk 4 : de methoden van steun aan financieel zwakkere partijen

De meest gebruikte instrumenten die financieel zwakkere partijen toelaten om toch hun rechten af te dwingen zijn de gefinancierde rechtshulp, de rechtsbijstandverzekering en het toelaten van resultaatafhankelijke betalingswijzen (zie ook kenmerk 5).

1.4.5. Kenmerk 5 : de beloningsstructuur van advocaten

In een vrije markt kunnen advocaten en cliënten verschillende beloningswijzen overeenkomen : betaling per gepresteerd uur, betaling per omschreven handeling en betaling afhankelijk van het resultaat. Deze laatste betalingswijze kan nog verder onderverdeeld worden, naargelang het te betalen bedrag al dan niet afhankelijk is van het door de rechter toegekende bedrag (de zgn. 'contingency fees', i.t.t. de zgn. 'conditional fees'). De mate waarin de overheid bepaalde beloningswijzen reguleert heeft belangrijke maatschappelijke consequenties.

1.4.6. Kenmerk 6 : het uitwisselen van informatie tussen de partijen

Dit kenmerk omvat :

- (a) Het tijdstip waarop informatie moet geleverd worden (aan de tegenpartij en/of de rechter)
- (b) De omvang van informatieverplichtingen
- (c) De sanctionering van informatieverplichtingen (types en hoogte van de sancties).

1.4.7. Kenmerk 7 : de mate van actieve rol van de rechter

Verschiedende rechtssystemen worden gekenmerkt door de verschillende mate van uiteindelijke zeggenschap van de rechter respectievelijk de partijen over het proces. Die zeggenschap kan betrekking hebben op de volgende elementen :

- (a) De bevoegdheden ten aanzien van het initiatief en het beëindigen van het proces
- (b) Het bepalen van de inhoud (de feiten die ter discussie staan) en de omvang van het proces
- (c) De bevoegdheden met betrekking tot de wijze waarop het proces verloopt

We zullen ons vooral concentreren op het laatste punt.

1.4.8. Kenmerk 8 : accuraatheid en foutcontrole (hoger beroep)

Onder dit kenmerk vallen alle regelen die betrekking hebben op de middelen die de overheid inzet of die de overheid de partijen toelaat in te zetten om hun gelijk te halen. In concreto zullen we vooral kijken naar :

- (a) Of hoger beroep kan worden ingesteld, hoeveel keer en voor welke kwesties
- (b) In welke mate de partijen vrij zijn om zelf te beslissen hoeveel middelen zij spenderen om hun gelijk te halen (bijvoorbeeld de hoogte van de schade).

1.4.9. Kenmerk 9 : de mate van formalisme

In zijn breedste zin zou men formalisme kunnen omschrijven als alle eisen, voorwaarden en maatregelen die het proces op een directe manier duurder maken (bijvoorbeeld : er mag enkel schriftelijk bewijs gebruikt worden, zelfs al is ander, goedkoper bewijs voorhanden). In zeer enge zin kan men formalisme definiëren als het opleggen van eisen en voorwaarden die geen enkel nut hebben (bijvoorbeeld : ze verhogen de accuraatheid niet). We kunnen een verband leggen tussen formalisme en een gebrek aan procedurele differentiatie. Het maatschappelijk belang van sommige zaken is groter dan dat van andere zaken. De mate waarin de overheid daarmee rekening houdt door bijzondere procedures te creëren is een belangrijk kenmerk van de juridische infrastructuur.

1.4.10. Kenmerk 10 : regels ter bestrijding van misbruik van procesrecht

De verschillende landen werken met verschillende typen sancties ter preventie en bestraffing van misbruik van procesrecht. De verschillen hebben onder andere te maken met het feit of het misbruik vervat zit in een algemene of specifieke bepaling, met de verdeling van de verantwoordelijkheid voor het misbruik tussen advocaat en cliënt, met voorwaarden op het vlak van subjectieve ingesteldheid door de misbruiker en met de keuze tussen financiële en processuele remedies.

1.4.11. Kenmerk 11 : regels i.v.m. gerechtelijke organisatie

Dit kenmerk omvat verschillende elementen (interne taakverdeling, specialisatie, onafhankelijkheid van rechters, al dan niet werken met jury's, aantal rechters etc.). We zullen ons concentreren op het totale aantal rechters dat voorhanden is voor de instroom van civiele zaken.

1.4.12 Kenmerk 12 : unitaire versus sequentiële processen

Processen kunnen op twee wijzen verlopen. Ofwel wordt er gediscussieerd over alle elementen en neemt de rechter pas nadien zijn besluit. Ofwel wordt element per element bediscussieerd, en spreekt de rechter zich na elke discussie uit. Indien dit besluit negatief uitvalt voor de eiser, kan het geding stopgezet worden en moeten de andere elementen niet meer behandeld worden. Een voorbeeld betreft aansprakelijkheidszaken. In een unitair proces behandelen de partijen én de aansprakelijkheidsvraag én de hoogte van de schade voordat de rechter een besluit neemt. In een sequentieel proces procederen de partijen eerst over de aansprakelijkheidsvraag. Alleen indien die positief beantwoord wordt door

de rechter, procederen de partijen verder over de hoogte van de schade.

1.4.13 Kenmerk 13 : Precisie van rechtsregelen en tijdstip van precisie (standards versus rules, open versus gesloten normen)

Een zeer algemeen kenmerk van rechtsregelen betreft hun mate van precisie, detail en complexiteit, m.a.w. de mate waarin onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten van gedrag. Dit kan onder andere betrekking hebben op het toepassingsgebied van een regel, op uitzonderingen ervan en op aangepaste sancties (bijvoorbeeld op basis van verzachtende omstandigheden). Een tweede algemeen kenmerk betreft het tijdstip waarop de precisie wordt geproduceerd : op het ogenblik van uitvaardiging van de rechtsregel ('rules'), of pas nadat individuen gehandeld hebben, wanneer een zaak voor de rechter komt ('standards').

1.4.14 Kenmerk 14 : Alternatieve vormen van geschilbeslechting (i.h.b. mediation)

Verschiedende landen geven partijen de keuze en soms de verplichting om hun geschil eerst voor te leggen aan een mediator. Indien de zaak daar niet opgelost raakt, kan de zaak terug voor de rechtbank komen.

1.4.15 Kenmerk 15 : Regels i.v.m. de afdwinging van rechterlijke uitspraken

Hier kijken we naar regels die extra druk zetten op veroordeelde schuldenaars.

1.5 Overzicht van de maatschappelijke consequenties

1.5.1 Algemeen

De wijze waarop de overheid processen voor de rechtbanken inricht (dus de keuze van kenmerken van de juridische infrastructuur) bepaalt :

- (1) de kosten van processen
- (2) de doorlooptijden van processen
- (3) de accuraatheid van rechterlijke uitspraken

Deze drie elementen samen beïnvloeden dan weer het schikkingsgedrag van de partijen. Partijen onderhandelen immers in de schaduw van het recht (Cooter, Marks en Mnookin, 1982). De kenmerken van de juridische infrastructuur (samen met andere factoren) bepalen dus ook indirect:

- (4) of partijen tot een schikking komen
- (5) de kosten van schikkingsonderhandelingen
- (6) de doorlooptijden van schikkingen
- (7) de accuraatheid van de schikkingsbedragen

In het licht van al die elementen tezamen bepalen personen dan hoe ze zich zullen gedragen (o.a. bij de beslissing om al dan niet een contract na te leven, bij de keuze van hun preventieniveau), dit is dan :

- (8) de nalevingsfactor van rechtsregels

Het feit dat meer mensen het recht naleven brengt mogelijk ook voordelen op dynamisch vlak mee :

- (9) economische groei

Na hergroepering kunnen we volgend overzicht geven van de maatschappelijke consequenties:

1.5.2. Maatschappelijke consequentie 1 : De kosten per proces en per schikking

De totale kosten van processen bestaan uit het product van het aantal processen met de gemiddelde kosten van een proces. De kosten per proces bestaan uit :

- 1) arbeidskosten : van rechters (en ander overheidspersoneel), advocaten, partijen, getuigen, experts
- 2) psychologische kosten en kosten ten gevolge van een suboptimale intertemporele consumptie en investering door het niet kunnen nemen van beslissingen
- 3) risico- en onzekerheidskosten

De totale schikkingskosten bestaan uit het product van het aantal schikkingen met de gemiddelde kosten per schikking. De kosten per schikking bestaan uit :

- 1) arbeidskosten : hoofdzakelijk van advocaten, andere (professionele) adviserende en begeleidende personen (werknemers verzekeringsinstellingen) en partijen
- 2) psychologische kosten en kosten ten gevolge van een suboptimale intertemporele consumptie en investering door het niet kunnen nemen beslissingen.
- 3) risico- en onzekerheidskosten

1.5.3. Maatschappelijke consequentie 2 : het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en schikkingen

Wanneer een geschil ontstaat, zullen partijen niet steeds bereid zijn iets te ondernemen. Voor die geschillen waarin een partij (de eiser) bereid is te procederen, spreken we van een 'zaak'. Het is in principe voor die geschillen dat men positieve schikkingskosten en/of proceskosten mag verwachten.

1.5.4. Maatschappelijke consequentie 3 : De doorlooptijden van processen en schikkingen

Onder de doorlooptijd van een procedure verstaan we de tijd tussen het ogenblik van dagvaarding (of ander formeel initiatief) en (1) het ogenblik dat de rechter zijn vonnis velt of (2) het ogenblik dat de eiser zijn vordering laat vallen. Onder de doorlooptijd van een schikking verstaan we de tijd tussen het begin van de schikkingsonderhandelingen en (1) het moment dat overeenstemming wordt bereikt of (2) het moment dat de partijen (of een van hen) concluderen dat verder overleg geen zin meer heeft.

1.5.5. Maatschappelijke consequentie 4 : De accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen

Een rechterlijke uitspraak is volledig accuraat wanneer het recht correct wordt toegepast op de feiten, zoals ze zich hebben voorgedaan. Met andere woorden : de waarheid komt met 100 procent zekerheid aan het licht. In realiteit zijn fouten onvermijdelijk. Fouten kunnen ofwel volstrekt willekeurig zijn, ofwel een bias vertonen. Fouten zijn willekeurig wanneer de richting van de fout onvoorspelbaar is. Bijvoorbeeld : de rechter kan evengoed te veel schadevergoeding toekennen als te weinig. Indien fouten een bias vertonen, weten de partijen op voorhand in welke richting de rechter zich zal vergissen. Bijvoorbeeld : de rechter kent steeds 10 procent te véél schadevergoeding toe. We kunnen hier ook het in de

literatuur gemaakte onderscheid tussen Type 1 fouten (schuldigen worden niet bestraft) en Type 2 fouten (onschuldigen worden bestraft) vermelden.

Een schikkingsbedrag is volledig accuraat wanneer het overeenstemt met hetgeen een rechter zou toekennen wanneer die het recht correct toepast op de feiten, zoals ze zich hebben voorgedaan. Ook hier kan men het onderscheid maken tussen fouten die al dan niet een bias vertonen en tussen Type 1 en Type 2 fouten. Het onderscheid tussen verschillende type fouten zal echter niet systematisch gehanteerd worden in dit rapport.

1.5.6. Maatschappelijke consequentie 5 : De invloed op het ex ante gedrag (nalevingsfactor)

Onder de invloed op het ex ante gedrag verstaan we de mate waarin de rechtsregels worden nageleefd (o.a. keuze van preventieniveau, beslissing om het contract na te leven of niet etc.). Met een nalevingsfactor van 90 procent bijvoorbeeld, bedoelen we dat 90 procent van degenen tot wie de regel gericht is, de regel naleeft (of dat 100 procent de regel voor 90 procent naleeft).

1.5.7. Maatschappelijke consequentie 6 : De invloed op economische groei

Het is mogelijk dat het correct afdwingen van rechtsregels niet enkel statische voordelen meebrengt (hogere nalevingsfactor), maar dat er ook positieve dynamische effecten ontstaan in de vorm van economische groei.

1.6 Relevante literatuur

We zullen gebruik maken van verschillende disciplines die het recht bestuderen :

1.6.1. De rechtseconomische literatuur

Hier verwachten we de belangrijkste elementen van een theoretisch framework te vinden. De algemene theoretische literatuur rond 'enforcement' werd ontwikkeld o.a. door Becker (1968), Polinsky en Shavell (1979, 1984, 1991), Shavell (1985, 1987, 1991, 1993) en Polinsky (1980). Als algemeen doel wordt gezien het minimaliseren van de totale maatschappelijke kosten : nalevingskosten, (verwachte) schadekosten en handhavingskosten. In de economische literatuur rond civiel procesrecht, die van start ging in het begin van de jaren zeventig met de bijdragen van Landes (1971), Gould (1973), Posner (1973) en Tullock (1975), werd de beslissing van de eiser om al dan niet te procederen geformaliseerd via een eenvoudig model met als variabelen de winstkansen van de eiser, het bedrag dat hij krijgt bij winst en zijn proceskosten. Verder werden er verschillende modellen ontwikkeld ter verklaring van het feit dat partijen niet steeds tot een schikking komen, maar soms procederen (relatief optimisme, asymmetrische informatie, strategisch onderhandelen, externe effecten, principal-agent probleem in de relatie cliënt-advocaat). Gaandeweg werden de modellen verfijnder (bijvoorbeeld werden de procesuitgaven soms als keuzevariabelen van de partijen beschouwd en niet meer steeds als vast). Ook ging men na in welke mate de beslissingen van de partijen afwijken van het maatschappelijke optimum. In hoofdstuk 2 komen we op al deze elementen uitgebreid terug.

1.6.2. De rechtssociologische literatuur

In de rechtssociologische literatuur over civiele processen vindt men hoofdzakelijk drie types bijdragen : (1) bijdragen die nagaan welke sociale factoren een rol spelen bij het tot stand komen van disputen, (2) bijdragen die de verschillende stadia en transformaties die de disputen doormaken, onderzoeken (bijvoorbeeld : wanneer wordt een dispuut een juridisch geschil?) en (3) bijdragen die de sociale factoren weergeven die van invloed zijn op de uitkomst van geschillen. Sommigen vatten die bijdragen samen als een model van de sociale selectie van disputen voor procesvoering (zie o.a. Fix-Fierro, 2003), dat onderverdeeld kan worden in (1) een theorie over sociale conflicten, (2) een theorie betreffende de mobilisatie van het recht en (3) een theorie over de juridische geschillen voor de rechtbanken (Blankenburg, 1980). Wij zullen in dit rapport gebruik maken van enkele rechtssociologische empirische studies. Zoals boven reeds vermeld baseren we ons theoretisch framework op rechtseconomische bijdragen.

1.6.3. De rechtsvergelijking

Hoewel klassieke comparatisten minder gericht zijn op het bestuderen van effecten van rechtsregels, kunnen in deze literatuur precieze beschrijvingen van verschillen tussen juridische systemen worden gevonden.

1.6.4. Comparative economics, transition economics en development economics.

In deze literatuur is het afgelopen decennium het accent komen te liggen op institutionele oorzaken van economisch succes. Deze literatuur komt aan bod waar we het zullen hebben over economische groei.

2. THEORETISCHE BASISBEGINSELEN BETREFFENDE HANDHAVING, RECHTSPRAAK EN DWANGTOEPASSING

2.1. Basis framework gedrag individuen : Rational choice model

In hetgeen volgt zullen we een beroep doen op de rationaliteitsveronderstelling uit de economische wetenschap. Individuen worden dus beschouwd als rationeel handelende actoren die hun nut trachten te maximaliseren. Uit verschillende keuzemogelijkheden kiezen ze het alternatief dat het beste past bij hun voorkeuren. Voor elk alternatief maken ze een kosten-baten afweging en uiteindelijk kiezen ze voor het alternatief met de grootste netto baten.

Andere sociaal-wetenschappelijke disciplines (in het bijzonder de psychologie) lijken de voorspellende waarde van de rationaliteitsassumptie te relativiseren. Mensen reageren immers niet zuiver rationeel maar ook emotioneel, maken subjectieve inschattingen en baseren hun gedrag ook op sociale normen en waarden. Het is echter belangrijk om in te zien dat rationaliteitsassumptie het gebruik van die elementen niet uitsluit. In het kader van dit rapport zullen we echter niet nagaan hoe bepaalde conclusies kunnen wijzigen als men rekening houdt met factoren als emotionaliteit e.d. De gevolgen van die factoren werken vaak in verschillende richtingen en zijn slechts in heel beperkte mate bestudeerd.

We merken nog op dat verschillende empirische studies aantonen dat rationele overwegingen wel degelijk een rol spelen bij (1) de keuze van individuen om wettelijke normen na te leven en (2) de keuze van individuen om hun rechten al dan niet af te dwingen en het instrument daartoe (zie verder onder theoretische basisbeginselen van procesrecht). Wat betreft de keuze om wettelijke normen na te leven concludeert Eide (1994) bijvoorbeeld dat criminometrische studies een duidelijk negatief verband aantonen tussen enerzijds het aantal misdrijven en anderzijds de kans en grootte van de sanctie. Hetzelfde blijkt uit onderzoek van Theeuwes en Van Velthoven (1994) en Van der Torre en Van Tulder (2001) voor Nederland.

2.2. Algemeen maatschappelijk probleem

Vaak brengen activiteiten van individuen schadelijke gevolgen mee voor andere individuen, zonder dat die daarmee hebben ingestemd. In de economische wetenschap spreekt men van negatieve externe effecten. Boven stelden we dat rationeel handelende individuen zodanig zullen handelen dat hun netto baten worden gemaximaliseerd. Indien zij niet op één of andere manier gedwongen worden rekening te houden met de schade die zij veroorzaken aan derden, zullen zij vanuit maatschappelijk oogpunt inefficiënte beslissingen nemen.

2.3. De maatschappelijke doelstelling

De maatschappelijke kosten kunnen onderverdeeld worden in nalevingskosten (zoals het plaatsen van een filter, trager rijden etc.), (verwachte) schadekosten (materieel en immaterieel) en handhavingskosten. Bij publieke handhaving bestaan de handhavingskosten

uit opsporingskosten (kosten om degene die schade heeft veroorzaakt op te sporen), veroordelingskosten (kosten van het openbaar ministerie/de rechterlijke macht om degene die schade heeft veroorzaakt te veroordelen), kosten van de dader en executiekosten (kosten die gepaard gaan met het effectief uitvoeren van de opgelegde sanctie). Bij privaatrechtelijke handhaving gaat het om de kosten die het slachtoffer moet maken om de dader te identificeren en kosten voor het verkrijgen van een vergoeding, zoals onderhandelingskosten bij schikkingen, proceskosten, soortgelijke kosten voor de dader, invorderingskosten (deurwaarder) en kosten van de overheid. De maatschappelijke doelstelling bestaat erin de som van deze drie kosten te minimaliseren.

Bereiken van de doelstelling, los van handhavingskosten. Zoals boven gesteld maakt de rationele (potentiële) schadeveroorzaker een afweging tussen het overtreden en het naleven van rechtsregels op basis van de waarde die hij verbindt met de verschillende uitkomsten. Hij zal de regel overtreden wanneer de verwachte baten daarvan groter zijn dan de verwachte kosten (nl. de verwachte sanctie) (althans wanneer hij perfect geïnformeerd, risico-neutraal en vermogend is). In principe kan men dan, door de verwachte sanctie gelijk te stellen aan de verwachte schade, het individu dwingen om de schade die hij veroorzaakt aan derden, mee te nemen in zijn beslissing. Het negatieve externe effect wordt geïnternaliseerd. Hij zal dan de efficiënte beslissing nemen over het al dan niet ondernemen van zijn activiteit. Een activiteit waarvan de verwachte baten groter zijn dan de verwachte schade, zal ondernomen worden, een activiteit waarvan de verwachte baten kleiner zijn dan de verwachte schade niet. Op het eerste zicht lijkt een handhavingsbeleid dat erop gericht is de verwachte sanctie gelijk te stellen aan de verwachte schade dan ook perfect.

Bereiken van de doelstelling, rekening houdend met handhavingskosten. Het bovenstaande miskent echter het belang van handhavingskosten, de derde component van de totale maatschappelijke kosten. Indien de verwachte sanctie alleen de verwachte schade weerspiegelt, wordt slechts een deel van het negatieve externe effect geïnternaliseerd. Het gedrag van de schadeveroorzaker brengt ook handhavingskosten mee voor de maatschappij. Indien we de schadeveroorzaker efficiënte incentives willen geven, moet ook die laatste categorie kosten in de verwachte sanctie geïncorporeerd worden.

Gezien handhaving geld kost (investeringen in pakkans en sancties), is een perfecte handhaving vaak niet wenselijk. Extra inspanningen voor handhaving zijn alleen aangewezen indien de extra kosten daarvan kleiner zijn dan de extra baten (afname van de som van de nalevingskosten en de verwachte schadekosten). In het algemeen zal, als gevolg van het feit dat handhaven geld kost, de optimale verwachte sanctie kleiner zijn dan de verwachte schade (Shavell, 2004).

2.4. Wie moet de rechtsregels handhaven : private partijen of de overheid ?

Hier gaan we kort in op de vraag wanneer het recht best gehandhaafd wordt op initiatief van private partijen (via civiele procedures) dan wel op initiatief van de overheid (via strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedures). Het antwoord op de vraag hangt af van wie het best geplaatst is om degene die het recht niet heeft nageleefd te identificeren en indien nodig, op te pakken (Polinsky, 1980; Shavell, 2003). Belangrijk hierbij is om na te gaan of private partijen van nature over informatie beschikken over de partij die het recht zou moeten naleven. Slachtoffers van een schadeveroorzakende daad bijvoorbeeld kunnen vaak bijna kosteloos de schadeveroorzaker identificeren. Het is dan maatschappelijk voordelig om gebruik te maken van die private informatie, in plaats van de overheid middelen te laten investeren om overtredingen vast te stellen.

Opdat private partijen effectief gebruik maken van hun informatie, moeten zij een *incentive* krijgen om hun informatie over te dragen aan de maatschappelijke autoriteiten (de rechtbanken in het bijzonder). Slachtoffers van een verkeersongeval bijvoorbeeld zullen geen civiel proces starten als zij zelf niets kunnen winnen bij zo'n proces. Zo'n *incentive* kan gecreëerd worden door hen een financieel voordeel te geven bij het overdragen van de informatie. Dit voordeel kan bestaan uit de vergoeding van de geleden schade, uitgesproken door een rechtbank (zoals in principe het geval is bij het aansprakelijkheidsrecht en het contractenrecht), maar ook uit een financiële tegemoetkoming van de staat. Private partijen kunnen uiteraard ook nog andere redenen hebben om overtreders aan te geven : genoegdoening dat de overtreder wordt gestraft en beperking van toekomstige schade.

Wanneer het identificeren en/of oppakken van overtreders een inspanning vergt, kan een beroep op de overheid (en strafrechtelijke en bestuursrechtelijke procedures) noodzakelijk zijn. Dit zal het geval zijn wanneer private partijen niet van nature in staat zijn om overtreders te identificeren. Maar zelfs wanneer een private partij de identiteit van de overtreder kent, kan het moeilijk zijn om de overtreder te lokaliseren. In theorie zou men private partijen financiële *incentives* kunnen geven om overtreders te lokaliseren en op te pakken. Dit stuit echter op verschillende moeilijkheden. Ten eerste kunnen financiële incentives aanleiding geven tot valse beschuldigingen . Ten tweede zou dit aanleiding kunnen geven tot te grote inspanningen om overtreders te vatten. Vele personen zullen immers geïnteresseerd zijn om de *bounty* te ontvangen. Meer algemeen vergt een efficiënt systeem coördinatie van inspanningen en investeringen die alleen op lange termijn kunnen terugverdiend worden.

2.5. De maatschappelijke doelstelling van het procesrecht : componenten en empirische begroting van de kosten

Boven zagen we dat de maatschappelijke doelstelling van de juridische infrastructuur neerkomt op het minimaliseren van nalevingskosten, (verwachte) schadekosten en handhavingskosten. Voor het procesrecht bestaan de handhavingskosten o.a. uit de kosten van advocaten, van rechters en ander overheids personeel, van experts, van getuigen, van werknemers van verzekeringsinstellingen, de tijds- en andere kosten van de partijen. Verschillende empirische studies van het aansprakelijkheidsrecht zijn ook van belang voor het procesrecht. Uit een groot aantal onderzoeken blijkt dat er van aansprakelijkheid een afschrikkende werking uitgaat. Aansprakelijkheid is één van de instrumenten die het aantal ongevallen kan doen verminderen. Of het aansprakelijkheidssysteem welvaartsverhogend is, hangt echter af van de vraag in welke mate aansprakelijkheid afschrikkend werkt en wat de kosten zijn van het aansprakelijkheidssysteem. In een aantal Amerikaanse studies wordt getracht na te gaan of de baten van het aansprakelijkheidssysteem (afschrikking) de kosten ervan (waaronder proceskosten) overtreffen. De resultaten en de methodologie van die onderzoeken zijn van direct belang voor de studie van het civiel procesrecht. Immers, het gaat over dezelfde maatschappelijke kostenfunctie. In de hiernavolgende onderzoeken werd de aandacht weliswaar gevestigd op het al dan niet bestaan van aansprakelijkheid of bepaalde modaliteiten ervan, andere onderzoeken kunnen zich concentreren op puur procesrechtelijke regelen en kijken hoe de maatschappelijke kostenfunctie wordt beïnvloedt.

Uit een onderzoek van Donohue (1988) blijkt dat het aansprakelijkheidssysteem in de VS midden de jaren tachtig proceskosten met zich meebracht ergens tussen 16 en 19 miljard \$.

Uit gegevens van de National Safety Council van dat jaar bleek dat de totale jaarlijkse fysieke ongevalschaade 133 miljard \$ bedroeg. Donohue concludeerde hieruit dat het aansprakelijkheidssysteem het aantal ongevallen moet doen afnemen met 12 tot 15 procent om welvaartsverhogend te zijn (merk op dat deze redenering niet volledig correct is. Het aansprakelijkheidssysteem zou de som van de preventiekosten en de schadekosten moeten doen afnemen met 12 tot 15 procent om welvaartsverhogend te zijn).

Uit latere studies bleek echter dat Donohue zowel de totale ongevalschaade als de proceskosten te laag had ingeschat. Uit onderzoek van de Rand Corporation bleek dat de economische kosten van fysieke ongevalschaade 176 miljard \$ bedroeg en niet 133 miljard \$. Op basis van dit gegeven bouwde Schwartz (1994) verder om te komen tot een nog veel hoger cijfer aan jaarlijkse ongevalschaade. Ten eerste hield hij ook rekening met niet-monetaire schade zoals pijn en smart, die hij gelijkstelde met het bedrag van de economische schade (+176 miljard \$). Verder merkte hij op dat de gegevens van de Rand Corporation geen rekening hielden met dodelijke ongevallen. Om deze kost te begroten vermenigvuldigde hij het aantal dodelijke slachtoffers (95.000) met een naar eigen zeggen redelijk conservatieve begroting van de waarde van een mensenleven (2 miljoen \$). Zo kwam hij tot extra kosten van 190 miljoen \$. Ten slotte telde hij er ook nog materiële schadeposten bij die niet voorkwamen in de Rand studie (o.a. schade aan auto's). Schwartz kwam aldus op een totale jaarlijkse ongevalschaade van 690 miljard \$. Wat betreft de totale proceskosten kwam Schwartz op een bedrag uit van 25 miljard \$ in plaats van 16 tot 19 miljard dollar. De studie van de Rand Corporation had immers enkel rekening gehouden met claimkosten gemaakt tijdens processen. Kosten van claims waarbij het niet tot een formeel proces was gekomen waren dus niet meegerekend. Op basis van die nieuwe gegevens kwam Schwartz tot de conclusie dat het aansprakelijkheidssysteem het aantal ongevallen met slechts 4 procent (en niet 12 tot 15 procent) moet doen afnemen om welvaartsverhogend te zijn (zelfde opmerking als hierboven : de som van preventiekosten en schadekosten moet met 4 procent afnemen). Een gelijkaardige studie werd uitgevoerd door Devlin(1992) . Zij ging na of de overgang van een aansprakelijkheidssysteem naar een no fault regime in Quebec (voor het specifieke domein van de verkeersongevallen) welvaartsverhogend was geweest. Ze berekende dat de overgang het aantal ongevallen met fysieke schade als gevolg (inclusief dodelijke ongevallen) met 10 procent had doen toenemen. Ook de materiële schadepost was groter geworden. Op basis van de waarden die ze toedichte aan de verschillende schadeposten (1 miljoen \$ voor dodelijke slachtoffers, 25.000 \$ voor fysieke schade en 2036 \$ voor materiële schade) kwam ze tot extra kosten van 247 miljoen \$ per jaar als gevolg van het no fault regime (de cijfers die ze toedicht aan dodelijke slachtoffers bijvoorbeeld zijn uiteraard betwistbaar). Aan de kant van de voordelen van het nieuwe systeem hield ze in het bijzonder rekening met de administratieve kostenbesparingen voor de verzekeringsmaatschappijen (vooral proceskosten). De jaarlijkse verzekeringspremies waren gedaald met 24 procent : van 400 miljoen \$ naar 304 miljoen \$. De reductie aan administratieve kosten (96 miljoen \$) was duidelijk kleiner dan de extra kosten van het nieuwe systeem (247 miljoen \$). Devlin concludeerde dat de overgang naar no fault inefficiënt was geweest. Schwartz (1994) wijst er echter op dat Devlin de baten van de overgang heeft onderschat : ze beschouwde de erelonen van de advocaten van de slachtoffers niet als kosten, maar slechts als een transfer van de slachtoffers naar hun advocaten. Het bedrag van 96 miljoen \$ moet dus naar boven toe aangepast worden. Of het de conclusie van Devlin zou wijzigen is echter onzeker.

De boven besproken onderzoeken hielden geen rekening met een bepaald kostentype dat zeer aanzienlijk kan zijn. Aansprakelijkheidsregimes brengen niet alleen proceskosten met zich mee, maar dwingen potentiële schadeveroorzakers ook tot het nemen van meer

preventie. De kosten daarvan werden vermoedelijk niet geschat in de onderzoeken van Donohue en Devlin, omdat gegevens omtrent preventiekosten moeilijk te achterhalen zijn. Voor het jaar 1984 kon Schwartz (1994) echter beschikken over gegevens betreffende proceskosten, ongevalskosten én kosten van voorzorgsmaatregelen voor de medische sector. Hier kon dus een meer accurate kosten-baten analyse gemaakt worden. Schwartz berekende de administratieve kosten en de proceskosten van het medische aansprakelijkheidssysteem op 1.72 miljard \$. Uit een studie van Reynolds (1987) leidde hij de kost af van het aangepast gedrag van dokters en ziekenhuizen : 13.15 miljard \$. De totale kosten bedroegen dus ongeveer 15 miljard \$. Tenslotte extrapoleerde hij gegevens over de schadekosten voor New York naar de gehele V.S. : 130 miljard \$. Uit de studie van Weiler (1993) leidde hij af dat medische aansprakelijkheid 15 procent van die schade kan voorkomen. Dit komt neer op een kostenbesparing van 19.5 miljard \$, een cijfer dat de totale kosten ruim overtreft.

Deze studies werpen een licht op de kosten die gemeten moeten worden wil men een volledig beeld krijgen van alle consequenties van een bepaalde procedurele regel. Elke van de 15 te behandelen kenmerken van de juridische infrastructuur (zie 3.1 tot 3.15) heeft immers niet alleen een invloed op de proces- en schikkingskosten, maar ook op de preventiekosten en de ongevalskosten. Veronderstel dat men een regel wil invoeren waarbij de verliezende partij opdraait voor alle kosten van de tegenpartij. Om een uitspraak te kunnen doen over de wenselijkheid van deze regel moet men dus niet alleen zicht hebben op de gewijzigde proces- en schikkingskosten, maar ook op de preventiekosten en de ongevalskosten.

2.6. Verklarende modellen : inleiding

In hetgeen volgt gaan we in op modellen die een verklaring bieden voor de de verschillende maatschappelijke consequenties : de hoogte van de procesuitgaven van de partijen, het aantal zaken, de verhouding tussen het aantal processen en het aantal schikkingen, de doorlooptijden van processen en schikkingen, de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen en het ex ante gedrag (de mate waarin rechtsregels worden nageleefd). Het doel van deze inleiding is de volgende stukken meer toegankelijk te maken, door eerst een eenvoudige samenvatting te geven van hetgeen volgt. Bij het lezen van die stukken, waarin regelmatig een zijsprong wordt gemaakt, zou de essentie kunnen vertroebeld raken. In hoofdstuk 3 zullen we soms het onderscheid maken tussen modellen waarin de uitgaven van de partijen als exogeen worden beschouwd, en modellen waarin die uitgaven als endogeen worden beschouwd. Exogeen betekent hier dat de partijen geen invloed kunnen uitoefenen op de hoogte van de procesuitgaven. Indien zij een proces starten, ligt de hoogte van die kosten vast (bijvoorbeeld 50.000 voor de eiser en 40.000 voor de verweerder). Endogeen betekent dat de partijen wel invloed kunnen uitoefenen op de hoogte van de procesuitgaven. Dit model beantwoordt zonder twijfel meer aan de realiteit. Partijen hebben tijdens een proces verschillende keuzemogelijkheden die de proceskosten beïnvloeden : of ze extra argumenten zullen ontwikkelen, of ze extra bewijs zullen voorleggen, of ze een gespecialiseerde advocaat zullen nemen of niet, of ze een extra advocaat zullen nemen of niet etc. Doorgaans wordt aangenomen dat de winstkansen van een partij toenemen naargelang zijn uitgaven toenemen (in verhouding tot de uitgaven van de tegenpartij). Dit is logisch : extra argumenten, extra bewijs, betere advocaten e.d. hebben gemiddeld genomen een gunstig effect op de winstkans. Of een persoon bereid zal zijn een vordering in te stellen, wordt bepaald door een afweging van verwachte kosten en verwachte baten. Dit wordt ook bevestigd door empirisch

onderzoek. Veronderstel dat een persoon 60 procent kans heeft om van de rechter 100.000 Euro te krijgen en dat de proceskosten van elke partij 20.000 Euro bedragen. De verliezer draait op voor alle proceskosten. De verwachte baten bedragen 60.000 Euro (de persoon heeft 60 procent kans om 100.000 Euro te krijgen). De verwachte kosten bedragen 16.000 Euro (de persoon heeft 40 procent kans dat hij de totale proceskosten van 40.000 moet betalen). De verwachte baten overtreffen dus (ruimschoots) de verwachte kosten. De persoon zal bereid zijn de vordering in te stellen.

Het is niet omdat een persoon bereid is te vorderen, dat het effectief tot een proces zal komen. Vaak wordt een schikking bereikt. Er bestaan 5 modellen die verklaren waarom dit niet steeds het geval is. (1) Ten eerste kunnen de verwachtingen van de partijen omtrent hetgeen de rechter gaat beslissen te ver uit elkaar lopen. Indien de eiser zijn winstkansen hoger inschat dan de verweerder of de eiser denkt meer te zullen krijgen, spreekt men van relatief optimisme. De eiser kan bijvoorbeeld denken dat de rechter hem 100.000 Euro zal toekennen met 100 procent zekerheid, terwijl de verweerder meent dat de rechter slechts met 30 procent kans 100.000 Euro zal toekennen. Het is dan mogelijk, afhankelijk van de grootte van de proceskosten, dat de verweerder niet bereid zal zijn te geven wat de eiser wil krijgen. Het komt dan niet tot een schikking. Dit zal het geval zijn wanneer de verwachte waarde van de vordering van de eiser (verwachte baten min verwachte kosten) groter is dan het verwachte verlies van de verweerder. De schikkingsruimte (het verschil tussen wat de verweerder wil geven en de eiser wil krijgen) is dan negatief. (2) Een andere mogelijkheid is dat één van de partijen of beiden over informatie beschikken waar de tegenpartij geen weet van heeft. Een typegeval betreft een chirurg die een medische fout maakt tijdens een operatie : de chirurg weet in principe hoe hij gehandeld heeft en of hij een fout heeft gemaakt, de patiënt weet vaak enkel dat hij schade heeft geleden, niet of de chirurg foutief heeft gehandeld (hij was onder verdoving, kent de te volgen medische procedures niet etc.). (3) Zelfs als er geen sprake is van optimisme en de partijen over dezelfde informatie beschikken, is een schikking niet gegarandeerd. Het kan tot een proces komen omdat de partijen bij de onderhandelingen te veel naar zich toe willen halen (strategisch onderhandelingsgedrag). Stel dat er een onderhandelingsruimte is van 5.000 Euro. Indien beide partijen meer dan 50 procent daarvan naar zich toe willen halen en geen enkele partij toegeeft, komt het tot een proces. (4) Soms komt het tot een proces omdat dit in het belang is van advocaten. Een advocaat met weinig werk en die per uur betaald wordt, heeft in principe een incentive om te procederen. Indien het tot een schikking komt, vallen zijn inkomsten immers weg. (5) Een laatste reden dat het tot een proces kan komen is dat één van de partijen andere belangen heeft bij het voeren van een proces dan het ter discussie staande bedrag (externe effecten model). Veronderstel dat een onderneming een gebrekkig product op de markt heeft gebracht en dat verschillende personen daardoor gelijkaardige schade hebben geleden. De onderneming kan zich tijdens de onderhandelingen met de eerste eiser hard opstellen (waardoor het mogelijk tot een proces komt), om geloofwaardig te maken aan de andere eisers dat zij niet méér zal bieden dan een bepaald bedrag.

De doorlooptijden van processen (wachtijden plus behandelzeiten) liggen voor een stuk binnen en voor een stuk buiten de invloedssfeer van de partijen. De wachtzeiten hangen af van de verhouding tussen het aantal rechters en het aantal zaken. Hoe groter die verhouding, hoe kleiner de wachtzeiten. De behandelzeiten kunnen wel beïnvloed worden door de partijen. In principe zal een proces langer duren naarmate de procesuitgaven van de partijen hoger zijn (meer argumenten, meer bewijs etc.). Verder heeft vaak één partij (degene die weet dat hij ongelijk heeft) er belang bij dat het proces zo lang mogelijk duurt, opdat de tegenpartij zou opgeven of schikken aan een laag bedrag.

De accurateitheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen hangt af van de inspanningen

van rechters en advocaten. In principe stijgt de accuraatheid van een rechterlijke uitspraak naarmate de partijen meer uitgeven (meer bewijs e.d.). Slechts in de uitzonderlijke gevallen waarin de uitgaven van de partijen elkaar neutraliseren (twee experten met volstrekt tegenovergestelde visies) of de rechter verward wordt door een te groot aantal argumenten, blijft de accuraatheid constant of daalt ze bij stijgende proceskosten. Schikkingsbedragen zullen sterker met de werkelijke schade overeenstemmen, naarmate de accuraatheid van rechterlijke uitspraken toeneemt. De partijen schikken immers in de schaduw van het recht. Indien rechters bijvoorbeeld systematisch eisers in het ongelijk stellen, zullen zij bij schikkingsonderhandelingen zelden een schikkingsbedrag krijgen dat in de buurt ligt van de werkelijke schade. In welke mate schikkingsbedragen afwijken van de werkelijke schade, hangt ook af van de relatieve onderhandelingsmacht van de partijen. Indien de verweerder bijvoorbeeld in een sterke positie zit, zullen eisers mogelijk schikken aan het laagste bedrag dat zij bereid zijn te aanvaarden.

Wanneer partijen kiezen of ze een rechtsregel al dan niet zullen naleven, wegen ze de netto baten van naleven en niet-naleven af en kiezen ze voor de optie met de grootste netto baten. Of alternatief : er wordt gekozen voor de optie met de kleinste totale kosten (som van preventiekosten, het deel van de schadekosten waarvan ze verwachten te zullen moeten instaan en de verwachte proces- en/of schikkingskosten).

Enkele empirische onderzoeken suggereren een verband tussen procesregels en economische groei. Ten eerste blijkt uit enquêtes met ondernemers in sommige landen dat zij menen dat een beter functionerend gerechtelijk apparaat tot een sterke economische groei zou leiden. Ten tweede werd recent in het "Lex Mundi Project" een verband vastgesteld tussen procedureel formalisme enerzijds en corruptie, fairness, consistentie en efficiëntie van rechtspraak anderzijds. Ook werd de sterkere economische groei gedurende de periode 1960-1992 in de common law landen gelinkt aan een sterkere mate van afdwinging van eigendoms- en contractuele rechten.

2.7. Modellen ter verklaring van de hoogte van de uitgaven van de partijen

In vele theoretische rechtseconomische bijdragen worden de procesuitgaven van de partijen als exogeen beschouwd (bijvoorbeeld : Shavell, 1982). Dit betekent dat de uitgaven voor een bepaald type van proces als vast worden beschouwd. De partijen kunnen er geen invloed op uitoefenen. Of het proces nu gaat over 10.000 Euro of 100.000 Euro, de procesuitgaven van de partijen zijn onveranderlijk (en bedragen bijvoorbeeld 5.000 Euro). In modellen waarin de procesuitgaven van de partijen als endogeen worden beschouwd kunnen de partijen wel kiezen voor de hoogte van de procesuitgaven. In de meeste van die modellen maken de partijen procesuitgaven om hun winstkansen te verhogen (Posner, 1973; Tullock, 1980; Katz, 1988; Hay, 1995; Kobayashi en Lott, 1996). Een partij zal extra uitgaven doen tot aan het punt waar de marginale individuele kosten (de extra uitgaven) de marginale individuele baten (hogere winstkans vermenigvuldigd met het ter discussie staande bedrag) overtreffen. Een voorbeeld ter illustratie. Een eiser overweegt of hij een extra argument zal uitwerken. Het zou zijn kansen om het ter discussie staande bedrag van 10.000 Euro toegekend te krijgen verhogen met 10 procent. Enkel indien de extra kost ter ontwikkeling van dit argument minder dan 1.000 Euro bedraagt, zal hij het doen. Uit enkele empirische onderzoeken volgt dat de procesuitgaven van de partijen eerder als endogeen moeten beschouwd worden. Uit het *Civil Litigation Research Project* (CLRP, Trubek e.a., 1983) blijkt bijvoorbeeld dat het ter discussie staande bedrag een van de factoren is die de hoogte van uitgaven beïnvloeden. Shepherd (1999) onderzoekt via een enquête uitgevoerd bij de advocaten van beide partijen in 369 federale civiele zaken de

factoren die bijdragen aan de hoogte van de *discovery*-uitgaven. Hij komt tot de conclusie dat die factoren anders zijn voor eisers dan voor verweerders. Voor eisers zijn de factoren die de hoeveelheid *discovery* bepalen de essentiële karakteristieken van een zaak (bedrag ter discussie, aantal feitelijke betwistingen). Zij voeren de hoeveelheid niet op wanneer de verweerder dit wel doet. De verweerder kiest meestal een hoeveelheid *discovery* die de hoeveelheid van de eiser benadert. Wanneer de verweerder meent dat de *discovery* verzoeken van de eiser excessief zijn, reageert hij door zelf meer *discovery* te doen dan hij anders had gedaan (*tit for tat*). In het omgekeerde geval voert de eiser niet meer, maar minder *discovery* uit.

Een extra moeilijkheidsgraad van endogene modellen bestaat erin dat elke beslissing van een partij omtrent zijn uitgaven de beslissing van de tegenpartij omtrent diens eigen uitgaven beïnvloedt. Om voorspellingen te doen over de uiteindelijke uitgaven van een partij moet men dus zicht hebben op de reactiefuncties van elke partij op de uitgaven van de tegenpartij. Het *conjectural-variations* model (zie o.a. Katz, 1988; Hersch, 1990) maakt een onderscheid tussen provocatieve en intimiderende uitgaven. Provocatieve uitgaven zijn uitgaven waarvan een partij verwacht dat ze tot extra uitgaven van de tegenpartij zullen leiden. Intimiderende uitgaven zijn uitgaven waarvan een partij verwacht dat ze tot kleinere uitgaven van de tegenpartij zullen leiden. Volgens Katz (1988) bevindt in een typisch proces één partij zich in een provocatieve en de andere in een intimiderende positie. Deze extra complicatie van het endogene model komt slechts zelden aan bod in de literatuur en zal in het kader van dit rapport niet verder behandeld worden. We vermelden enkel nog dat ook zonder exacte kennis van de reactiefuncties meestal wordt aangenomen dat de uitgaven van de partijen stijgen naargelang het ter discussie staande bedrag groter wordt (zie o.a. Posner, 1992).

In het kader van de endogene modellen kunnen we ook de notie van de mogelijke *rat race* tussen de partijen vermelden. De partijen kunnen bijvoorbeeld beslissen om elk één advocaat in te huren. Maar dan realiseert partij A zich dat hij zijn winstkansen gevoelig kan vergroten door een extra advocaat in te huren. Partij B, die vreest dat partij A dit inderdaad zal doen, kan dan ook beslissen om een extra advocaat in te huren. Partij A, die anticipeert dat partij B zelf twee advocaten zal inhuren, overweegt nu om een derde advocaat in te huren. Dit kan (in theorie) zo eindeloos doorgaan. Posner (1992) stelt dat gezien deze uitgaven elkaar grotendeels opheffen, het voordelig is voor beide partijen om met elkaar overeen te komen bepaalde procesuitgaven niet te doen. We beklemtonen nog dat de totale uitgaven van de partijen bij een dergelijke *rat race* groter kunnen zijn dan het ter discussie staande bedrag. Nemen we als voorbeeld een geschil over een bedrag van 1.000.000 Euro. Beide partijen, A en B, schatten elk dat het proces hen 400.000 Euro zal kosten en dat ze een winstkans van 60 procent hebben. Nadat ze elk 350.000 Euro gespendeerd hebben, meent A dat een extra investering van 200.000 zijn winstkansen met 25 procent zal verhogen. A zal die investering doen, want de marginale baten (250.000) overtreffen de marginale kosten (200.000). B is nu echter bang dat die extra uitgaven zijn winstkansen zullen doen slinken van 60 naar 40 procent en overweegt een extra uitgave te doen van 150.000 Euro te doen om zijn winstkansen van 60 % gaaf te houden. Hij zal dit doen, gezien de marginale baten (200.000) de marginale kosten (150.000) overtreffen. De totale uitgaven van de partijen bedragen nu al 1.050.000 Euro en zijn dus groter dan het ter discussie staande bedrag.

Vaak wordt gesteld dat vermogende individuen en ondernemingen ermee kunnen dreigen zeer veel te spenderen tijdens een proces en zo hun tegenpartij kunnen ontmoedigen om een proces te starten of een hoog schikkingsbedrag te eisen. Indien een vermogende partij zich verwacht aan een reeks gelijkaardige rechtszaken tegen verschillende eisers, dan kan het inderdaad rationeel zijn voor haar om een dergelijke strategie te ontwikkelen en haar

dreigement indien nodig effectief uit te voeren. Dit zal de geloofwaardigheid van haar harde opstelling tegenover toekomstige eisers vergroten (Posner, 1992).

2.8. Modellen ter verklaring van het aantal zaken

In de rechtseconomische literatuur gaat men ervan uit dat rationeel handelende individuen pas zullen overwegen een vordering in te stellen indien de (verwachte) individuele baten daarvan hoger zijn dan de (verwachte) individuele kosten (voor het basismodel, zie Landes 1971, Posner 1973 en Gould 1973). Voor geldvorderingen werden de (verwachte) baten en de (verwachte) kosten van een vordering als volgt geformaliseerd :

Indien een eiser een vordering instelt, is het vaak niet zeker dat de rechter hem het ter discussie staande bedrag (de baten) zal toekennen. Men dient dan ook te spreken van verwachte baten. De verwachte baten van een vordering zijn gelijk aan het product van de kans dat men door de rechter in het gelijk zal gesteld worden vermenigvuldigd met het bedrag dat de rechter in dat geval zal toekennen (de baten). Merk op dat beide elementen (winstkans en bedrag) afhankelijk zijn van de subjectieve waarnemingen van de persoon die overweegt de vordering in te stellen. Hij kan winstkans en bedrag te hoog, correct of te laag inschatten.

De kosten van een vordering kunnen zeker of onzeker zijn. Onder de Amerikaanse regel draagt men met zekerheid de eigen proceskosten. Onder de Engelse regel is er een kans (indien men verliest) dat men opdraait voor alle proceskosten (Merk op dat onder geen van beide regels zekerheid bestaat omtrent de hoogte van de uiteindelijke proceskosten).

Het verschil tussen de baten en de kosten noemt men de *verwachte waarde* van de vordering. In principe zal de eiser enkel wanneer de verwachte waarde positief (PVW) is bereid zijn een vordering in te stellen. De eiser zal normaal ook enkel een positief bedrag krijgen van de verweerder bij schikkingsonderhandelingen wanneer de verwachte waarde positief is. Immers, wanneer die negatief is, kan de eiser niet geloofwaardig dreigen om een vordering in te stellen.

We kunnen hier twee types empirische studies vermelden. Enerzijds zijn er studies die op micro-niveau nagaan in welke mate potentiële eisers inderdaad kosten en baten afwegen. In een Nederlandse doctoraatsthesis van Freudenthal (1996) bijvoorbeeld wordt gesteld dat 85 procent van alle civiele en commerciële zaken voor de Rechtbanken en Kantongerechten incassozaken zijn. Crediteurs hebben meestal twee mogelijkheden om schulden te innen : via een incasso bureau of via een gerechtelijke procedure. Freudenthal stelde vast dat de crediteurs een weloverwogen keuze maken tussen beide alternatieven op basis van een vergelijking tussen kosten en baten. Ook van Velthoven en Ter Voert (2004) komen in 'Geschilbeslechtingdelta 2003' tot de conclusie dat de keuze van de geschiloplossingsstrategie kan beschreven worden met het rationele keuzemodel. Mensen pakken zelf dié problemen aan die eenvoudig en snel op te lossen zijn en waarvan het financiële belang niet zo hoog is, en zoeken deskundige hulp naarmate het probleem complexer is, meer tijd vergt en het financieel belang groter wordt. Anderzijds trachten verschillende onderzoeken op macro-niveau na te gaan welke factoren de evolutie van het aantal zaken door de jaren heen bepalen. Een recente bijdrage is de tijdsreeksanalyse van van Velthoven (2002) voor de civiele en administratieve rechtspleging in Nederland voor de periode 1951-2000. Daarin wordt gepoogd de invloed van verschillende juridische, sociaal-culturele en economische factoren na te gaan. Van Velthoven concludeert dat de afnemende sociale cohesie en de toenemende regelzucht waarschijnlijk een sterke invloed hebben gehad op de groei van het aantal rechtszaken, en dat deze groei in belangrijke mate is afgeremd door de oplopende kosten van een rechtsgang (honorarium advocaat, eigen bijdrage voor rechtsbijstand, hogere griffierechten en langere duur van processen).

Onder bepaalde voorwaarden echter zullen ook eisers die een claim hebben met een negatieve verwachte waarde (NVW) een vordering instellen of althans een schikking kunnen afdwingen. (1) Ten eerste worden de proceskosten meestal beetje per beetje uitgegeven, en niet in één keer. Bebchuk (1996) heeft aangetoond dat dit soms ertoe kan leiden dat eisers toch bereid zullen zijn een claim met NVW in te stellen. Veronderstel dat eiser en verweerder het eens zijn dat indien het tot een proces komt, de rechter 10.000 Euro zal toekennen aan de eiser. De proceskosten van elk van de partijen bedragen 15.000 Euro. De vordering van de eiser heeft bijgevolg een negatieve verwachte waarde (we veronderstellen voor de eenvoud dat elke partij zijn eigen proceskosten draagt). Hij kan niet geloofwaardig dreigen om een proces te starten. De verweerder zal niet bereid zijn hem een positief schikkingsbedrag aan te bieden. Indien we nu echter aannemen dat de proceskosten niet in één maar in twee fasen (van elk 7.500 Euro) worden uitgegeven, verandert de conclusie. We kunnen dit aantonen door gebruik te maken van de methode van inverse inductie. Partijen kunnen nu niet alleen schikken voorafgaande aan de eerste fase, maar ook tussen fase één en fase twee. Indien de partijen het tijdstip tussen de twee fasen bereiken, zal de eiser geloofwaardig kunnen dreigen om het proces verder te zetten. Door 7.500 Euro uit te geven, kan hij immers 10.000 Euro krijgen (de eerste 7.500 Euro zijn niet recupereerbaar in die fase, het zijn *sunk costs*). De partijen zouden dan schikken in die tussenfase voor een bedrag tussen 2.500 Euro en 17.500 Euro (voor meer uitleg hierover : zie verder). Indien de eiser verwacht ten minste 7.500 Euro bij die schikking uit de brand te kunnen slepen, kan hij ook geloofwaardig dreigen om de eerste fase van het proces te doorlopen. Hij verwacht meer te krijgen dan zijn proceskosten voor die eerste fase. (2) Ten tweede kunnen NVW claims geschikt worden wanneer er sprake is van asymmetrische informatie. Het kan namelijk zijn dat de verweerder het onderscheid niet kan maken tussen eisers die een claim hebben met een PVW en eisers die een claim hebben met een NVW (Bebchuk, 1988). Zo'n verweerder weegt dan de nadelen af van een schikking (hij zal sommige eisers met een NVW claim 'onnodig' betalen) tegen de voordelen ervan (geen proceskosten voor de PVW claims). Het kan soms in zijn voordeel zijn om toch te schikken. (3) Ten derde moet de eiser soms in de eerste fase(n) van het proces geen of zeer weinig uitgaven doen, terwijl de verweerder toch al een serieuze financiële inspanning moet doen. De eiser kan dan geloofwaardig dreigen om die eerste fase(n) te doorlopen. De verweerder zal dan bereid zijn te schikken voor een maximaal bedrag gelijk aan zijn proceskosten van die eerste fase(n), ook al heeft de eiser een vordering met NVW. De eiser kan namelijk het proces stopzetten na die eerste voor hem kosteloze fase(n). (Rosenberg en Shavell, 1985). (4) Ten vierde kunnen repeat players soms vorderingen met een NVW instellen om een reputatie te creëren en alzo in toekomstige schikkingsonderhandelingen toch een positief schikkingsbedrag krijgen (Farmer en Pecorino, 1998). (5) Ten slotte wijzen Cornell (1990) en Landes (1993) er ook nog op dat partijen tijdens een proces vaak nieuwe informatie krijgen waardoor de mogelijkheid bestaat dat een vordering die oorspronkelijk een NVW had, omgevormd wordt tot een vordering met een PVW. Het kan dan in het voordeel zijn van de eiser om het proces te starten tot de tussenfase waar nieuwe informatie vrijkomt. Indien die informatie positief is, zal het proces verder gezet worden, indien zij negatief is, zal de eiser het proces stopzetten.

2.9. Modellen die verklaren waarom partijen procederen

Het verschil tussen het verwachte verlies van de verweerder en de verwachte waarde van de vordering van de eiser noemt men de schikkingsruimte. Deze moet positief zijn, anders kan een schikking niet tot stand komen. Dit is zeer logisch. De eiser zal in het kader van

schikkingsonderhandelingen nooit een aanbod aanvaarden dat lager ligt dan de verwachte waarde van zijn vordering. Immers, door te procederen kan hij meer krijgen. De verweerder van zijn kant zal nooit meer bieden dan hetgeen hij verwacht te verliezen bij een proces (zijn verwachte verlies). Een schikking kan dus maar tot stand komen indien het verwachte verlies van de verweerder groter is dan de verwachte waarde van eisers vordering. Bijvoorbeeld : indien de eiser meent 5.000 Euro te zullen overhouden bij een proces en de verweerder verwacht ‘slechts’ 4.000 Euro te verliezen, kan een schikking in principe niet tot stand komen (de schikkingsruimte is negatief, namelijk – 1.000 Euro). Indien de eiser meent 4.000 Euro te zullen overhouden en de verweerder verwacht 5.000 Euro te verliezen, is er een positieve schikkingsruimte van 1.000 Euro en komt een schikking mogelijk tot stand komen.

In de literatuur werden verschillende modellen ontwikkeld die verklaren waarom partijen niet steeds schikken en aldus de vaak substantiële kosten van een proces vermijden. Het inzicht in de verschillende oorzaken van processen is cruciaal. De mogelijke remedies zijn namelijk afhankelijk van het model dat men voorstaat. Ten eerste zijn partijen vaak te optimistisch over hun winstkansen (het “*optimism model*”, zie o.a. Shavell, 1982, Priest en Klein 1984). Het kan dan bijvoorbeeld zijn dat de eiser het maximale bod van de verweerder bij een schikking niet wil aanvaarden, omdat die eiser denkt dat hij bij een proces meer te winnen heeft. Ten tweede kunnen schikkingen niet doorgaan omdat de partijen over verschillende informatie beschikken (“*asymmetric information*”, zie o.a. P’ng, 1983 en 1987, Bebchuk 1984, Spier 1992). Ten derde schikken partijen soms niet vanwege strategisch gedrag bij het onderhandelen over het schikkingsbedrag (“*bargaining failure model*”). De schikkingsruimte is positief maar de partijen willen een te groot deel van de koek binnenrijven. (zie o.a. Cooter, Marks en Mnookin, 1982, Shavell, 1993). Ten vierde wordt de beslissing om al dan niet te schikken ook beïnvloed door het type contract tussen de cliënt en zijn advocaat (“*Lawyer-client agency model*”). Verschillende bijdragen onderzoeken de invloed van het toelaten van zgn. “contingency fees”. (zie o.a. Clermont en Curri van, 1978, Danzon, 1983, Miceli en Segerson, 1991, Dana en Spier, 1993, Hay (1996)). Ook het feit dat advocaten zelf te optimistisch kunnen zijn kan een invloed hebben op het aantal schikkingen (zie Malsch, 1990). Ten vijfde kan het zijn dat procederen voor de eiser positieve effecten heeft die hij later zal kunnen internaliseren (het “*external effects model*”; het scheppen van een precedent bijvoorbeeld; zie o.a. Galanter, 1974, Rubin, 1977, Landes en Posner, 1979, Priest 1987, Kobayashi 1996).

2.9.1. Het optimisme model

Wanneer de slaagkansen van de eiser hoger worden ingeschat door de eiser dan door de verweerder (men spreekt van relatief optimisme), is het mogelijk dat de schikkingsruimte negatief wordt. Het is dan mogelijk dat de eiser meer vraagt dan de verweerder bereid is te geven. Of anders gesteld : de eiser schat de verwachte waarde van zijn vordering mogelijk hoger in dan dat de verweerder zijn verwachte verlies inschat. Een voorbeeld ter verduidelijking. Stel dat de eiser zijn winstkansen inschat op 70 procent, maar dat de verweerder zijn eigen winstkansen inschat op 60 %, en hij de eiser dus maar een winstkans toedicht van 40 procent. De proceskosten van elk van de partijen bedragen 1.000 Euro en het geschil draait rond een bedrag van 10.000 Euro. Ten gevolge van het relatief optimisme zullen de partijen niet schikken. We zullen ervan uitgaan dat de verliezer opdraait voor de proceskosten. De eiser wil minstens 6.400 Euro krijgen bij een schikking (zijn verwachte waarde is gelijk aan $0.7 \times 10.000 - 0.3 \times 2.000$). De verweerder wil echter maximaal slechts 4.800 Euro geven (zijn verwachte verlies is gelijk aan $0.4 \times 10.000 +$

0.4x2.000). De schikkingsruimte is dus negatief (-1.600), waardoor een schikking onmogelijk wordt. Meer algemeen kan het maar tot een proces komen als de som van de winstkansen die de partijen zichzelf toedichten groter is dan 1. Noemen we P_e de door de eiser ingeschatte subjectieve winstkans, P_v de door de verweerder ingeschatte subjectieve winstkans, C_e en C_v de proceskosten van respectievelijk eiser en verweerder en J het ter discussie staande bedrag. Het komt tot een proces als de eiser meer wil krijgen dan de verweerder bereid is te geven, dus als : $P_e \cdot J - (1 - P_e) \cdot (C_e + C_v) > (1 - P_v) \cdot J + (1 - P_v) \cdot (C_e + C_v)$. Na uitwerking vinden we : $P_e + P_v > 1 + (C_e + C_v) / (J + C_e + C_v)$. De laatste term is positief. $P_e + P_v > 1$ is dus een noodzakelijke voorwaarde opdat het tot een rechtszaak zou komen. Het kan dus alleen maar tot een rechtszaak komen indien de som van de winstkansen die de partijen zichzelf toedichten groter is dat één.

De verwachtingen van de partijen kunnen uiteen lopen omdat zij, als gevolg van de informatiekosten die het recht meebrengt, zich niet perfect informeren over dat recht. Rechtsregels kunnen dan trachten de partijen ertoe aan te zetten om optimaal te investeren in informatie. Bij ons weten zijn er geen bijdragen die nagaan onder welke regel(s) de informatie-uitgaven van de partijen optimaal zijn.

2.9.2. *Het asymmetrische informatie model*

Verschillende modellen beschouwen processen als een ‘spel’ waarbij de eiser of de verweerder of beiden over informatie beschikken waar de tegenpartij geen weet van heeft (zie o.a. P’ng 1983 en 1987, Bebchuk, 1984, Spier, 1992). De eiser wordt bijvoorbeeld vaak verondersteld meer informatie te hebben over de grootte van de door hem geleden schade. De verweerder daarentegen weet soms beter hoe hij zich gedragen heeft en dus of hij al dan niet aansprakelijk zal gesteld worden (een typegeval betreft een arts die mogelijk een medische fout begaat tijdens een operatie). Combinaties van beiden zijn uiteraard mogelijk. De belangrijkste conclusie van deze literatuur betreft het inzicht dat asymmetrische informatie tot processen leidt. Een voorbeeld ter verduidelijking. Een onderneming heeft een product op de markt gebracht dat gebrekkig blijkt te zijn.

Verschillende personen lijden schade. Er zijn twee type schadelijders : zij die (relatief) veel schade hebben geleden (30.000 Euro) en zij die (relatief) weinig schade hebben geleden (10.000 Euro). De onderneming kan echter het onderscheid niet maken tussen beiden. Zij weet enkel dat er van beiden evenveel zijn (50% elk). De rechter kan het onderscheid maken, maar uiteraard slechts nadat de partijen het bewijsmateriaal hebben voorgelegd. De proceskosten van elke partij bedragen 5.000 Euro. De verliezer draait op voor de proceskosten. De vraag is nu of de onderneming met beide type schadelijders een schikking zal overeenkomen. We zullen ervan uitgaan dat de onderneming een te nemen of te laten aanbod doet aan de schadelijder. Indien de schadelijder het bod te laag vindt, zal hij het niet aanvaarden en een proces starten. Schadelijders met een hoge schade willen minstens 30.000 Euro krijgen bij een schikking (bij een proces krijgen ze 30.000 en hebben ze geen proceskosten). Schadelijders met een lage schade moeten minstens 10.000 Euro krijgen. Indien de onderneming een schikkingsbedrag tussen 0 en 10.000 Euro aanbiedt, zullen zowel degenen met een lage als een hoge schade een proces starten. Het verwachte verlies van de onderneming bedraagt dan 30.000 Euro ($0.5 \times 10.000 + 0.5 \times 30.000 + 10.000$) Indien de onderneming 10.000 Euro biedt, zullen enkel schadelijders met een lage schade dit bedrag aanvaarden, degenen die een hoge schade hebben zullen procederen. Het verwachte verlies van de onderneming bedraagt dan 25.000 Euro ($0.5 \times 10.000 + 0.5 \times (30.000 + 10.000)$). Indien de onderneming een bedrag tussen 10.000 en 30.000 Euro aanbiedt, zullen enkel schadelijders met een lage schade dit bedrag aanvaarden, de anderen zullen procederen. Het is nooit in het belang van de onderneming

om dit te doen. Degenen met een lage schade zullen immers reeds toestemmen bij een bedrag van 10.000 Euro. Indien de onderneming ten slotte 30.000 Euro aanbiedt, zullen beide typen schadelijders dit bedrag aanvaarden. Er komt geen proces. Het verwachte verlies van de verweerder bedraagt dan 30.000 Euro. De onderneming minimaliseert dus haar verliezen wanneer ze een aanbod doet van 10.000 Euro. Hieruit volgt dat er zal geschikt worden met de lage schadelijders, maar geprocedeerd met de hoge schadelijders. Ten gevolge van de asymmetrische informatie kan de onderneming het schikkingsbedrag niet afstellen op de individuele eiser en weegt ze de kosten van een proces af tegen de kosten van een hoger schikkingsbedrag. In equilibrium kunnen zich dan processen voordoen.

2.9.3. Het strategisch onderhandelen model

Zelfs indien de partijen akkoord zijn dat er een positieve schikkingsruimte bestaat, kan het zijn dat een schikking niet tot stand komt omdat beiden een te groot deel van de onderhandelingsmarge naar zich toe willen halen (zie o.a. Cooter, Marks en Mnookin, 1982). Soms wordt in de literatuur gesteld: hoe groter de proceskosten, hoe groter de schikkingsruimte en hoe groter het aantal schikkingen. Dit gaat op voor het optimisme model, maar niet voor het strategisch onderhandelen model. De oplossing voor strategisch gedrag zal er eerder in bestaan de schikkingsruimte te verkleinen of zelfs tot nul te reduceren. Indien de schikkingsruimte bijvoorbeeld 100.000 Euro bedraagt, zullen de partijen moeite en tijd ervoor over hebben (inclusief het risico op een proces) om een groot deel ervan naar zich toe te halen. Indien de schikkingsruimte nul is, valt er niets te verdelen.

2.9.4. Het advocaat-cliënt agency cost model

Ook al is er een positieve schikkingsruimte en zouden de partijen tot een vergelijk kunnen komen, hebben advocaten onder bepaalde vergoedingsmechanismen een incentive om te procederen in plaats van te schikken (zie o.a. Clermont en Curri van, 1978, Danzon, 1983 en Hay, 1996). We komen hier later op terug en beperken ons hier tot een voorbeeld. Veronderstel dat een advocaat, die per uur betaald wordt, moet beslissen of hij een schikkingsaanbod van de tegenpartij zal aanvaarden of integendeel een proces zal starten. Indien zijn opportuniteitskosten laag zijn (er wacht weinig ander werk op hem bijvoorbeeld), dan zal hij procederen. Indien hij zou schikken, komt de zaak tot een einde en vallen alle verdere inkomsten van de zaak weg.

2.9.5. Het externe effecten model

Zelfs als partijen het eens zijn over de winstkansen van de eiser, over dezelfde informatie beschikken, niet strategisch onderhandelen en advocaten volledig in het belang van partijen handelen, kunnen nog steeds processen voorkomen. Een van de partijen kan immers andere belangen hebben bij het voeren van een proces dan het bedrag dat eiser van verweerder verlangt (zie o.a. Galanter, 1974, Rubin, 1977, Priest, 1987). Dit kan neerkomen op het precedenten model, alsook op reputatievorming i.v.m. onderhandelingsstrategie, als op het creëren van een 'precedent' i.v.m. feiten (als de feiten bewezen zijn in geval A, kunnen ze ook bewezen of toegegeven of gemakkelijker bewijsbaar zijn in geval B). Een voorbeeld ter illustratie: een verweerder heeft een identiek geschil met verschillende eisers. Door zich hard op te stellen tegen de eerste eiser

(door een zeer laag schikkingsbedrag voor te stellen en bij niet-aanvaarding onmiddellijk te procederen), meent hij 100.000 Euro meer naar zich toe te kunnen halen bij toekomstige onderhandelingen met de andere eisers.

2.9.6. *De verhouding tussen het optimisme model en het asymmetrische informatie model*

In de theoretische bijdragen van de rechtseconomische literatuur gaat de meeste aandacht uit naar het optimisme model en het asymmetrische informatiemodel. Het is dan ook niet verwonderlijk dat verschillende auteurs hebben getracht na te gaan of één van beide modellen beter in staat is empirisch vastgestelde data te verklaren. De methode van die onderzoeken is eenvoudig. De twee modellen hebben gemeen dat zij beiden voorspellen dat (1) een aantal zaken niet geschikt maar geprocedeerd wordt en (2) dat geprocedeerde zaken niet representatief zijn voor de totale verzameling van zaken doordat het type van zaken dat geprocedeerd wordt sterk afwijkt.

Het (willekeurig) optimisme model (in de Engelstalige literatuur treft men de benamingen ‘*random optimism model*’ en ‘*divergent expectations theory*’ aan) voorspelt dat in de zaken die uiteindelijk voor de rechtbanken komen, het aantal winnende eisers naar 50 procent convergeert, ongeacht de fractie van eisers met een goede zaak (Priest en Klein, 1984). De reden is de volgende. Elke partij schat de kwaliteit van de zaak (en dus zijn winstkansen) in met een zekere foutmarge. Zaken worden maar geprocedeerd wanneer – op willekeurige wijze – de eiser behoorlijk optimistischer is dan de verweerder. Dit doet zich vooral voor bij zaken waarvan de kwaliteit dicht bij de beslissingsstandaard (dit is een grenspunt : zaken met een kwaliteit voorbij dit grenspunt worden beslist in het voordeel van de eiser, zaken met een kwaliteit onder het grenspunt in het voordeel van de verweerder) ligt. Immers, in zaken met een kwaliteit ver boven of onder de beslissingsstandaard wordt meestal geschikt. Vermits de verkeerde inschatting even goed van de kant van de eiser als van de kant van de verweerder kan komen, convergeert het aantal winnende eisers naar 50 % (wanneer de foutmarge van de partijen zeer klein is, dus wanneer het aantal processen naar nul evolueert).

Het asymmetrische informatie model leidt tot zeer verschillende resultaten. Veronderstel dat de verweerder over betere informatie beschikt betreffende de hoeveelheid zorg die hij heeft uitgeoefend. De verweerder weet dus beter of de rechter hem al dan niet aansprakelijk zal achten. De eiser kent enkel de distributie van de verschillende types verweerders (bijvoorbeeld : 50 % van de verweerders oefenen veel zorg uit en 50 % weinig zorg). Wanneer de eiser een schikkingsaanbod doet, zal dit aanvaard worden door de verweerders die een grote kans hebben om aansprakelijk gesteld te worden. De verweerders die veel zorg hebben uitgeoefend en dus waarschijnlijk niet aansprakelijk gesteld zullen worden, zullen niet bereid zijn in te gaan op het schikkingsaanbod. De eiser zal dan tegen hen procederen. Het logische gevolg is dat het percentage van winnende eisers kleiner zal zijn dan het percentage van eisers met een goede zaak. Meer specifiek evolueert het percentage winnende eisers naar nul in het geval dat de verweerder over private informatie beschikt.

Empirisch onderzoek dat het percentage winnende eisers nagaat leidt niet tot eenduidige conclusies. Priest en Klein (1984) stelden vast dat dit percentage voor bepaalde soorten van zaken inderdaad rond de 50 procent schommelt. Ook Waldfogel (1995) stelde vast dat voor bepaalde soorten van zaken het percentage van winnende eisers rond de 50 procent ligt. Anderen zoals Eisenberg (1990) en Hylton (1993) stelden systematische afwijkingen vast van de 50 procent voorspelling, onder andere voor bepaalde types aansprakelijkheidszaken en zaken betreffende arbeidsdiscriminatie. Sommigen zien dit als

een bewijs dat het asymmetrische informatie model beter in staat is de realiteit te vatten. Waldfogel (1998) en anderen wijzen er echter op dat de voorspelling van 50 % winnende eisers slechts opgaat wanneer het aantal processen naar nul evolueert (zie boven). Op basis van de bestaande afwijkende data kan men dus niet concluderen dat het optimisme model verworpen moet worden. Waldfogel poogt tegelijkertijd een andere test te ontwerpen om het realiteitsgehalte van beide modellen na te gaan. Hij maakt daarbij gebruik van het feit dat de twee modellen leiden tot een verschillend percentage van processen (T), een verschillend percentage van winnende eisers (P) en een verschillende relatie tussen die twee percentages (T en P). De dataset bestaat uit 65.000 federale civiele zaken van het Southern District of New York die tussen 1979 en 1986 aanhangig werden gemaakt. Zijn conclusie luidt dat het patroon van winnende eisers en percentage van processen in overeenstemming is met het optimisme model en niet met het asymmetrische informatiemodel. Toch vindt hij bewijs van de aanwezigheid van asymmetrische informatie in de vroege fasen na het aanhangig maken van een zaak, in de vorm van eenzijdige winstpercentages voor eisers bij (o.a.) summary judgments. In de eerste fasen na het aanhangig maken van een zaak worden de duidelijke winnaars en verliezers reeds afgescheiden, waardoor de latere fasen gekenmerkt worden door meer centrale (plusminus 50%) in plaats van extreme winstpercentages.

Osborne (1999) komt tot andere conclusies dan Waldfogel. Hij vindt bewijs van de aanwezigheid van asymmetrische informatie ook in de laatste fasen van procesvoering. Hij maakt daarbij gebruik van data gegenereerd door het *Civil Litigation Research Project*. Die data bevatten een maatstaf voor de procesverwachtingen van de partijen (in de vorm van bedragen waarvan de advocaat vindt dat ze moeten aanvaard worden door de cliënt wanneer de tegenpartij dat bedrag aanbiedt). Osbornes redenering gaat als volgt. Onder asymmetrische informatie is één partij beter geïnformeerd dan de andere partij. Indien een zaak niet geschikt maar geprocedeerd wordt, moet één partij het ongeveer even goed doen voor de rechter als hij verwacht had, en moet de andere partij het slechter doen als hij verwacht had. In het optimisme model hebben de partijen gemiddeld een even grote kans om te veel te verwachten. In die soorten van zaken waar één van de partijen betere voorspellingen maakt over de procesuitkomst, ligt de aanwezigheid van asymmetrische informatie dus voor de hand. Osborne komt tot de conclusie dat verweerders in verschillende type zaken over private informatie beschikken, gezien zij beter in staat zijn de uitkomst van het proces te voorspellen. De verschillen tussen eisers en verweerders doen zich echter quasi uitsluitend voor in zaken waarbij de advocaat van de eiser op basis van een contingency fee werkt. Een mogelijke verklaring is dat net in die zaken waarin eisers over weinig informatie beschikken *contingency fees* nuttig zijn. Het risico voor de eiser wordt dan kleiner.

2.10. Modellen die de doorlooptijden van processen en schikkingen verklaren

De doorlooptijden van processen kunnen ingedeeld worden in wachttijden en in behandelertijden. Onder wachttijden verstaan we de tijd gedurende dewelke de rechtbanken een zaak niet kunnen behandelen omwille van andere zaken, terwijl minstens één van de partijen wenst dat de zaak wel wordt behandeld. De wachttijden liggen in principe buiten de invloedssfeer van de partijen. Zij hangen af van de verhouding tussen enerzijds het aantal zaken dat per tijdseenheid in het juridisch apparaat binnenstroomt en anderzijds het aantal rechters en ondersteunend personeel. Meestal worden zaken gehoord volgens het *first come, first served* principe. De behandelertijden daarentegen liggen wel voor een stuk binnen de invloedssfeer van de partijen. De grootte van de invloed hangt vooral af van de

mate waarin de rechter dan wel de partijen de leiding hebben over de wijze waarop het proces verloopt. In principe kan men een positieve relatie veronderstellen tussen de hoogte van de partijuitgaven en behandeltijden. Hogere uitgaven komen immers neer op het gebruik van meer bewijsmiddelen, argumenten etc. Belangrijk is vooral het inzicht dat niet zelden één van de partijen (i.h.b. de partij die weet dat hij ongelijk heeft) er belang bij heeft dat het proces lang duurt. De partij die schade heeft geleden zal bij het vooruitzicht van een lang proces vaak geneigd zijn om een relatief laag schikkingsbedrag te aanvaarden. Men kan echter niet voor elk proces assumeren dat één van de partijen het proces zo lang mogelijk wil rekken. Het kan bijvoorbeeld voor beide partijen beter zijn om zo snel mogelijk de onzekerheid als gevolg van een proces weg te werken. Ook kunnen reputatiesancties voor een partij zodanig hoog zijn dat een lang proces niet gewenst is.

Enkele relatief recente rechtseconomische bijdragen trachten theoretisch en empirisch na te gaan welke factoren van belang zijn voor het tijdstip waarop de partijen een schikking bereiken. In eerdere modellen (Bebchuk, 1984; Reinganum en Wilde, 1986; Nalebuff, 1987) werd het tijdselement telkens weg geassummeerd. Die modellen gingen er namelijk van uit dat één van de partijen een te nemen of te laten aanbod (*take it or leave it offer*) maakt. Indien het aanbod aanvaard werd, schikten de partijen. Indien het verworpen werd, startte het proces. Spier (1992) modelleerde het tijdselement expliciet en kwam tot de conclusie dat de meeste schikkingen overeen gekomen worden aan het begin van de onderhandelingen en net voor de start van het proces (men noemt dit het *deadline effect*). Vlugge akkoorden wijzen op de wens om onderhandelingskosten te vermijden. Het *deadline effect* kan verklaard worden door de wens om een harde onderhandelingsstrategie geloofwaardig te maken. Fournier en Zuehlke (1996) maakten een empirisch model, grotendeels gebaseerd op het theoretisch model van Spier. Zij stelden vast dat schikkingsonderhandelingen langer duren onder de Britse regel (verliezer betaalt proceskosten) als onder de Amerikaanse regel (ieder betaalt zijn eigen kosten). Ook Kessler (1996) onderzocht welke factoren van belang zijn voor de snelheid waarmee een schikkingsakkoord bereikt wordt. Hij stelde vast dat (1) langere doorlooptijden van processen leiden tot langere schikkingsonderhandelingen en (2) sommige wettelijke instrumenten die als doel hebben de duur van schikkingsonderhandelingen in te korten, de duur integendeel verlengen (i.h.b. gerechtsintresten voor winnende eisers). Volgens Miceli (1999) kunnen lange onderhandelingstijden soms gezien worden als een winstmaximaliserende strategie van verweerders. De tijdskosten voor verschillende eisers kunnen uiteen lopen, zonder dat de verweerder de eisers met hoge tijdskosten kan onderscheiden van eisers met lage tijdskosten. Een lonende strategie kan dan zijn om als verweerder in een eerste fase lage bedragen aan te bieden en te beloven in een latere fase hogere bedragen aan te bieden. Eisers met hoge tijdskosten zullen de lage bedragen aanvaarden, de andere eisers zullen wachten tot de latere fasen.

2.11. Modellen die de accuraatheid van rechterlijke uitkomsten en schikkingen verklaren

Boven stelden we dat een rechterlijke uitspraak volledig accuraat is als de rechter het recht correct toepast op de feiten, zoals ze zich hebben voorgedaan. De waarheid komt dus met 100 % zekerheid aan het licht. De accuraatheid (*accuracy*) van rechterlijke uitspraken hangt af van de inspanningen van de rechter en van de partijen. Gewoonlijk wordt aangenomen dat hogere partijuitgaven tot een hogere accuraatheid leiden (zie o.a. Posner, 1992). Hierop bestaan twee uitzonderingen. (1) In bepaalde gevallen zullen de uitgaven van de partijen elkaar neutraliseren (denk bijvoorbeeld aan twee experten die een tegenovergestelde visie naar voren brengen over een technische materie). Hogere

uitgaven leiden in dat geval niet tot een hogere accuraatheid (2) Soms wordt gesteld dat een te groot aantal argumenten, bewijsmiddelen etc. de rechter kunnen verwarren. Hogere uitgaven kunnen in dat geval tot minder accurate uitspraken leiden.

De accuraatheid van schikkingen hangt in de eerste plaats af van de accuraatheid van rechterlijke uitspraken. Partijen schikken immers in de schaduw van het recht (Cooter, Marks en Mnookin, 1982). Wanneer rechters systematisch slechts de helft van de werkelijke schade toekennen, zullen schadeveroorzakende partijen bij schikkingsonderhandelingen in principe ook maar bereid zijn om de helft van de schade te vergoeden.

De accuraatheid van schikkingen hangt ook af van de mate waarin eiser of verweerder het grootste deel van de schikkingsruimte naar zich toe kan halen. Indien verweerders systematisch kunnen schikken aan (quasi) het laagste bedrag dat eiser bereid is te aanvaarden, zullen de schikkingsbedragen systematisch onder het verwachte door de rechter toegekende bedrag liggen. Indien de verweerders systematisch schikken aan (quasi) het hoogste bedrag dat zij bereid zijn te geven, zullen de schikkingsbedragen systematisch boven het verwachte door de rechter toegekende bedrag liggen. Zo zal de partij die geloofwaardig een te nemen of te laten aanbod kan maken, in principe het grootste deel van het schikkingsruimte naar zich toe kunnen halen. Een voorbeeld ter illustratie. Veronderstel dat beide partijen de winstkans van de eiser gelijk inschatten op 90 procent. De proceskosten van elk van de partijen bedragen 2.000 Euro. Indien de verweerder geloofwaardig kan stellen dat hij niet zal afwijken van een bod van 8.600 Euro, zal de eiser dit aanvaarden. Verdere onderhandelingen zullen niets opleveren en indien de eiser procedeert is zijn verwachte waarde ook maar 8.600 Euro (wanneer de verliezer opdraait voor de proceskosten).

Er bestaat weinig of geen empirisch onderzoek dat de mate van accuraatheid van de rechtbanken vaststelt. Een realistisch cijfer plakken op het foutenpercentage van de rechtbanken is een zeer moeilijke opdracht. Het is verleidelijk om het aantal hogere beroepsprocedures en het aantal hervormde vonnissen te zien als een maatstaf voor de accuraatheid van de lagere rechtbanken. Omwille van verschillende redenen is dit echter geen goede maatstaf. Ten eerste hangt het aantal hogere beroepen niet alleen af van het kwaliteitsverschil tussen lagere en hogere rechters, maar ook van factoren zoals de kostprijs en de doorlooptijden van een hogere beroepsprocedure. Ten tweede zullen hogere instanties soms ook correcte uitspraken omzetten in incorrecte uitspraken, waardoor de accuraatheid van de lagere rechtbanken eigenlijk groter is dan blijkt uit de hervormingspercentages. Ten derde zullen partijen na de fase in eerste aanleg soms schikken. Er zal waarschijnlijk vaak geschikt worden in zaken waarin de eerste rechter een grote (duidelijke) fout heeft gemaakt. Die fouten vindt men dus niet meer terug in het hervormingspercentage, waardoor de accuraatheid van rechterlijke uitspraken groter lijkt te zijn dan ze eigenlijk is.

Ook Botero, La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer en Volokh (2003) merken op dat er niet zoiets bestaat als een "*Justice-O-Meter*". Van de drie elementen – kosten, tijd en accuraatheid – zijn enkel de eerste twee relatief eenvoudig te meten. Zij stellen dat gelet op de bestaande mogelijkheden we niets beters hebben dan enquêtes die de subjectieve gevoelens van tevredenheid meten van partijen en advocaten (zie o.a. Kakalik, 1997).

We willen nog melding maken van het recent (dec. 2003) opgezet project 'Gerede Twijfel' onder leiding van van Koppen. Mensen die onterecht menen veroordeeld te zijn (strafrechtelijk wel te verstaan) kunnen hun zaak laten onderzoeken door de Juridische Faculteit van de Universiteit Maastricht. Door een gelijkaardig project in de Verenigde Staten zijn verschillende onschuldig veroordeelden vrijgelaten. Doel is o.a. de oorzaak van rechterlijke dwalingen te onderzoeken. Een gelijksoortig onderzoek zou ook voor civiele

processen oorzaken van foutieve uitspraken kunnen bestuderen. Ook Shavell (1995) lijkt in die richting te denken.

2.12. Modellen die de nalevingsfactor verklaren

Rationele partijen wegen alle relevante baten en kosten af wanneer zij beslissingen nemen omtrent hun primair gedrag (naleven van rechtsregels). Ze wegen de netto baten van de verschillende mogelijkheden tegen elkaar af en kiezen voor de mogelijkheid met de grootste netto baten. De factoren die meegenomen worden in de afweging zijn de preventiekosten, de verwachte schadekosten, de accuraatheid van rechterlijke uitspraken, de kosten van processen (m.i.v. tijdskosten), de kans op een schikking, het verwachte schikkingsbedrag en de schikkingskosten. Veronderstel dat een fabriek moet beslissen of zij al dan niet een filter zal plaatsen (kostprijs 5.000 Euro) om vervuiling tegen te gaan. Indien ze die niet plaatst en er treedt schade op (gemiddeld 10.000 Euro), zal ze aansprakelijk gesteld worden voor de totale schade (geen type I fouten). Indien ze de filter plaatst en er treedt schade op, zal ze niet aansprakelijk gesteld worden (geen type II fouten). In het optimisme model komt het dan steeds tot een schikking. Indien de fabriek de filter plaatst, bedragen haar kosten 5.000 Euro. Ze betaalt haar preventiekosten, maar geen schadekosten (de winstkans van de eiser is gelijk aan nul, die van de verweerder 1. Procederen brengt, onder de Engelse regel, geen kosten mee voor de verweerder. Een positief schikkingsbedrag is dan ook niet mogelijk). Indien ze de filter niet plaatst, bedragen haar kosten 10.000 Euro (dit is het schikkingsbedrag. De winstkans van de eiser is gelijk aan 1, die van de verweerder nul). Na afweging van de kosten en baten beslist de onderneming om de filter te plaatsen.

2.13. Modellen die een verband leggen met economische groei

Algemeen wordt aangenomen dat hervormingen van het gerechtelijk apparaat en van juridische procedures de economische prestaties van een land in sterke mate kunnen verbeteren (Sherwood, 1995). Toch is er geen overvloed aan empirische bewijzen die de economische impact van een zwak juridisch systeem aantonen (zie o.a. Weder, 1995). Hobbes (1651) argumenteerde reeds dat zonder juridisch sanctieapparaat welvaartsverhogende overeenkomsten vaak niet zouden gesloten worden uit angst dat de tegenpartij niet zou presteren nadat men zelf zijn verbintenis had uitgevoerd. Williamson (1995) stelt dat een "high performance economy" gekenmerkt wordt door een significant aantal lange termijn contracten, terwijl net dit type contracten moeilijk kan worden afgesloten zonder goed functionerend gerechtelijk apparaat. Wanneer contracten niet via gerechtelijke weg kunnen worden afgedwongen, zal een disproportioneel deel van de transacties in de 'spot market' plaatsvinden (minder kans op niet-naleving) en zullen ondernemingen gebruik van het gerechtelijk apparaat vermijden o.a. door verticale integratie, hetgeen leidt tot hogere transactiekosten en een "low performance economy". Fafchamps (1996) levert anekdotisch materiaal ter ondersteuning van Williamson's thesis. Ondernemingen in Ghana gebruiken vaak tussenpersonen wanneer zij zaken willen doen met andere ondernemingen. Die tussenpersonen zijn vertrouwenspersonen van beide ondernemingen. Deze tussenkomst van de tussenpersoon levert de partijen een relatieve zekerheid dat de verbintenissen zullen worden nagekomen, maar duwt de transactiekosten de hoogte in. Sherwood, Shepherd en de Souza (1994) erkennen dat het rechtstreeks testen van de hypothese van Hobbes (zie boven) een quasi onmogelijke opdracht is: men zou moeten nagaan welke transacties niet doorgaan en de daaruit voortvloeiende verliezen berekenen. Clague e.a. (1995) bedachten een indirecte test. Zij stellen dat hoe groter

percentage het percentage geld dat op bankrekeningen staat, hoe groter het vertrouwen is van de burgers in het gerechtelijk apparaat en andere instituten die het recht moeten afdwingen. Indien een groot percentage van de geldvoorraad buiten de banken gehouden wordt, betekent dit waarschijnlijk dat een groot aantal transacties op de spot market plaatsvinden. Regressie-analyses (met gegevens van geïndustrialiseerde landen en ontwikkelingslanden) stelden effectief een verband vast tussen het percentage geld aanwezig in het financiële systeem en de mate van investeringen, en in beperkte mate zelfs economische groei. Castelar Pinheiro (1998) wees er echter op dat de basisassumptie van die onderzoeken twijfelachtig is. Een groot deel van de fondsen bij banken bestaat immers uit liquide middelen die snel kunnen worden opgevraagd. Men kan dus niet aannemen dat een hoge ratio van bankfondsen noodzakelijk overeenstemt met een klein aantal simultaan uitgevoerde transacties. Verschillende enquêtes onder Zuid-Amerikaanse ondernemers lijken de thesis van Hobbes te ondersteunen. Volgens Braziliaanse ondernemers zouden de investeringen in de Braziliaanse economie met 10 procent toenemen indien het gerechtelijk apparaat even goed zou functioneren als in de meer geavanceerde markteconomieën (Castelar Pinheiro, 1998). Uit een enquête van de Wereld Bank onder Peruaanse ondernemers blijkt dat een derde van de ondernemers niet zou overstappen van de bestaande betrouwbare leverancier naar een goedkopere leverancier uit vrees dat het contract niet zou kunnen worden afgedwongen (Dakolias, 1996).

Een tweede lijn van onderzoek gaat na in welke mate economische groei afhangt van de mate waarin eigendomsrechten worden gerespecteerd en de politieke machten de 'rule of law' respecteren. Uit een enquête van de Wereld Bank (1997) uitgevoerd bij 3600 ondernemingen in 69 landen blijkt dat voor meer dan 70 procent van de bevraagden een onvoorspelbaar gerechtelijk apparaat een groot obstakel vormde bij het ontwikkelen van hun activiteiten. Het rapport stelt verder een correlatie vast tussen het vertrouwen in de overheidsinstellingen (inclusief justitie) en de mate van investering en economische groei van een land. Messick (1999) stelt vast dat rigoureuze econometrische methoden voor de 'rule of law' hypothese nog in de kinderschoenen staan. Twee vermeldenswaardige bijdragen die gebruik maken van regressie-analyse zijn Mauro (1995) en Knack en Keefer (1995). Deze studies gebruiken verschillende proxies (zoals de perceptie van ondernemers betreffende de politieke risico's die gepaard gaan met het ondernemen) voor de performantie van het gerechtelijk apparaat en trachten een correlatie te vinden tussen een beter gerechtelijk apparaat en hogere investeringen, groei en andere indicatoren van economische vooruitgang. De studies vinden een positief verband tussen de proxies en de economische indicatoren, maar de methodologie van de studies wordt scherp bekritiseerd. Vraagtekens kunnen geplaatst worden bij de gebruikte proxies en de studies houden met andere mogelijke verklaringen zoals het introduceren van een onafhankelijke centrale bank geen rekening (Castelar Pinheiro, 1998). Posner (1998) wijst er ook op dat de regressie-analyses de causaliteitsvraag niet beantwoorden: het zou ook kunnen dat een hogere mate van economische ontwikkeling de staten toelaat om meer te spenderen aan het gerechtelijk apparaat. Pistor (1995) merkt op dat dezelfde factoren die bijdragen aan economische vooruitgang verantwoordelijk kunnen zijn voor verbeteringen van het gerechtelijk apparaat. Beiden kunnen resulteren als gevolg van voorafbestaande attitudes in de maatschappij ("social capital", zie Ellickson, 1997). Hirschman (1994) stelt dat politieke en economische vooruitgang niet rechtstreeks op enige functionele manier aan elkaar verbonden zijn. Op sommige tijdstippen kan er sprake zijn van interdependentie, op andere tijdstippen evolueren ze autonoom.

Er zijn recente empirische onderzoeken die op macro-niveau een verband aantonen tussen (o.a.) procesregels en economische indicatoren. Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes en Shleifer (2003) maken een index van procedureel formalisme in hun "Lex Mundi project"

en vinden dat het formalisme (voor twee specifieke procedures, zie verder) duidelijk groter is in *civil law* landen dan in *common law* landen. Zij vinden empirisch een positief verband tussen enerzijds formalisme en anderzijds corruptie, fairness, consistentie en efficiëntie. Mahoney (2001) stelt dat *common law* landen gedurende de periode 1960-1992 een sterkere economische groei kenden dan de *civil law* landen (ongeveer 0.5 procent meer per jaar per capita BNP). Hij suggereert dat de oorzaak ligt in de sterkere mate van afdwinging van eigendoms- en contractuele rechten. Het valt (ook volgens Mahoney zelf) echter niet uit te sluiten dat de gevonden resultaten eveneens kunnen verklaard worden door andere typische aspecten van “*Englishness*”.

2.14. Centraal incentive probleem : verschil tussen de private en de sociale incentives

2.14.1. Inleiding

In de eerste delen van hoofdstuk 2 gingen we dieper in op de maatschappelijke doelstelling van de juridische infrastructuur. In de delen 2.6 tot en met 2.12 bespraken we modellen die het gedrag van private partijen verklaren (wanneer ze beslissingen nemen omtrent de hoogte van de uitgaven, of ze zullen schikken of niet etc.). In de volgende twee delen gaan we na in welke mate het gedrag van de partijen de maatschappelijke welvaart maximaliseert. We zullen zien dat er systematische divergenties bestaan tussen het private gedrag van de partijen en het maatschappelijk gewenst gedrag.

2.14.2. Centraal incentive probleem

Een belangrijke vraag is of het winstmaximaliserend gedrag van individuen (zie 2.1) ook de maatschappelijke welvaart maximaliseert. Meer concreet : zullen de partijen enkel een proces starten wanneer dit gewenst is vanuit maatschappelijk oogpunt, zullen zij schikken wanneer dit gewenst is, zullen zij de maatschappelijk optimale hoeveelheid proceskosten maken wanneer een proces onvermijdelijk is etc. ? Verschillende factoren doen vermoeden van niet. Omwille van diverse redenen lopen de private *incentives* van de partijen en de sociale *incentives* uiteen (zie o.a. Shavell, 1982, 1997, 1999, 2004) :

- (1) De beslissingen van de partijen (al dan niet vorderen, al dan niet schikken, hoogte van de uitgaven etc.) houden enkel rekening met het te winnen/verliezen bedrag, niet met de gevolgen op het gedrag van de potentiële schadeveroorzakers. Een voorbeeld ter illustratie (ontleend aan Shavell, 2004). Veronderstel dat als een ongeval plaatsvindt, het slachtoffer 10.000 Euro schade leidt. De proceskosten van het slachtoffer bedragen 3.000 Euro, die van de verweerder 2.000 Euro. Beiden dragen hun eigen proceskosten (de Amerikaanse regel is van toepassing). De kans op een ongeval is 10 procent en schadeveroorzakers kunnen geen voorzorgsmaatregelen nemen om de kans op een ongeval te verkleinen. Het slachtoffer zal steeds bereid zijn te vorderen wanneer schade optreedt : de baten (10.000) zijn groter dan de kosten (3.000 Euro). In de veronderstelling dat de partijen niet zullen schikken maar procederen, bedragen de verwachte proceskosten $0.1 \times (3.000 + 2.000) = 500$ Euro. Vanuit maatschappelijk perspectief is deze uitkomst niet efficiënt. Ook al weet de schadeveroorzaker op voorhand dat het slachtoffer zal vorderen wanneer schade zich voordoet en dat hij er dus voor zal opdraaien, hij kan niets ondernemen om de kans op schade te verkleinen. Er zijn geen voordelen op het vlak van preventie, enkel proceskosten. We merken

- nog op het uiteenlopen van de private en de sociale incentives er evengoed toe kan leiden dat er vanuit maatschappelijk oogpunt te weinig geprocedeerd wordt.
- (2) Voor zover de partijen de kosten van de tegenpartij en van de overheid niet dragen, houden zij er geen rekening mee bij hun beslissingen. Bijvoorbeeld : veronderstel dat de kosten van rechters volledig gedragen worden door de overheid. Partij A moet beslissen of hij extra bewijsmateriaal zal voordragen of niet. Zijn marginale baten daarvan zijn 2.000 Euro, zijn marginale kosten 1.500 Euro. De marginale kosten voor de overheid bedragen 1.000 Euro. Hoewel de totale marginale kosten de marginale baten overtreffen, zal partij A beslissen om het extra bewijsmateriaal toch voor te leggen. Hij draait immers slechts op voor een fractie van de totale kosten.
 - (3) Het spiegelbeeld van (2) betreft de situatie waarbij de partijen niet alle baten van hun handelen kunnen internaliseren (dit wil zeggen dat zij baten genereren voor derden maar die derden er niet voor moeten betalen). Een voorbeeld betreft de in principe te kleine *incentive* van de partijen voor het ontwikkelen van precedenten (zie verder). Een voorbeeld ter verduidelijking. Een partij overweegt om te trachten een precedent uit te lokken. Dit zal hem 5.000 kosten. Zijn private (verwachte) baten bedragen 1.000. Eens het precedent gecreëerd is, zullen andere individuen er ook van kunnen profiteren (baten voor derden 9.000). De partij zal beslissen om geen uitgaven te doen van precedentencreatie (hij verliest 4.000). Vanuit maatschappelijk oogpunt is er te weinig precedentencreatie (totale baten zijn 5.000). Mocht de partij de baten van derden internaliseren (9.000 extra), zou hij wel overgaan tot precedentencreatie.

2.15. Specifieke problemen

2.15.1. Suboptimale procesuitgaven van de partijen

Er zijn verschillende redenen waarom er een kloof kan bestaan tussen de private en de maatschappelijk optimale incentives om uitgaven te doen tijdens een proces. Ten eerste zullen de partijen soms uitgaven doen die elkaar volledig opheffen en die dus geen sociaal nut hebben (bijvoorbeeld wanneer de partijen zich beroepen op verschillende experts die elkaar tegenspreken, de ene in het voordeel van de eiser en de andere in het voordeel van de verweer verweerder). Ten tweede zullen sommige uitgaven de rechter eerder misleiden dan de accuraatheid van uitspraken verhogen. Ten derde bepalen de partijen hun procesuitgaven in functie van de mate waarin deze hun winstkansen verhogen, zonder rekening te houden met enig effect op de incentives om schade te voorkomen. Dit kan tot te hoge of te lage uitgaven leiden.

Het overgrote deel van de zaken wordt geschikt. Dit feit maakt de analyse complexer en heeft als algemeen gevolg dat de maatschappelijk gewenste procesuitgaven hoger worden (dan de maatschappelijk gewenste uitgaven mocht er nooit geschikt worden). De voordelen op het vlak van *deterrence* vloeien immers voor een groot stuk voort uit het loutere feit dat partijen ver *kunnen* gaan in het uitgavenniveau, zonder dat ze dit noodzakelijk doen. Wanneer partijen schikken, doen ze dit immers in het licht van wat ze *kunnen* doen in het kader van een proces. Hoe groter de schikkingsfrequentie, hoe hoger de maatschappelijk gewenste procesuitgaven.

Partijen kunnen niet alleen te veel maar ook te weinig middelen inzetten tijdens een proces. Dit is het geval wanneer de *deterrence* voordelen van extra uitgaven relatief groot zijn maar de private opbrengsten voor de partij relatief klein zijn.

Er bestaan verschillende instrumenten om (eventuele) te hoge uitgaven van de partijen te

corrigeren (1 en 2), alsook verschillende instrumenten om (eventueel) te lage uitgaven van de partijen bij te sturen (3, 4 en 5).

- (1) de rechter bepaalt rechtstreeks het punt waar de partijen moeten stoppen
- (2) de hoogte van de uitgaven wordt gestuurd via het prijsmechanisme (bijvoorbeeld via belastingen)
- (3) het subsidiëren van alle processen
- (4) het subsidiëren van processen waarvan men vermoedt dat de uitgaven van de partijen systematisch te laag liggen
- (5) het stimuleren van rechtsbijstandverzekeringen

Een bijzonder geval van procesuitgaven betreffen de uitgaven om nieuw recht te creëren. Procedures kunnen niet alleen gezien worden als activiteiten waarbij geschillen worden beslecht, maar ook als activiteiten waarbij rechtsregels worden geproduceerd. De rechtsbanken zijn ten dele een rechtsregelfabriek. Precedenten kunnen grote voordelen met zich meebrengen. Ten eerste vergroten zij de voorspelbaarheid van het recht, door het afleiden van *rules* (bijvoorbeeld : 'je mag slechts 120 km/u rijden op de autosnelweg onder normale omstandigheden') uit *standards* (bijvoorbeeld : automobilisten moeten zodanig rijden dat de maatschappelijke welvaart wordt gemaximaliseerd). Een te grote onduidelijkheid kan leiden tot situaties waarbij waardevolle activiteiten niet worden ondernomen of inefficiënte activiteiten wel worden ondernomen. Precedenten kunnen niet alleen een positieve invloed hebben op het ex ante gedrag, maar leiden ook tot minder processen. Een belangrijke oorzaak van processen is immers een verschillende visie van de partijen op de uitkomst van het geding. Hoe minder duidelijk de rechtsregels, hoe groter de kans dat de verwachtingen van de partijen uit elkaar lopen. Ten derde vereenvoudigen precedenten het werk van hogere rechters, die erop moeten toezien dat de lagere rechters het recht correct toepassen. In plaats van telkens te moeten nagaan of vage *standards* correct werden toegepast, moeten ze nu slechts onderzoeken of een specifieke *rule* correct werd toegepast.

De partijen die investeren in het creëren van een precedent, internaliseren slechts een gedeelte van de baten van de nieuwe regel. Partijen niet betrokken bij het proces, maar die gelijkaardige geschillen hebben, genieten immers ook van de nieuwe regel. Nieuwe regels worden doorgaans (quasi) kosteloos bekendgemaakt. De investerende partij draagt dus alle kosten van zijn investering, maar krijgt slechts een fractie van de baten. Dit leidt in principe tot een onderinvesteringsprobleem voor precedentencreatie. Dit algemeen probleem van onderinvestering kan kleiner worden wanneer de partijen sowieso een *incentive* hebben om teveel uit te geven (in verhouding tot de *deterrence* waarde). Een deel van die te grote uitgaven gaat dan mogelijk naar precedentencreatie.

Verschiedende instrumenten zijn mogelijk om het probleem van een suboptimale precedentencreatie te verbeteren :

- (1) het subsidiëren van alle processen
- (2) het subsidiëren van succesvolle precedentenuitlokkers
- (3) het subsidiëren van alle partijen die trachten een precedent uit te lokken
- (4) een regel van proceskostenverdeling die niet te streng is voor de partij die een proces verliest (de succeskans van het uitlokken van een precedent is immers klein)
- (5) het initiatief en het uitwerken van precedents meer naar rechters toeschuiven

Een andere reden van suboptimale uitgaven dient gezocht te worden in de verhouding advocaat-cliënt. Advocaten hebben doorgaans een betere kennis van het recht dan hun cliënten. Deze informatie-asymmetrie ligt aan de basis van het *principal-agent* probleem tussen de advocaat (de agent) en zijn cliënt (de principal). Advocaten worden verondersteld volledig in het belang van hun cliënt te werken, maar door het gebrek aan

juridische kennis in hoofde van de cliënt kan de advocaat gedeeltelijk zijn eigen belang nastreven in het nadeel van zijn cliënt. Een eenvoudig voorbeeld ter illustratie. Indien de advocaat per uur betaald wordt, heeft hij onder bepaalde voorwaarden (o.a. lage opportuniteitskosten; zie verder onder 3.5) een *incentive* om te veel tijd aan een zaak te spenderen (in verhouding tot hetgeen optimaal is voor zijn cliënt). Indien de juridische kennis van de cliënt en de advocaat even groot zou zijn, zou dit probleem zich niet voordoen.

Theoretisch gezien kan het *principal-agent* probleem andere problemen uitvergrooten of verkleinen. De te grote *incentive* van advocaten om verder te procederen onder een uurloon bijvoorbeeld kan het probleem van te grote procesuitgaven (in verhouding tot de *deterrence* waarde) uitvergrooten of het probleem van te kleine procesuitgaven verkleinen. In de literatuur worden verschillende methoden naar voren geschoven die het *principal-agent* probleem gedeeltelijk kunnen verhelpen (we gaan hier dieper op in onder 3.5) :

- (1) Het invoeren en afdwingen van ethische regels
- (2) Vertrouwen op en stimuleren van reputatiesancties
- (3) Een beroep op advocaten niet verplicht stellen (doorbreking van het wettelijk monopolie van vertegenwoordiging voor de rechtbanken)
- (4) De cliënt toelaten zijn vordering te verkopen aan de advocaat
- (5) Aanpassen van de vergoedingsmechanismen van advocaten zodanig dat hun belangen meer gelijklopen met die van hun cliënten

Wanneer partijen over onvoldoende financiële middelen beschikken, kunnen hun uitgaven te laag zijn in verhouding tot de maatschappelijk gewenste hoeveelheid. Dit probleem wordt hierna uitgewerkt. Hier vermelden we nog enkele mogelijke oplossingen voor dit probleem (we gaan hier dieper op in onder 3.4) :

- (1) het rechtstreeks subsidiëren van processen voor personen met onvoldoende financiële middelen
- (2) het stimuleren (eventueel via subsidies) van rechtsbijstandverzekeringen
- (3) het toelaten van alternatieve vergoedingswijzen voor advocaten, zoals *contingency fees*

2.15.2. Suboptimaal aantal zaken en suboptimale verhouding tussen het aantal schikkingen en het aantal processen

Een partij zal soms een zaak starten ook als dit niet efficiënt is vanuit sociaal oogpunt en zal soms geen zaak starten hoewel dit efficiënt zou zijn vanuit een maatschappelijke optiek. Enerzijds houden partijen enkel rekening met het ter discussie staande bedrag en niet met het effect op de *incentives* om schade te voorkomen. Dit kan tot teveel of te weinig zaken leiden, gezien de sociale baten van het aanhangig maken van een zaak groter of kleiner kunnen zijn dan het ter discussie staande bedrag. Anderzijds houden de partijen geen of onvoldoende rekening met de kosten van de andere partij en van de overheid. Dit kan leiden tot nog meer ongewenste zaken of de tendens naar te weinig zaken afzwakken of ombuigen.

We kunnen hier opnieuw het *principal-agent* probleem vermelden. Onder sommige vergoedingsmechanismen zullen advocaten een zaak starten ook als dit niet in het belang van de cliënt is of zullen ze geen zaak starten wanneer dit wel in het belang van de cliënt zou zijn. We benadrukken nogmaals dat theoretisch gezien het *principal-agent* probleem de divergenties tussen de private en de sociale *incentives* kan afzwakken of versterken. Wanneer een partij over onvoldoende financiële middelen beschikt, zal zij soms niet in staat zijn een zaak te starten, ook al zou dit vanuit maatschappelijk oogpunt gewenst zijn. Dit kan ook negatieve consequenties hebben op het schikkingsbedrag (zie verder).

Ook de private en de maatschappelijke incentives om te schikken lopen vaak uiteen. Wanneer iemand schade heeft geleden, kunnen de partijen ofwel schikken ofwel procederen (tenzij de schadelijgende partij beslist zelf de schade te dragen). Het voordeel van een schikking is dat (soms zeer hoge) proceskosten worden uitgespaard. Boven stelden we dat partijen alleen maar zullen schikken als hun verwachtingen over wat de rechter zal beslissen niet te ver uit elkaar liggen. Het is weinig realistisch te stellen dat die verwachtingen geheel buiten de invloedssfeer van de partijen liggen. Partijen hebben integendeel de mogelijkheid om zich voorafgaandelijk aan een eventueel proces in te lichten over het toepasselijke recht en de feiten. Hoe meer de partijen zich informeren voorafgaandelijk aan het proces, hoe groter de kans dat zij gelijklopende opvattingen zullen hebben over hetgeen de rechter zal beslissen en hoe groter de kans dat de partijen zullen schikken. De afweging die moet gemaakt worden is dus tussen informatiekosten en proceskosten. Een belangrijke consequentie hiervan is dat het maatschappelijk wenselijk kan zijn om een zeker aantal processen te hebben. Immers, op een bepaald moment wegen de baten van extra informatie niet meer op tegen de kosten ervan.

De vraag is of de private en de sociale incentives om informatieuitgaven te doen uit elkaar lopen. Twee elementen doen vermoeden van wel. (1) Ten eerste zal elke partij zijn informatieuitgaven afwegen tegen de proceskosten die hij zal moeten dragen, niet tegen de totale proceskosten. Voorzover de verliezende partij enkel zijn eigen proceskosten moet dragen of slechts een fractie van de proceskosten van de tegenpartij, bestaat de mogelijkheid dat de partijen zullen onderinvesteren in informatie voorafgaandelijk aan het proces. In dat geval zullen er vanuit maatschappelijk oogpunt te veel processen zijn. (2) Ten tweede zullen de informatieuitgaven van de partijen in verhouding staan tot de proceskosten. Boven zagen we dat de partijen hun proceskosten zullen bepalen in functie van het ter discussie staande bedrag. De proceskosten konden vanuit maatschappelijk oogpunt te hoog of te laag zijn. Bijgevolg kunnen ook de informatieuitgaven te hoog of te laag zijn.

We dienen te benadrukken dat de hoogte van de informatieuitgaven en de maatschappelijk gewenste hoeveelheid nog niet systematisch onderzocht werd in de rechtseconomische literatuur.

Het aantal schikkingen kan anderzijds ook te hoog zijn. Partijen houden er immers geen rekening mee dat een rechterlijke uitspraak positieve externaliteiten kan meebrengen (verduidelijking van het recht). Bovendien blijft de inhoud van schikkingen vaak geheim, waardoor het gedrag van schadeveroorzakers soms niet bekend raakt en zij anticiperend daarop te weinig zorg in acht nemen.

We dienen hier opnieuw het *principal-agent* probleem te vermelden. Onder bepaalde betalingswijzen heeft de advocaat een *incentive* om te schikken ook als dit niet in het belang is van zijn cliënt. Een voorbeeld ter illustratie : onder een uurloon zal de advocaat een te kleine *incentive* hebben om te schikken (onder bepaalde voorwaarden zoals lage opportuniteitskosten). Eens een schikking bereikt is, valt de inkomstenbron namelijk weg. Omgekeerd kan hij ook een *incentive* hebben om te procederen, waar een schikking beter zou zijn voor de cliënt (we behandelen dit uitgebreid onder 3.5).

2.15.3. Suboptimale doorlooptijden van rechterlijke uitspraken en schikkingen

De doorlooptijden van rechterlijke uitspraken hangen onder andere af van de uitgaven van de partijen. Vermits die uitgaven te hoog of te laag kunnen zijn, kunnen ook de doorlooptijden te hoog of te laag zijn. Voorts hebben de partijen geen *incentive* om rekening te houden met de tijdskosten van de tegenpartij wanneer ze er niet voor moeten opdraaien. Dit kan leiden tot te lange doorlooptijden van processen en

schikkingsonderhandelingen. De doorlooptijden hangen ook af van de uitgaven van de overheid (capaciteit rechters e.d.). Indien de overheid niet voldoende rekening houdt met de tijdskosten van partijen bij het bepalen van het aantal rechters waarin zij zal voorzien, kunnen de doorlooptijden te hoog zijn.

2.15.4. Suboptimale accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen

De accuraatheid van rechterlijke uitspraken hangt deels af van de procesuitgaven van de partijen. Gezien die uitgaven te hoog of te laag kunnen zijn, kan de accuraatheid van rechterlijke uitspraken vanuit maatschappelijk oogpunt ook te hoog of te laag zijn. En gezien schikkingen tot stand komen in het licht van hetgeen voor de rechtbank gebeurt, kunnen schikkingsbedragen ook te accuraat of te weinig accuraat zijn. Merk op dat we met *té* accuraat bedoelen dat er te veel middelen worden gependeed aan accuraatheid. Gegeven een bepaalde hoeveelheid uitgaven, moet uiteraard een zo groot mogelijke accuraatheid nagestreefd worden.

Soms is de medewerking van één van de partijen nodig om tot een accurate beslissing te komen. Bewijs kan niet altijd geleverd worden aan de hand van documenten die voor beide partijen eenvoudig toegankelijk zijn of door (in principe) neutrale getuigen en/of experts. Soms kunnen feiten alleen maar bewezen worden door documenten of kennis enkel in het bezit van de tegenpartij. Zonder enige vorm van dwang zal die tegenpartij uiteraard geen voor hem nadelige informatie spontaan meedelen.

De sociale kosten van een informatiekloof tussen de partijen kunnen substantieel zijn. In de literatuur worden verschillende maatregelen naar voren geschoven die het asymmetrische informatie probleem in min of meerdere mate kunnen verhelpen (zie verder onder 3.6) :

- (1) de rechter veroordeelt de partij die het gevraagde bewijsmateriaal niet overlegt tot het ter discussie staande bedrag
- (2) de rechter trekt de gepaste conclusies uit het niet voorleggen van het gevraagde bewijsmateriaal (grote vrijheid rechter)
- (3) de rechter kan of moet de gegevens die uit het niet-voorgelegde bewijsmateriaal zouden blijken als feit aannemen
- (4) de rechter veroordeelt de partij die het bewijsmateriaal niet overlegt tot financiële sancties (boetes, proceskostenveroordeling etc).

3. KENMERKEN EN CONSEQUENTIES

In dit deel beschrijven we de relaties tussen de kenmerken van de juridische infrastructuur en de verschillende maatschappelijke consequenties, met uitzondering van ‘economische groei’. De literatuur omtrent economische groei werd boven weergegeven. Wij troffen geen bijdragen aan die de relaties tussen specifieke kenmerken van de juridische infrastructuur en ‘economische groei’ behandelen.

3.1. De wijze van proceskostenverdeling (American versus British rule)

3.1.1. Rechtsvergelijking

In Engeland moet de verliezer gewoonlijk de kosten van de winnaar betalen (‘indemnity rule’, ‘English rule’, ‘British rule’) (zie o.a. Katz, 2000 en Michalik, 1999). Het betreft advocatenkosten, expertkosten, kosten van getuigen en griffierechten. Een winnende eiser wordt vergoed voor zijn kosten, ook als het door de rechter toegekende bedrag kleiner is dan het oorspronkelijk geëiste bedrag. Wel is het bedrag waarvoor de verliezende partij opdraait beperkt tot de redelijke procesuitgaven van de winnende partij. De verliezende partij heeft een algemeen recht om de rekeningen van de winnaar te onderwerpen aan een redelijkheidstest door het ‘taxing office’ van de rechtbank (redelijkheid wordt beoordeeld in het licht van de elementen ter discussie, hun zwaarte en wat beschouwd kan worden als redelijk handelen in het kader van een proces). De winnende partij moet dan ook een gedetailleerd kostenoverzicht opstellen. Het ‘taxing office’ hanteert dan een dubbele redelijkheidstest : (1) was het redelijk om gezien de omstandigheden het (gedane) werk te doen en (2) is het gevraagde loon voor dat werk redelijk ? Beroep tegen de beslissing is mogelijk (eerst bij een andere ‘taxing officer’, dan bij een rechter, dan bij het ‘Court of Appeal’) (Michalik, 1999). De recente Woolf hervormingen hebben enkele wijzigingen meegebracht voor fast track en multi track claims : voor de fast track zijn de verhaalbare kosten gestandaardiseerd. Enkel een redelijk lage, vaste som kan nu door de winnaar geëist worden van de verliezer. Voor de multi track geldt grotendeels het oude systeem. De kosten worden nu echter getaxeerd volgens een strenger criterium : ze moeten redelijk zijn voor de beide partijen (Michalik, 1999).

In de Verenigde Staten draagt iedere partij in principe zijn eigen proceskosten (Katz, 2000; Schlesinger, Baade, Herzog en Wise, 1998). Er bestaan wel enkele uitzonderingen, o.a. voor zaken in het domein van het consumentenrecht en het mededingingsrecht. Daar moet de verliezende verweerder ook de proceskosten dragen van de winnende eiser (maar niet omgekeerd, men spreekt van *one way fee shifting*).

In Duitsland moet de verliezer alle noodzakelijke kosten gemaakt door de winnaar vergoeden, inclusief die van de ‘rechtsanwalt’ (de advocaat). De advocatenkosten zijn echter wel duidelijk op voorhand bepaalbaar : ze zijn wettelijk gereguleerd en bedragen een bepaalde fractie van de waarde van het dispuut (Gottwald, 1999; Van Zeeland en Barendrecht, 2003).

In Frankrijk maakt men het onderscheid tussen ‘les dépens’ (kosten die noodzakelijk moeten gemaakt worden) en ‘les frais irrépétibles’ (niet-noodzakelijke kosten). ‘Les dépens’ worden limitatief opgesomd door de wet (gerechtskosten, expertkosten,

deurwaarderskosten, bepaalde advocatenkosten indien een advocaat verplicht is en dit volgens een wettelijke schaal). Deze kosten worden gedragen door de verliezende partij, tenzij de rechter anders beslist in een gemotiveerde beslissing. De 'frais irrépétibles' (hoofdzakelijk advocatenkosten, uitgezonderd de wettelijke schallonen voor advocaten wanneer die verplicht gesteld zijn, maar ook de tijdskosten van een partij) moesten oorspronkelijk gedragen worden door de partijen zelf. Omdat die kosten, in het bijzonder in ingewikkelde procedures, vaak onontkoombaar waren, hebben rechters nu een grotere discretionaire bevoegdheid om een deel ervan op de verliezende partij te leggen (art. 700 nieuwe code de procedure civil). Ze kunnen daarbij rekening houden met de economische situatie van de partijen. In de praktijk blijkt dat de rechters slechts een klein deel van deze kostenpost op de verliezende partij leggen (Cadiet, 1999, p. 312). Dit geldt vooral voor het tribunal de grande instance en het tribunal d'instance, minder voor het tribunal de commerce.

In België betaalt de verliezer in principe de proceskosten van de winnende partij. Tot voor kort kon de winnende partij echter slechts een zeer beperkt deel van zijn advocatenkosten verhalen op de verliezer (de zogenaamde rechtsplegingsvergoeding is zeer beperkt; de tarieven zijn vastgelegd in het K.B. van 30/11/1970. Vanaf 1/9/2003 bedragen de tarieven voor de rechtbank van eerste aanleg 57 Euro voor een vordering tot 250 Euro, 114 Euro voor een vordering tussen 250 en 620 Euro, 171 Euro voor een vordering tussen 620 en 2.500 Euro en 342 Euro voor een vordering groter dan 2.500 Euro). In het arrest van 28 februari 2002 echter stelde het Hof van Cassatie dat advocatenkosten vallen onder de vergoedbare schade van slachtoffers van een onrechtmatige daad en dat zij die dus kunnen verhalen op de aansprakelijke (Geldof en Claessens, 2002). Maar zelfs na dit arrest wordt zeer zelden een kostenveroordeling aangevraagd. Het lijkt erop dat de toepassingsvoorwaarden zeer restrictief worden toegepast.

In Nederland draait de verliezende partij in principe op voor de kosten van de winnende partij (de gerechtskosten, de deurwaarderskosten, expertenkosten, kosten van getuigen en de advocatenkosten). De mate waarin de advocatenkosten moeten worden terugbetaald hangt af van een opgelegd tarief, dat rekening houdt met het aantal stappen dat ondernomen werden en het bedrag dat ter discussie staat.

Een empirisch interessante vraag is in welke mate de winnaar effectief zijn gemaakte kosten terugkrijgt van de verliezer in landen die de Engelse regel toepassen. Uit een bijdrage van Michel (2002) blijkt dit percentage te liggen op 75 procent voor Engeland, 1 (één) procent voor België (d.i. in de periode voor het bovenvermelde Cassatie-arrest) en tussen 5 en 25 procent voor Frankrijk. Voor Nederland en Duitsland vonden we geen percentages. Wat Nederland betreft, blijkt uit de liquidatietarieven van de rechtbanken en de hoven dat slechts een deel van de kosten van de winnende partij wordt gedragen door de verliezer. Voor een vordering tot 9.983 Euro zal de winnaar in principe niet meer dan 1.655 Euro toegekend krijgen. Voor een vordering tussen 9.983 Euro en 19.512 Euro niet meer dan 2.340 Euro. Voor een vordering tussen 19.512 Euro en 39.025 Euro niet meer dan 3.493 Euro. Voor een vordering tussen 39.025 Euro en 97.562 Euro niet meer dan 7.710 Euro etc. (zie : <http://www.rechtspraak.nl/reglementen/liquidatietarief.htm>). Voor een groot aantal zaken zullen de werkelijke advocatenkosten ongetwijfeld de liquidatietarieven overtreffen.

3.1.2. Invloed op de kosten van processen en schikkingen

Verscheidene auteurs hebben theoretisch aangetoond dat de procesuitgaven van de partijen groter zijn onder de Engelse regel dan onder de Amerikaanse regel (Braeutigam, Owen en Panzar (1984), Katz (1987) en Hause (1989)). Dit resultaat kan intuïtief

gemakkelijk verklaard worden. Ten eerste wordt de inzet van het proces voor beide partijen groter : het verschil tussen de pay-offs indien men wint en de pay-offs indien men verliest is groter onder de Engelse regel. Ten tweede kunnen hogere uitgaven door een partij de winstkansen van die partij kan vergroten. De partij die deze uitgaven doet incorporeert daarvan de baten. Onder de Amerikaanse regel draagt die partij ook de kosten. Maar onder de Engelse regel worden die kosten soms door de tegenpartij gedragen (namelijk wanneer die verliest). Met andere woorden, onder de Engelse regel worden de procesuitgaven gedeeltelijk gesubsidieerd door de andere partij, waardoor die uitgaven hoger komen te liggen dan onder de Amerikaanse regel. Dit effect wordt nog versterkt door marginaal overoptimisme : de partijen kunnen de mate waarin de bijkomende uitgaven hun kansen verhogen, overschatten.

Deze theoretische stelling wordt bevestigd door empirisch onderzoek van Snyder en Hughes (1990). Zij analyseerden data uit een experiment van de Amerikaanse staat Florida. Tussen 1980 en 1985 werd de Amerikaanse regel daar vervangen door de Engelse regel voor medische aansprakelijkheidszaken. Snyder en Hughes vonden dat de procesuitgaven van verweerders in dergelijke zaken gedurende die periode stegen met 61.3 tot 108.1 procent.

3.1.3. De invloed op het aantal zaken en de invloed op de verhouding tussen het aantal processen en het aantal schikkingen

Of de Engelse regel (in het optimisme model) tot meer of minder zaken leidt is vanuit theoretisch oogpunt onduidelijk (Shavell 1982). Enerzijds worden claims met een lage winstkans ('zwakke claims') ontmoedigd onder de Engelse regel. Immers, indien de winstkans van de claim klein is, is de kans dat men zijn eigen proceskosten én die van de tegenpartij moet dragen groot. Onder de Amerikaanse regel moet men enkel zijn eigen proceskosten betalen, ook bij claims met een lage winstkans. Anderzijds stimuleert de Engelse regel claims met een hoge winstkans ('sterke claims'). Een hoge winstkans betekent dat men waarschijnlijk geen gerechtskosten zal moeten betalen. Onder de Amerikaanse regel echter moet men voor dergelijke claims nog steeds de eigen gerechtskosten betalen.

Merk op dat een en ander afhangt van de verhouding tussen de procesuitgaven van eiser en verweerder. De Engelse regel zal zwakke claims in sterkere mate ontmoedigen naargelang de procesuitgaven van de verweerder stijgen in verhouding tot die van de eiser. En sterke claims zullen niet steeds aangemoedigd worden onder de Engelse regel, met name wanneer de procesuitgaven van de verweerder veel groter zijn dan die van de eiser. In dat geval kan de –zelfs minieme- kans dat eiser zal moeten opdraaien voor die gerechtskosten hem doen afzien van het instellen van een vordering. Het is dan ook logisch dat in modellen die de procesuitgaven van de partijen niet als exogene factoren beschouwen, de stelling dat sterke claims gestimuleerd worden wat van zijn kracht verliest. Snyder en Hughes (1990) stelden empirisch vast dat een groter percentage eisers definitief zijn vordering laat vallen (zonder schikking) onder de Engelse dan onder de Amerikaanse regel. Dit zou er op kunnen wijzen dat de Engelse regel enkel zeer sterke vorderingen stimuleert en de andere vorderingen bemoeilijkt. We merken ook op dat het risico van de partijen onder de Engelse regel groter is (partijen kunnen meer verliezen en meer winnen). Dit kan ertoe leiden dat risico-averse partijen een vordering niet zullen instellen onder de Engelse regel die ze wel zouden hebben ingesteld onder de Amerikaanse regel. Boven stelden we dat de Engelse regel zwakkere zaken wegfiltert en sterkere zaken stimuleert. Dit heeft uiteraard zijn effect op het percentage van de zaken waarin de eiser in het gelijk wordt gesteld : het zou moeten stijgen. Hughes en Snyder (1995) stelden dit

ook empirisch vast (stijging van 8.2 procent).

In het optimisme model leidt de Engelse regel tot minder schikkingen dan de Amerikaanse regel. De reden is dat de Engelse regel de effecten van verschillende meningen over de winstkansen uitvergroet (Shavell, 1982, Shavell 2003). Een voorbeeld ter illustratie (ontleend aan Shavell, 2003). Veronderstel dat de eiser denkt 100.000 Euro te winnen met 80 procent kans. De verweerder denkt dat de eiser slechts 30 procent kans heeft om te winnen. De proceskosten van de eiser bedragen 50.000 Euro, die van de verweerder 40.000 Euro. Onder de Amerikaanse regel is de schikkingsruimte positief : de eiser wil minstens 30.000 Euro krijgen, de verweerder wil maximaal 70.000 Euro krijgen. Onder de Engelse regel komt het tot een proces : de eiser wil minimaal 62.000 Euro krijgen, de verweerder wil maximaal 57.000 Euro geven.

Boven (zie 3.1.2) stelden we dat de Engelse regel tot grotere procesuitgaven van de partijen leidt. Snyder en Hughes (1990) noemen dit het “verhoogde uitgaven effect” en contrasteren dit met het in de vorige paragraaf beschreven “optimisme-effect”. In tegenstelling daarmee leidt het “verhoogde uitgaven-effect” tot méér schikkingen, aangezien procederen bij hogere uitgaven duurder wordt in vergelijking met schikken. Of de Engelse regel tot meer of minder schikkingen leidt dan de Amerikaanse hangt dus af van de vraag welk effect overheerst. Empirisch onderzoek van Snyder en Hughes (1990) lijkt uit te wijzen dat het optimisme effect zwaarder weegt dan het verhoogde uitgaven effect.

Ook in asymmetrische informatiemodellen leidt de Engelse regel tot minder schikkingen wanneer een partij private informatie heeft over de slaagkansen van eiser’s vordering (zie o.a. Bebchuk, 1984). Wanneer er sprake is van asymmetrische informatie over de winstkansen, dan zijn de partijen het ook nog eens oneens over hun verwachte gerechtskosten (naast de onenigheid over het ter discussie staande bedrag) onder de Engelse regel. Wanneer de partijen symmetrische informatie hebben over de slaagkansen van de eiser, dan heeft de Engelse regel geen effect op het aantal schikkingen, ongeacht of de partijen het eens zijn over de hoogte van de schade (Reinganum en Wilde, 1986). De (extra) onenigheid over de verwachte gerechtskosten vloeit immers enkel voort uit de onenigheid over de winstkansen.

Prichard (1988) gaat de invloed na van verschillende regels van kostenverdeling op de mate van precedentencreatie. Aangezien het uitlokken van een precedent typisch een risicovolle onderneming is (lage slaagkans), zullen meer partijen trachten een precedent uit te lokken onder de Amerikaanse regel, dan onder de Engelse regel. Het risico dat men onder de Engelse regel moet opdraaien voor de proceskosten van de tegenpartij is immers groot. De grotere stock aan precedenten onder de Amerikaanse regel kan op zijn beurt leiden tot méér schikkingen, gezien het recht duidelijker wordt en de verwachtingen van de partijen dichter bij elkaar komen te liggen.

3.1.4. De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen

Hughes en Savoca (1997) stellen dat onder de Engelse regel eisers sneller beslissen om een zaak te laten vallen en er vlugger een schikkingsakkoord wordt bereikt. De reden is dat de Engelse regel het dreigen met een proces minder geloofwaardig maakt voor zwakke claims. Zij stelden dit ook empirisch vast (op basis van data uit het voorheen aangehaalde experiment, Snyder en Hughes, 1990). Verder stellen zij dat de Engelse regel de duur van processen zou verlengen, omdat de uitgaven van de partijen hoger zijn (zie 4.1.1) en dit meer en zwaardere proceshandelingen impliceert. Op empirisch vlak vonden zij echter geen statistisch significant effect op de duurtijd van processen.

3.1.5. *De invloed op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen*

De Engelse regel leidt tot rechterlijke uitspraken met hogere accuraatheid, indien men aanneemt dat de hogere uitgaven van de partijen kunnen leiden tot meer kwaliteit (zowel op het vlak van het al dan niet terecht veroordelen van partijen als bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding).

De invloed van de Engelse regel op schikkingsbedragen is niet eenduidig.

(a) Veronderstellen we eerst dat de partijen het eens zijn over de winstkansen van de eiser. Dan zal een overgang naar de Engelse regel in de regel leiden tot hogere schikkingsbedragen voor de partij die de grootste winstkans heeft. Stel dat dit de eiser is. Dan zal zowel de verwachte waarde van de eiser en het verwachte verlies van de verweerder groter worden (de eiser wil meer krijgen en de verweerder wil meer geven), waardoor het schikkingsbedrag in principe zal stijgen. Indien de verweerder de grootste kans heeft om te winnen, leidt de Engelse regel tot lagere schikkingsbedragen (Hay en Spier, 1998). (b) Veronderstellen we nu dat de partijen het niet eens zijn over de winstkansen van de eiser. In zaken van relatief optimisme (de eiser schat zijn winstkansen hoger in dan de verweerder) zal de Engelse regel vaak de verwachte waarde van de eiser groter en het verwachte verlies van de verweerder kleiner maken. De eiser wil meer krijgen maar de verweerder wil minder geven. Welk effect domineert hangt af van zaak tot zaak. Het is dus theoretisch onmogelijk te stellen of de gemiddelde schikkingsbedragen omhoog of omlaag zullen gaan. Ook in zaken waar sprake is van relatief pessimisme (de eiser schat zijn winstkansen lager in dan de verweerder) is het onmogelijk te zeggen of de schikkingsbedragen omhoog of omlaag zullen gaan (Hay en Spier, 1998).

3.1.6. *De invloed op het ex ante gedrag*

Rose-Ackerman en Geistfeld (1987) enerzijds en Polinsky en Rubinfeld (1988) anderzijds toonden aan dat de Engelse regel tot optimaal ex ante gedrag leidt wanneer de rechtbanken foutvrije beslissingen nemen en de partijen dit weten. Veronderstel dat een potentiële schadeveroorzaker moet beslissen welk preventieniveau hij zal hanteren. De schade die hij kan veroorzaken is onzeker en zal ergens tussen 0 en 50.000 Euro liggen. De proceskosten om aansprakelijkheid aan te tonen bedragen 20.000 Euro. Onder de Amerikaanse regel heeft de potentiële schadeveroorzaker te weinig incentives om een optimale hoeveelheid preventie te nemen : hij weet immers dat het slachtoffer niet zal procederen in die gevallen waar de schade kleiner uitvalt dan de proceskosten van 20.000 Euro. Onder de Engelse regel heeft het slachtoffer echter altijd een incentive om te procederen. Hij draagt toch nooit de proceskosten. De ongevalskosten worden hier volledig geïnternaliseerd. Indien de rechtbanken niet steeds foutvrije beslissingen nemen, is de Engelse regel niet meer superieur in alle omstandigheden (Gravelle, 1993; Hylton, 1993; Beckner en Katz, 1995). De resultaten hangen dan af van de interactie van verschillende factoren : of het nemen van voorzorgsmaatregelen de hoogte van de schade beïnvloedt of enkel de kans op schade, de mate waarin de kans op schade wordt beïnvloedt door het nemen van voorzorgsmaatregelen, of schadevergoedingen voldoende zijn om de slachtoffers te compenseren voor hun verliezen en of verweerders strategisch kunnen handelen door net genoeg preventie te nemen zodat er niet zal geprocedeerd worden. Van Wijck en Van Velthoven (2000) wijzen er verder op dat het standaardmodel geen rekening houdt met het feit dat regels van kostenallocatie ook de beslissing van potentiële schadeveroorzakers mee beïnvloeden om al dan niet een activiteit te beginnen. Wanneer die keuze wordt geëndogeniseerd, kan een overgang naar de Engelse regel leiden tot méér processen maar ook tot minder, afhankelijk van hoeveel activiteiten worden ontmoedigd.

Hylton (2002) maakte een 'cradle-to-grave' model (van de beslissing tot het nemen van preventie tot het eventuele proces zelf) van het aansprakelijkheidsrecht, waarbij de verweerder over meer informatie beschikt dan de eiser betreffende de hoeveelheid preventie die de verweerder in acht heeft genomen. Hij komt tot de conclusie dat totale maatschappelijke kosten (preventiekosten plus ongevalkosten plus proceskosten) gevoelig kleiner zijn onder de Britse dan onder de Amerikaanse regel. De belangrijkste reden daarvan is dat meer potentiële schadeveroorzakers de regels naleven en dus minder schade veroorzaken. Dit komt doordat de Britse regel het verschil tussen de verwachte aansprakelijkheid van schuldige en onschuldige verweerders maximaliseert. De Britse regel leidt wel tot meer processen, maar de voordelen op het vlak van naleving zijn veel groter.

3.1.7. Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie

Zoals Hylton (2002) opmerkt, is er in de rechtseconomische literatuur een opmerkelijk tekort aan theoretische modellen die de verschillende regels ter verdeling van proceskosten vergelijken vanuit het perspectief van de totale maatschappelijke kosten (preventiekosten plus ongevalkosten plus proceskosten). Voorts leveren de modellen die zich toespitsen op een bepaald subtype van kosten (bijvoorbeeld enkel preventiekosten of enkel proceskosten) niet altijd een eenduidig resultaat op (zie bijvoorbeeld 4.1.3).

Een zeer belangrijk hiaat in de theoretische literatuur betreft het ontbreken van een model waarin het optimisme van de partijen als endogeen wordt beschouwd. Tot nu toe wordt optimisme (en pessimisme) behandeld als een exogeen bepaalde factor, waarop het rechtssysteem geen invloed heeft. Het is echter niet onrealistisch te stellen dat de partijen in zekere mate hun (potentieel) optimisme kunnen beheersen. Dit kan door voorafgaande aan een eventueel proces een grondig onderzoek in te stellen naar de eigen rechtspositie. Intuïtief lijkt het duidelijk dat een dergelijk onderzoek grondiger zal gebeuren wanneer de verliezer van een proces moet opdraaien voor de proceskosten van de tegenpartij. Immers, bij te weinig onderzoek naar de eigen rechtspositie riskeert men dan op te draaien niet enkel voor de eigen maar voor alle proceskosten. In een endogeen optimisme model kan de Engelse regel dus mogelijk tot méér schikkingen leiden.

Ook het bestaande empirisch onderzoek is nog onvolledig en niet in staat om harde uitspraken te doen. Het onderzoek van Snyder en Hughes (1990) bevat bijvoorbeeld geen informatie betreffende de invloed van de Engelse regel op het aantal zaken. We weten dus niet hoe de Engelse regel het totale volume van zaken beïnvloedt. Het onderzoek vertrekt vanuit een sample van zaken die aanhangig zijn gemaakt en kijkt dan hoeveel zaken binnen die sample op een bepaald moment gestopt, geschikt en geprocedeerd worden. Volledig afwezig is empirisch onderzoek waarin de fases voorafgaande aan het proces worden bestudeerd: de fase waarin beslist wordt over het ex ante gedrag (en de daaruit voortvloeiende ongevalskosten) en de schikkingsfase voorafgaande aan het aanhangig zijn van een zaak.

3.2. De invloed van de schikkingsonderhandelingen op de proceskostenverdeling (officieel schikkingsaanbod)

3.2.1. Rechtsvergelijking

Voor de Woolf hervormingen kende men in Engeland het systeem van ‘*payment into court*’ (RSC Ord. 22 en CCR Ord. 11). Onder deze regeling kon de verweerder een bedrag storten dat zij bereid was te geven aan de eiser om de zaak in den minne te beëindigen. De eiser diende dan op de hoogte te worden gesteld. Indien de eiser het bedrag aanvaardde, kwam de zaak tot zijn einde. In het tegenovergestelde geval moest de eiser opdraaien voor de proceskosten (vanaf de storting) van de verweerder indien de eiser uiteindelijk een lager bedrag toegekend kreeg dan het gestorte bedrag. Na de Woolf hervormingen kent men het systeem van de ‘*offers to settle*’ (Part 36 CPR). De belangrijkste verandering is dat nu beide partijen een bod kunnen doen in plaats van enkel de verweerder. Het officieel aanbod tot schikking kan zowel voor als tijdens de procedure gedaan worden. De inhoud van het aanbod wordt aan de rechter medegedeeld vóór de beslissing over de kostenveroordeling maar nadat hij het geschil beslecht heeft (Michalik, 1999).

Rule 68 van de Amerikaanse *Federal Rules of Civil Procedure* kent het systeem van de ‘*offer of judgment*’ (Katz, 2000). Enkel de verweerder kan een aanbod doen. Indien de eiser niet aanvaardt en uiteindelijk een kleiner bedrag krijgt van de rechter, draait hij op voor bepaalde proceskosten van de verweerder (de verschuiving van kosten is echter beperkt, ze omvat niet de advocatenkosten).

Frankrijk, België, Duitsland en Nederland kennen geen algemeen officieel schikkingsaanbod. Voor bepaalde zaken treft men soms wel een soortgelijke regeling aan. Artikel 12 van de Franse Wet Badinter bijvoorbeeld kent de regeling van ‘*l’offre d’indemnité*’. De verzekeraar van de schadeveroorzaker wordt op basis van deze bepaling verplicht om binnen een termijn van acht maanden (vanaf de datum van het ongeval) een aanbod tot schadevergoeding te doen. De rechter kan een sanctie opleggen indien het aanbod niet (tijdig) wordt gemaakt, maar ook indien de verzekeraar een aanbod heeft gedaan dat manifest te laag was (‘*manifestement insuffisante*’). Wanneer de zaak in de minne wordt geregeld, moet de vergoeding binnen een maand betaald worden (op straffe van een boete). Wat Nederland betreft stellen Asser en Vranken (2003) dat overname van het Engelse *offers to settle* moet overwogen worden.

3.2.2. De invloed op de kosten van processen en schikkingen

De meeste effecten van een officieel aanbod tot schikking zijn gelijk aan die van de Engelse regel. Dit geldt in de eerste plaats voor de toename van proceskosten. Ook onder een officieel aanbod betekent het feit dat de proceskosten mogelijk door de tegenpartij gedragen worden dat (1) de waarde van het geding toeneemt en dat (2) de proceskosten gedeeltelijk door de tegenpartij worden gesubsidieerd. Het verhoogde uitgaven-effect is mogelijk kleiner dan onder de Engelse regel, gezien enkel de kosten gemaakt na het officieel aanbod verschoven worden (Katz, 2000).

3.2.3. *De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en het aantal schikkingen*

De mogelijkheid om een officieel aanbod te doen verhoogt de verwachte waarde voor eisers die menen een hoog bedrag te zullen krijgen van de rechter. In het optimisme-model zullen dergelijke partijen zullen dus vlugger geneigd zijn een zaak in te stellen mét dan zonder officieel aanbod (Katz, 2000). Zij denken immers dat hun proceskosten door de tegenpartij zal gedragen worden.

Priest (1982), Miller (1986) en Chung (1996) toonden aan dat een *eenzijdig* officieel aanbod tot schikking (zoals in de VS) in het optimisme-model niet tot meer maar tot minder schikkingen leidt. Dit komt omdat het maximumbedrag dat optimistische verweerders willen betalen sterker daalt dan het minimumbedrag dat optimistische eisers willen aanvaarden. De schikkingsruimte wordt dus kleiner.

Cooter, Marks en Mnookin (1982) stellen echter dat Rule 68 het aantal schikkingen doet toenemen, omdat het harde onderhandelingsstrategieën belast en zachte strategieën subsidieert.

Spier (1994) onderzoekt het effect van een eenzijdig aanbod tot schikking in situaties waar de eiser over private informatie beschikt. Zij toont aan dat (1) Wanneer de eiser over private informatie beschikt betreffende de hoogte van de schade, de verweerder een hoger bod doet. De kans op een schikking wordt dus groter in dit geval en dat (2) wanneer de eiser over private informatie beschikt betreffende zijn winstkansen, de kans op een schikking kleiner wordt. De reden is dat, net als onder de Engelse regel, de onenigheid wordt uitvergroet (niet enkel meer over het ter discussie staande bedrag maar ook over de proceskosten).

3.2.4. *De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen*

Gezien een officieel schikkingsaanbod net zoals de British rule leidt tot hogere procesuitgaven, kan men langere doorlooptijden verwachten. Mogelijk worden schikkingen vlugger bereikt, indien het officieel schikkingsaanbod harde onderhandelingsstrategieën inderdaad belast (zie Cooter, Marks en Mnookin, 1982).

3.2.5. *De invloed op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen*

Boven stelden we dat een officieel aanbod tot schikking ertoe kan leiden dat de partijen meer uitgeven tijdens een proces. Indien hogere procesuitgaven leiden tot meer kwaliteit (meer bewijs, argumenten etc.) dan leidt de mogelijkheid van een officieel aanbod tot uitspraken met hogere accuraatheid.

Miller (1986) gaat na wat de invloed is van een eenzijdig schikkingsaanbod (enkel voor verweerder) op de schikkingsruimte bij afwezigheid van optimisme en asymmetrische informatie. Hij komt tot de conclusie dat die dezelfde blijft maar naar beneden verschuift. De (verwachte) kosten van de eiser nemen immers evenveel toe als de (verwachte) kosten van de verweerder afnemen. Het is dus logisch dat het schikkingsbedrag verkleint. Bebchuk en Chang (1999) tonen theoretisch aan dat onder een tweezijdig officieel schikkingsaanbod de partijen exact schikken aan een bedrag gelijk aan de verwachte uitspraak, wat ook de proceskosten zijn van de partijen. Veronderstel dat beide partijen de winstkansen van de eiser inschatten op 70 % en dat het geschil draait rond een bedrag van 100.000 Euro. De proceskosten van de eiser bedragen 50.000 Euro en die van de verweerder slechts 1.000 Euro. Bebchuk en Chang tonen aan dat de partijen zullen schikken aan 70.000 Euro (0.7×100.000). De verweerder kan dus niet profiteren van het

grote verschil in proceskosten. Dit resultaat hangt echter wel af van enkele belangrijke assumpties (o.a. dat de partijen symmetrisch geïnformeerd zijn).

3.2.6. De invloed op het ex ante gedrag

Wij troffen geen bijdragen in de literatuur aan die de invloed van een officieel schikkingsaanbod op het ex ante gedrag expliciet onderzoekt. Belangrijk is dat het moeilijker is voor een van de partijen om bij de schikkingsonderhandelingen te profiteren van het feit dat de tegenpartij hoge proceskosten zal moeten maken indien het tot een proces komt (zie boven, Bebchuk en Chang, 1999). De schikkingsbedragen weerspiegelen dus beter de werkelijke schade, hetgeen tot een optimaler preventie- en activiteitsniveau leidt bij potentiële schadeveroorzakers.

3.2.7. Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie

De verschillende leemtes in het theoretisch en empirisch onderzoek omtrent de Amerikaanse en de Engelse regel vinden we ook hier terug. Ten eerste zijn er geen theoretische bijdragen die nagaan wat de invloed is van een officieel schikkingsaanbod op de totale maatschappelijke kosten (preventiekosten plus ongevalkosten plus proceskosten). Ten tweede zijn er geen theoretische bijdragen waarin het optimisme van de partijen als endogeen (en dus binnen de invloedssfeer van de partijen) wordt beschouwd. Het lijkt intuïtief duidelijk dat de eiser een grondiger onderzoek zal instellen naar de hoogte van zijn schade, wanneer hij bij een té optimistische inschatting zal opdraaien voor de proceskosten van de tegenpartij. Bij schikkingsonderhandelingen zal de gemiddelde eiser dan mogelijk een gematigder positie innemen, hetgeen tot een groter aantal schikkingen kan leiden (Opmerking : indien de Engelse regel van toepassing is, heeft de verweerder sowieso al een *incentive* om de schade zo goed als mogelijk in te schatten). Ten derde is er een groot tekort aan empirisch onderzoek, zowel voor de procesfase als voor de fases voorafgaande aan het proces (de fase waarin beslist wordt over het ex ante gedrag en de schikkingsfase voorafgaande aan het aanhangig zijn van de zaak). Onder meer voor de verschillende theorieën die de invloed op het schikkingspercentage onderzoeken, bestaat er geen empirisch materiaal dat aangeeft welke theorie het meest plausibel is.

3.3. De mate van subsidiëring

Hier gaan we na wat de invloed is van een zekere mate van subsidiëring. Processen worden in de eerste plaats gesubsidieerd omdat de partijen meestal slechts moeten instaan voor een fractie van de door de overheid gemaakte kosten (infrastructuur, rechters e.d.). Het verschil tussen de uitgaven voor het functioneren van het gerechtelijk apparaat en de inkomsten via griffierechten e.d. komt neer op de mate van subsidiëring.

3.3.1. Rechtsvergelijking

In Engeland hangen overeenkomstig het *Supreme Court Fees Order* de te betalen *fees* af van de hoogte van de claim (voor recente wijzigingen, zie The County Court Fees (Amendment) Order 2003/648, The Family Proceedings Fees (Amendment) Order 2003/645 en The Supreme Court Fees (Amendment) Order 2003/646). De *fee* neemt procentueel af naarmate de hoogte van de claim stijgt (bijvoorbeeld : 400 £ voor een claim van 50.000 £, 600 £ voor een claim van 100.000 £ en 700 £ voor een claim van 150.000 £). De bedoeling is een soort van prijsmechanisme in te voeren voor de diensten van het gerechtelijk apparaat en dit apparaat zelfvoorzienend te maken (Michalik, 1999).

In de Verenigde Staten bedragen de *court fees* 150 \$ voor civiele zaken (Bron : the Administrative Office of the U.S. Courts, website : www.uscourts.gov).

De griffierechten in Duitsland zijn vastgelegd als een bepaald percentage van de hoogte van de vordering (de *streitwert*). Het percentage neemt af naarmate de hoogte van de vordering toeneemt. De kosten worden gradueel betaald : bij de aanvang, bij de hoorzittingen en bij de uitspraak (Glendon, Gordon, Osakwe, 1998; zie ook het landenrapport van Duitsland op de website van de Europese Unie).

Ook in Nederland betalen de rechtzoekenden griffierechten (ook vast recht genoemd). De bedragen variëren naargelang het geldelijk belang van de zaak. De tarieven zijn voor vorderingen met een relatief groot geldelijk belang gelijk aan een percentage van dat belang (bijvoorbeeld : voor een vordering van meer dan 11.345 Euro bedraagt het griffierecht 1.9 procent van het geldelijk belang met een maximum van 3.863 Euro). Voor kleinere vorderingen zijn er vaste bedragen (bijvoorbeeld : voor een vordering tussen 4.538 Euro en 11.345 Euro bedraagt het griffierecht 245 Euro) (Bron : Ministerie van Justitie, via www.justitie.nl).

In Frankrijk wordt er sinds 1977 geen tax meer geheven op procedurele handelingen ter compensatie van het functioneren van het gerechtelijk apparaat. Een uitzondering betreft de handelsrechtbanken (Cadiet, 1999; zie ook het landenrapport van Frankrijk op de website van de Europese Unie).

In België dienen taxes betaald te worden voor de kosten van de werking van het gerechtelijk apparaat. Er wordt een belasting gevestigd op het ter rol brengen van zaken, de inschrijving in het register der verzoekschriften en de inschrijving in het register van de vorderingen in kort geding, het opstellen van akten van de griffiers, van voor hen verleden akten, van zekere akten van de rechters en van de ambtenaren van het openbaar ministerie en het afleveren van uitgiften, afschriften of uittreksels uit akten, vonnissen en arresten. De taxes hangen niet af van het geldelijk belang van de zaak (zie de Wet van 30 november 1939 betreffende het Wetboek van registratie, hypotheek en griffierechten, artikel 268 e.v. en het K.B. 20 juli 2000, B.S. 30 augustus 2000).

Het verschil tussen de uitgaven voor het functioneren van het gerechtelijk apparaat en de inkomsten via griffierechten e.d. komt neer op de mate van subsidiëring. Jammer genoeg

vonden we enkel geaggregeerde data voor zowel civiele zaken als strafzaken, en dit voor Duitsland (subsidie van 43%, inclusief legal aid zaken; de subsidie neemt toe naarmate het niveau : eerste aanleg, hoger beroep, cassatie, zie commentaar experten) en Nederland (subsidie van 40%, exclusief legal aid zaken) (Bron : *European Data Base on Judicial Systems*, 2000). Voor Nederland vonden we wel data in de begroting 2003 over de te ontvangen griffierechten : die werden geschat op 112 miljoen Euro. Aan de uitgavenkant werd 1.039 miljoen Euro voorzien voor de werking van het gerechtelijk apparaat en rechtsbijstand. Dit laatste cijfer omvat uitgaven voor zowel civiele als strafrechtspiegeling en laat dus ook niet toe om het subsidiepercentage te berekenen. In 'Rechtspraak in Nederland 2002' (2003) van het Centraal Bureau voor de Statistiek vinden we een schatting van de uitgaven voor rechtspraak exclusief rechtsbijstand en openbaar ministerie voor het jaar 2002 : 682 miljoen Euro. Het aandeel civiel wordt geschat op 45 procent. Ongeveer 5 procent van de griffierechten komt uit bestuurszaken. Zo komen we tot een subsidiëring van ongeveer 65 procent. Ook in Engeland en België zouden de proceskosten zwaar gesubsidieerd worden.

3.3.2. *De invloed op de kosten van processen en schikkingen*

Hoe groter het percentage van de kosten dat de overheid op zich neemt, hoe hoger de totale kosten per proces uitvallen. Dit komt doordat de partijen bij het nemen van beslissingen in het kader van een proces geen rekening houden met het gedeelte van de kosten waarvoor zij niet moeten instaan. Veronderstel dat een eiser moet beslissen of hij extra bewijsmateriaal

zal voordragen. Dit zou zijn kans op winst (bedrag van 10.000 Euro) verhogen van 50 naar 60 procent. De marginale verwachte baten bedragen dus 1.000 Euro. De kosten van de eiser stijgen van 2.000 Euro naar 4.000 Euro (extra kost van 1.000 Euro aan advocatenkosten en 1.000 Euro voor de werking van het gerechtelijk apparaat). Indien de eiser moet instaan voor de totale kosten (geen subsidie), zal hij het extra bewijs niet ontwikkelen. De marginale verwachte kosten ($0.4 \times 8.000 - 0.5 \times 4.000 = 1.200$; we gaan uit van de Engelse regel en de proceskosten van de verweerder zijn symmetrisch aan die van de eiser) zijn groter dan de marginale verwachte baten. Indien de overheid de extra kosten van de werking van het gerechtelijk apparaat subsidieert, zal de eiser wel het extra bewijs voordragen. De marginale verwachte kosten ($0.4 \times 6.000 - 0.5 \times 4.000 = 400$) zijn kleiner dan de marginale verwachte baten.

3.3.3. *De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en het aantal schikkingen*

Subsidiëring van civiele procedures door de overheid heeft twee tegenovergestelde effecten op het aantal zaken. Enerzijds dalen de (private) kosten van het instellen van een vordering. De baten van het instellen van een vordering zullen dus vlugger de kosten overstijgen. Anderzijds zullen potentiële schadeveroorzakers meer zorg in acht nemen bij het uitoefenen van hun activiteiten, aangezien meer personen nu in staat zijn om hun rechten af te dwingen dan voorheen. Het eerste effect leidt tot meer zaken (o.a. meer *nuisance suits*), het tweede effect tot minder zaken.

Naarmate de subsidies toenemen, worden vooral zwakkere zaken en zaken betreffende kleinere bedragen gestimuleerd. Er zullen dus meer rechterlijke uitspraken zijn waarin de eiser in het ongelijk wordt gesteld en het gemiddelde door de rechter toegekende bedrag daalt.

Verder neemt de verhouding tussen het aantal processen en het aantal schikkingen in

principe toe. Dit is logisch, aangezien de kosten van een proces afnemen ten opzichte van de kosten van een schikking. Het aantal processen neemt dus toe (tenzij de preventieve werking overheerst, zie verder onder ex ante gedrag) en het aantal schikkingen verkleint. Subsidies kunnen echter ook een positieve invloed hebben op het schikkingspercentage. Indien partijen door de subsidies meer uitgeven aan precedentencreatie, wordt het recht duidelijker, waardoor de verwachtingen van toekomstige partijen mogelijk dichter bij elkaar komen te liggen (Prichard, 1988).

Wat betreft empirisch onderzoek kunnen we een bijdrage van Van Tulder en Jansen (1988) vermelden. Zij onderzochten het effect van een prijsstijging van de advocatenkosten op de vraag naar de diensten van advocaten. Ze stelden vast dat een prijsstijging van 1 procent leidt tot een reductie van de vraag van 0.2 à 0.3 procent. Van Velthoven (2002) geeft een overzicht van de evolutie van de gemiddelde griffierechten en van de gemiddelde advocatenkosten van 1951 tot 2000. Voor het jaar 2000 bedroegen de gemiddelde griffierechten 351 fl. en de gemiddelde advocatenkosten 1230 fl. De som van die twee kosten is gelijk aan 1581 fl. (2000). Zonder subsidiëring (65 procent) zou dit 2232 fl. zijn (stijging griffierechten naar 1002 fl.). De gemiddelde kosten zouden dus stijgen met 41 procent. De vraag zou dan dalen met 8 à 12 procent.

3.3.4. De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen

In 3.3.1. stelden we dat grotere subsidiëring leidt tot een inflatie van de procesbestedingen. Meer concreet zullen partijen maatregelen e.d. vorderen die zij niet zouden vorderen mochten ze zelf voor de (volledige) kosten instaan. Bijgevolg is het dan ook logisch dat de duurtijd van een procedure zal toenemen.

3.3.5. De invloed op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen

Indien men aanneemt dat hogere procesuitgaven de kwaliteit van rechterlijke uitspraken verhogen (zie o.a. Posner, 1992), leiden hogere subsidies tot meer kwaliteit. Mogelijk leiden subsidies voor partijen met een goede zaak tot schikkingsbedragen die dichter in de buurt liggen van de werkelijk geleden schade. Onder de Amerikaanse regel is dit zo, ongeacht of (1) schadelijders schikken rond het minimumbedrag dat zij bereid zijn te aanvaarden of (2) beide partijen de helft van de schikkingsruimte naar zich toe kunnen halen. Het minimumbedrag dat de eiser bereid is te aanvaarden stijgt, en het maximumbedrag dat de verweerder wil geven blijft hetzelfde. Onder de Engelse regel is de situatie complexer. Indien de verliezende verweerder moet opdraaien ook voor het gesubsidieerde deel, kan hij nooit profiteren van de subsidie. Enkel de eiser kan ervan profiteren. Dit verhoogt het schikkingsbedrag. Indien de verliezende verweerder echter niet moet opdraaien voor het gesubsidieerde gedeelte, dan profiteert ook hij van de subsidie en gaat het maximumbedrag dat hij wil betalen naar beneden. Indien partijen schikken aan het minimumbedrag dat de eiser bereid is te aanvaarden, dan gaat het schikkingsbedrag omhoog. Indien beide partijen de helft van het schikkingsbedrag naar zich toe kunnen halen, kan het schikkingsbedrag zowel omhoog als omlaag gaan, afhankelijk van welke partij het meeste baat heeft bij de subsidie. Dat zal de partij zijn die de grootste kans heeft om te verliezen. Dit leidt tot een paradoxaal resultaat: subsidies bedoeld om eisers met een sterke vordering te steunen kunnen een tegenovergesteld effect hebben, omdat zij de schikkingsbedragen verder van de werkelijke schade kunnen brengen.

3.3.6. *De invloed op het ex ante gedrag*

Subsidies kunnen het ex ante gedrag zowel positief als negatief beïnvloeden. Ten eerste zullen meer personen met een goede zaak bereid zijn een vordering in te stellen en kunnen schikkingsbedragen beter de werkelijke schade reflecteren. Potentiële schadeveroorzakers weten dit en passen hun gedrag aan door een hoeveelheid zorg uit te oefenen die dichter ligt bij de optimale hoeveelheid zorg. Anderzijds kunnen personen ook vlugger geneigd zijn een *nuisance suit* in te stellen wanneer een deel van de kosten door de overheid betaald wordt. Dit kan een negatieve invloed hebben op het ex ante gedrag. Personen kunnen beslissen om maatschappelijk waardevolle activiteiten niet uit te voeren of om te veel zorg in acht te nemen, met als doel het risico op een *nuisance suit* te beperken. Ook negatief is dat de subsidies uiteindelijk de verliezende verweerders kunnen bevoordelen. Dit zal het geval zijn wanneer onder de Engelse regel de verliezende verweerder niet moet opdraaien voor het gesubsidieerde deel van de kosten van de eiser. Subsidies voor eisers komen dan eigenlijk neer op subsidies voor verliezende verweerders. Processen worden dan goedkoper voor potentiële schadeveroorzakers, waardoor zij minder zorg zullen uitoefenen.

3.3.7. *Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie*

Er bestaat weinig empirische literatuur over het thema ‘subsidies’. Nog niet vastgesteld is in welke mate subsidies de proceskosten en de doorlooptijden de hoogte induwen, of zij de schikkingsfrequentie gevoelig doen afnemen, in welke mate zij schikkingsbedragen dichter bij de werkelijke schade brengen en potentiële schadeveroorzakers optimaler doen handelen.

De vraag stelt zich in welke mate empirisch onderzoek over subsidiëring van financieel zwakkere partijen (zie verder onder 3.4) van nut is voor onderzoek over algemene subsidies. Er zijn minstens twee punten van verschil waardoor beiden onderzoeken afzonderlijk dienen gehouden te blijven. (1) Subsidies voor financieel zwakkere partijen bevoordelen in principe slechts één partij. Algemene subsidies daarentegen kunnen beide partijen bevoordelen, namelijk wanneer de verliezende partij niet moet opdraaien voor het gesubsidieerde deel. (2) Bij subsidies voor financieel zwakkere partijen worden de beslissingen ten dele genomen of gecontroleerd door een derde (overheidsorgaan), bij algemene subsidies is dat niet het geval.

Verder onderzoek is ook nodig naar de vraag of specifieke subsidies (voor bepaalde geschillen) niet steeds beter zijn dan algemene subsidies (voor alle geschillen). Algemene subsidies brengen slechts sociale voordelen mee voor een beperkt aantal zaken (bijvoorbeeld wanneer een eiser met een goede zaak niet zou vorderen zonder subsidie of wanneer hij te weinig zou uitgeven) en brengen mogelijk nadelen mee voor andere zaken (te weinig schikkingen, te hoge uitgaven etc.). Feit is dat de voordelen ook kunnen bereikt worden met specifieke subsidies, op voorwaarde dat men de zaken die subsidies nodig hebben kan onderscheiden van de andere zaken. Men kan dan genieten van de voordelen van subsidies zonder de nadelen ervan te ondervinden. Meer algemeen is verder onderzoek nodig naar de vraag welk(e) instrument(en) optimaal is(zijn) om personen met een goede zaak geloofwaardig te kunnen laten dreigen met een proces en om de uitgaven van de partijen te optimaliseren (naast algemene en specifieke subsidies kan men onder meer denken aan het stimuleren van rechtsbijstandverzekeringen en aan *contingency fees*, zie ook verder).

3.4. De methoden van steun aan financieel zwakkere partijen

3.4.1. Rechtsvergelijking

Het rechtsvergelijkend overzicht is grotendeels gebaseerd op de individuele landenrapporten over rechtsbijstand van de Europese Unie en op het recente WODC-rapport van van Zeeland en Barendrecht (2003).

In 2000 werd in Engeland de *Legal Aid Act* 1988 vervangen door nieuwe regelgeving, vevat in de *Access to Justice Act*. In datzelfde jaar trad ook de Funding Code (die geïncorporeerd is in de *Access to Justice Act*) in werking en ving de *Legal Services Commission* (de opvolger van de *Legal Aid Board*) haar taken aan. Rechtsbijstand staat open voor natuurlijke personen die bepaalde inkomens- en vermogensgrenzen niet overschrijden (het beschikbare maandinkomen moet lager zijn dan circa 900 of 1000 Euro, afhankelijk van categorie en *level* van rechtsbijstand; het beschikbare vermogen mag niet hoger zijn dan 4.300 Euro of 11.500 Euro). Vanaf een beschikbaar maandinkomen van 435 Euro is een eigen bijdrage verschuldigd (15 Euro/maand voor 435 Euro; 55 Euro/maand voor 585 Euro; 123 Euro/maand voor 777 Euro). Aanvragen voor *Legal Representation* worden inhoudelijk getoetst. De *LSC* gaat na of een privé-persoon die niet afhankelijk is van rechtsbijstand, in een vergelijkbaar geval bereid zou zijn de kosten van rechtshulp te dragen. Hierbij wordt gekeken naar de slaagkansen, de verhouding tussen kosten en baten en de aanwezigheid van alternatieve financieringsmogelijkheden. Aanvragen voor *Legal Help* zijn aan een minder strenge toets onderworpen. De *LSC* is verantwoordelijk voor het functioneren van het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand. Ze beheert de rechtsbijstandbudgetten en draagt zorg voor de organisatie, coördinatie en verdere ontwikkeling van de civiele rechtsbijstand (en de bijstand in strafzaken).

In de Verenigde Staten zijn de financieel zwakkeren aangewezen op het *pro bono* werk van sommige advocaten, op *legal aid offices* (bestaaf door vrijwilligers en ondersteund door lokale donaties) en op *neighbourhood law offices*, die gefinancierd worden door de overheid (de fondsen zijn echter zeer beperkt, zie verder) (Kaplan en Clermont, 1985). De *Legal Services Corporation* is bij wet gemachtigd om de inkomensgrens te bepalen waarboven men niet in aanmerking komt voor *legal aid*. Voor een gezin met één kind ligt die grens nu op 11.638 \$ per jaar, voor een gezin met twee kinderen op 15.613 \$ (Bron : Income Eligibility Guidelines van de *LSC*, raadpleegbaar op internet).

In Duitsland maakt men het onderscheid tussen *Beratungshilfe* en *Prozesskostenhilfe*. Het eerste heeft betrekking op juridische advisering en vertegenwoordiging buiten een gerechtelijke procedure, het tweede op het voeren van een gerechtelijke procedure. Beide vormen van rechtsbijstand zijn voorhanden wanneer rechtzoekenden wegens hun persoonlijke en financiële situatie niet over de vereiste middelen beschikken en geen andere mogelijkheid voor steun hebben (zoals een rechtsbijstandverzekering). Voor *Prozesskostenhilfe* moet de rechtbank die over het verzoek beslist de zaak verdedigbaar vinden en ervan overtuigd zijn dat bewijsvoering mogelijk is. De rechtzoekende kan zowel voor *Beratungshilfe* als voor *Prozesskostenhilfe* zelf zijn advocaat kiezen. Advocaten moeten *Beratungshilfe* verlenen. Indien geen advocaat de rechtzoekende wil vertegenwoordigen voor de rechtbank, wijst de president van de rechtbank een advocaat toe. Voor *Beratungshilfe* betaalt de rechtzoekende in principe zelf 10 Euro. Voor *Prozesskostenhilfe* worden alle proceskosten vergoed (behalve nodeloze kosten). Rechtzoekenden die in staat zijn om met een deel van hun inkomen bij te dragen in de proceskosten, worden wel verplicht in termijnen het bedrag terug te betalen.

In Frankrijk is de rechtsbijstandsregeling vevat in de wet van 10 juli 1991 op de

rechtsbijstand (*aide juridique*) en in het decreet nr. 91-1266 van 18 december 1991. De regeling omvat enerzijds de procesbijstand in een procedure (financiële bijstand voor rechterlijke procedure of schikking) en anderzijds hulp bij de uitoefening van rechten (gratis juridisch advies, informatie). Personen wiens maandinkomen 802 Euro niet overstijgt, kunnen genieten van een volledige procesbijstand. Personen met een maandinkomen van ten hoogste 1203 Euro komen in aanmerking voor gedeeltelijke procesbijstand. Voor elke persoon ten laste wordt 91 Euro bijgeteld (cijfers 2002). Een persoon met een hoger inkomen dan bovenvermelde drempels kan toch nog procesbijstand verkrijgen indien zijn vordering van bijzonder groot belang wordt geacht vanwege het onderwerp van het geschil of de te verwachten proceskosten (art. 6 wet 1991). Rechtsbijstand wordt enkel verleend aan personen wiens vordering niet kennelijk onontvankelijk of ongegrond wordt geacht. De rechtzoekende heeft het recht om zelf een advocaat te kiezen. Bij volledige procesbijstand zijn alle gerechtskosten gedekt (advocatenkosten e.d. worden berekend aan de hand van een schaal of tarief per soort procedure). Bij gedeeltelijke procesbijstand betaalt de overheid 85, 70, 55, 40, 25 of 15 % van de advocatenkosten. Voor de andere kosten van de procedure is er een volledige vrijstelling

België kent twee stelsels van rechtsbijstand : enerzijds de juridische eerstelijnsbijstand en tweedelijnsbijstand en anderzijds de rechtsbijstand in de vorm van procesbijstand. De juridische eerstelijnsbijstand houdt een eerste oriënterend juridisch advies in. Er wordt een vaste eigen bijdrage gevraagd (behalve aan de minstbedeelden). Natuurlijke personen die over onvoldoende middelen van bestaan beschikken kunnen een beroep doen op de tweedelijnsbijstand, die geheel of gedeeltelijk kosteloos kan zijn. De bijstand bestaat uit een omstandig juridisch advies en bijstand in het kader van een procedure of een geding (waaronder de vertegenwoordiging voor de rechtbank is inbegrepen). Ten slotte kunnen natuurlijke personen na het verkrijgen van juridische tweedelijnsbijstand genieten van rechtsbijstand wanneer zij aantonen dat hun inkomsten ontoereikend zijn. Zij krijgen dan een gehele of gedeeltelijke vrijstelling van de kosten van een gerechtelijke of buitengerechtelijke procedure.

In Nederland kunnen natuurlijke of rechtspersonen wiens financiële draagkracht het vastgestelde maximale netto maandinkomen niet overschrijdt en die niet beschikken over een vermogen van 7.500 Euro (alleenstaanden) of 10.500 Euro (gehuwden en samenwonenden) of meer, rechtsbijstand krijgen (vanaf juli 2004 bedraagt het maximale netto maandinkomen 1.503 Euro voor alleenstaanden en 2.113 Euro voor gehuwden of samenwonenden). Er moet wel steeds een eigen bijdrage betaald worden (deze ligt tussen 89 en 761 Euro) (Bron : Raad voor de Rechtsbijstand, www.rvr.org). Rechtsbijstand wordt onder meer niet verleend voor zaken met een waarde van minder dan 180 Euro, wanneer het verzoek kennelijk ongegrond is, wanneer de kosten van de rechtsbijstand niet in redelijke verhouding staan tot het belang van de zaak en wanneer de zaak een belang betreft dat de verzoeker zelf kan behartigen zonder procesvertegenwoordiging. Degene die van de rechtsbijstand geniet kan zelf een advocaat kiezen. Rechtsbijstand dekt enkel het loon van de advocaat. Griffierechten en andere vergoedingen vallen er niet onder. Er kan wel een vermindering van de griffierechten aangevraagd worden.

Het Verenigd Koninkrijk spendeert 34 Euro per capita aan rechtsbijstand in civiele zaken, de Verenigde Staten ongeveer 2 Euro, Duitsland ongeveer 4 Euro, Nederland 20 Euro en Frankrijk ongeveer 4 Euro (cijfers ontleend aan het recente WODC-rapport van van Zeeland en Barendrecht, alsook aan een rapport van the National Equal Justice Library, America University's Washington College of Law).

Ongeveer 15 procent van de Nederlandse gezinnen zou beschikken over een private rechtsbijstandverzekering. In Duitsland ongeveer 50 procent van de gezinnen (Blankenburg, 1999). In Frankrijk ongeveer 14 procent, in het Verenigd Koninkrijk

ongeveer 16 % (Prais, 1995, die ook wijst op het gebrek aan officiële cijfers). In België zou slechts één procent van de gezinnen over een rechtsbijstandverzekering beschikken (rapport van de Hoge Raad voor de Justitie, 2002). In de V.S. zijn rechtsbijstandverzekeringen ook niet populair, grotendeels vanwege de beschikbaarheid van *contingency fees* (Heyes, Rickman, Tzavara, 2002).

In Nederland trachten de verzekeringsmaatschappijen bijna steeds de zaak eerst zelf intern te behandelen (advocaten hebben geen monopolie op het geven van juridisch advies). Ze zouden in 96 tot 98 % van de gevallen tot een schikking komen (Blankenburg, 1995, 176-189).

3.4.2. De invloed op de kosten van processen en schikkingen

Gesubsidieerde rechtsbijstand en rechtsbijstandverzekeringen kunnen leiden tot een expansie van de proceskosten, o.a. afhankelijk van (1) het type contract tussen de derde-betaler (rechtsbijstandinstantie of verzekeraar) en de advocaat en (2) de attractiviteit van het andere werk van de advocaat (opportuïteitskost). Indien hij per handeling betaald wordt, heeft hij bij lage opportuïteitskosten een *incentive* om het aantal handelingen op te drijven. Indien hij een standaardbedrag per zaak krijgt dat varieert met de zwaarte van de zaak, heeft hij een *incentive* om de zwaarte van de zaak uit te vergroten (zie o.a. Gray, 1998).

3.4.3. De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en het aantal schikkingen

Gesubsidieerde rechtsbijstand en rechtsbijstandverzekeringen hebben twee tegenovergestelde effecten op het aantal zaken. Enerzijds zijn er meer zaken omdat partijen die voorheen geen zaak konden instellen dit nu wel kunnen doen. Merk op dat hier een pervers effect kan ontstaan. Personen die weten dat zij onder de rechtsbijstand vallen of verzekerd zijn kunnen mogelijk zodanig handelen dat de kans dat zij ooit juridische bijstand zullen nodig hebben gevoelig verhoogt (zie o.a. Gray, 1998). Anderzijds neemt het aantal zaken af omdat potentiële schadeveroorzakers - wetende dat meer partijen in staat zijn om hun rechten af te dwingen - nu meer zorg in acht zullen nemen bij het uitoefenen van hun activiteiten.

Personen die onder de rechtsbijstand vallen of gedekt zijn door een rechtsbijstandverzekering hebben een grotere *incentive* om te procederen in plaats van te schikken. Zij dragen immers de kosten van het proces niet. Dit kan gedeeltelijk opgelost worden door hen toch een fractie van de proceskosten te laten betalen (zie o.a. Gray, 1998).

Wat Nederlands empirisch materiaal betreft kunnen we melding maken van een rapport van Klijn, van der Schaaf en Paulides (1998). Zij stellen vast dat het geringste beroep op rechtshulp wordt gedaan door mensen die net buiten de grenzen vallen van de bijstandsregeling of die hoge eigen bijdragen moeten betalen.

3.4.4. De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen

De doorlooptijden kunnen verschillen naargelang we te doen hebben met publieke rechtsbijstand of een private rechtsbijstandverzekering. Een private rechtsbijstandverzekeraar (die geen beroep hoeft te doen op een advocaat) heeft een prikkel om zo snel mogelijk tot een schikking te komen en om processen zo kort mogelijk te

houden. Hij moet immers instaan voor de kosten van een proces. In het geval van publieke rechtsbijstand hangt een en ander af van de betalingswijze van de advocaat die de zaak behandelt. Onder een uurloon bijvoorbeeld heeft hij een *incentive* om de zaak lang te laten aanslepen (zie 3.5), op voorwaarde uiteraard dat hij voor rechtsbijstandzaken evenveel betaald wordt als voor andere zaken.

3.4.5. *De invloed op de kwaliteit van rechterlijke uitspraken en schikkingen*

De accuraatheid van rechterlijke uitspraken vergroot naarmate een financieel onvermogene partij meer gesubsidieerd wordt (als hij al een vordering zou hebben ingesteld). Meer uitgaven leiden in principe tot een hogere accuraatheid. Indien de rechtsbijstandsvergoedingen voor advocaten lager liggen dan hun gebruikelijke vergoedingen, zullen ze wel minder moeite doen dan in andere zaken. Dit leidt tot een lagere accuraatheid in vergelijking met die andere zaken.

Waar er zonder rechtsbijstand niet zou geprocedeerd zijn of geschikt zou worden aan een relatief laag bedrag, zijn er nu meer slachtoffers die een schadevergoeding krijgen die dichterbij de werkelijke schade ligt.

3.4.6. *De invloed op het ex ante gedrag*

Het subsidiëren van financieel zwakkere partijen heeft als voordeel dat meer personen met een goede zaak in staat zullen zijn een vordering in te stellen. Dit beïnvloedt het ex ante gedrag van potentiële schadeveroorzakers in positieve zin. Anderzijds zullen personen die weten dat hun proceskosten zullen worden gesubsidieerd, een verminderde *incentive* hebben om zorg te nemen.

3.4.7. *Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie*

Of rechtsbijstand efficiënt is hangt af of de voordelen ervan (meer deterrence) groter zijn dan de nadelen (kosten van processen) (zie ook Van Velthoven en Van Wijck, 2001 over rechtsbijstandverzekeringen). Uit onderzoeken van Klijn e.a. (zie boven) blijkt welk deel van de bevolking minder geneigd is om zijn rechten af te dwingen. Wel is er nog geen zicht op de precieze kosten die daar mee gepaard gaan. Er is dus meer empirisch onderzoek nodig naar de precieze baten van (meer) subsidies voor financieel zwakkeren. Uit empirisch onderzoek zou ook moeten blijken op welke gebieden eenzelfde investering aan rechtsbijstand méér oplevert in termen van *deterrence* (afschrikking van maatschappelijk ongewenst gedrag). Indien een puur economische logica gevolgd wordt, dienen rechtsbijstanduitgaven eerst naar die zaken te gaan die qua *deterrence* het meeste opleveren.

Verder is onderzoek nodig omtrent de vraag in welke mate private rechtsbijstandverzekeringen (waarvan de premies al dan niet gesubsidieerd worden door de overheid) de publiek gefinancierde rechtsbijstand kunnen vervangen. Mogelijk is een uitsluitend beroep op de private markt niet wenselijk. Een voorwaarde voor het goede werken van private rechtsbijstandverzekering is dat de verzekerde het recht behoudt tegen het advies van de verzekeraar in te procederen. De verzekerde doet dit dan op eigen risico. Als hij de zaak wint, dient de verzekeraar de kosten te vergoeden (anders zou de verzekeraar steeds kunnen zeggen dat de zaak geen kans op slagen heeft, zonder enige andere sanctie dan verlies aan reputatie). Een financieel zwakkere partij kan dit niet doen, en kan hier ook niet mee dreigen (al heeft de verzekeraar in principe wel een *incentive* om

te doen wat optimaal is wegens mogelijke reputatiesancties). Van Zeeland en Barendrecht (2003) stellen dat geen van de door hen onderzochte rechtsbijstandstelsels eenvoudig toepasbaar lijken te zijn in Nederland. Het succes van het Zweedse verzekeringsstelsel zou tegen de historische achtergrond moeten worden gezien. Leenstelsels lijken aantrekkelijk, maar er bestaat geen optimaal werkend voorbeeld van. Het Engelse stelsel, dat goed vergelijkbaar is met het Nederlandse, biedt meer diensten, maar is ook duurder.

3.5. De beloningsstructuur van advocaten

In een vrije markt kunnen advocaten en cliënten verschillende beloningswijzen overeenkomen : betaling per gepresteerd uur, betaling per omschreven handeling en betaling afhankelijk van het resultaat. Deze laatste betalingswijze kan nog verder onderverdeeld worden, naargelang het te betalen bedrag al dan niet afhankelijk is van het door de rechter toegekende bedrag (de zgn. ‘*contingency fees*’, i.t.t. de zgn. ‘*conditional fees*’). De mate waarin de overheid bepaalde beloningswijzen reguleert heeft belangrijke maatschappelijke consequenties.

3.5.1. Rechtsvergelijking

Tot een tiental jaar geleden werden advocaten in Engeland bijna steeds per uur betaald, ongeacht de uitkomst van de zaak en zonder bovenlimiet. De uurlonen lagen gemiddeld zeer hoog in vergelijking met andere landen (£80 tot £300 per uur; Michalik, 1999). In 1995 werd het gebruik van *conditional fees* (maar niet van *contingency fees*) wettelijk gemaakt (door de ‘Courts and Legal Services Act 1990’, s.58., vervangen door de *Access to Justice Act 1999*). Advocaat en cliënt kunnen overeenkomen dat, indien de zaak wordt verloren, de advocaat niets krijgt, maar indien de zaak wordt gewonnen, de advocaat zijn normaal uurloon wordt uitbetaald plus een extra premie die maximaal 100 procent van het normale uurloon mag bedragen. Gewoonlijk zou een *uplift* van 50 procent of minder worden overeengekomen (Michalik, 1999).

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) besloot op 21 februari 2002 dat het verlenen van rechtshulp door letselschadeadvocaten op basis van ‘*no cure no pay*’ mogelijk moet zijn, ondanks het verbod vervat in artikel 25 van de Gedragsregels voor de advocatuur. De Orde van Advocaten nam dan het verbod op in een verordening, zodat elke advocaat alsnog gebonden was. Daarna besloot zij een experiment te starten om de gevolgen van ‘*no cure no pay*’ in te schatten. Recent (24 juni 2004) echter stelde Minister Donner dat hij de proef met ‘*no cure no pay*’ wil tegenhouden (Bron : persbericht van het ministerie van Justitie).

In de Verenigde Staten zijn *contingency fee* overeenkomsten toegestaan maar wel gereguleerd en aan beperkingen onderworpen (via gedragsregels van de American Bar Association en van Bar Associations op statelijk niveau en via wetgeving). Als de cliënt bijvoorbeeld in staat is om een redelijk gefixeerd bedrag te betalen, dan dient de advocaat bij voorkeur geen *contingency fee* overeenkomst aan te gaan, tenzij de cliënt dit uitdrukkelijk wenst (Ethische Overweging 2-20 van de ABA). Verschillende staten hebben *fee-caps* ingevoerd. Het percentage van het door de rechter toegekende bedrag dat naar de advocaat gaat mag dan een bepaalde grens niet overschrijden (zie o.a. de Vaan, 2002). In Duitsland legt de *Bundesrechtsanwaltsgebühren-ordnung* (BRAGO) minimumlonen op voor advocaten. Zij komen neer op een bepaald (relatief laag) percentage van de waarde van de claim. Het percentage neemt af naarmate de waarde van de claim toeneemt. Hogere (uur)lonen mogen echter worden overeengekomen. *Contingency fees* zijn verboden (Gottwald, 1999). Zij werden echter op grote schaal gebruikt in belangrijke commerciële zaken. De contracten zijn complex (afhankelijk van lange termijn relaties tussen advocaat en cliënt).

Het Franse recht verbiedt *contingency fees*, omdat zij de competitie zouden beperken. Lonen moeten zaak per zaak bepaald worden, voorafgaand aan het proces, of erna (op basis van criteria als de duurtijd van de zaak, de moeilijkheid van de zaak, de ervaringheid

van de advocaat en de financiële middelen van de cliënt). Meer en meer worden uurlonen gehanteerd, vooral in commerciële zaken (Cadiet, 1999, p. 312).

In België is een *no cure no pay* contract niet toegestaan op basis van de beroeps- en gedragsregels van de Orde van Advocaten. Er zijn drie berekeningsmethodes waartussen de advocaat vrij kan kiezen : (1) Op basis van de waarde van het geschil (percentsgewijze),

(2) Op basis van forfaitaire bedragen per prestatie of per procedure en (3) Op basis van de uren die in het dossier zijn gepresteerd. Er kan rekening gehouden worden met speciale omstandigheden van de zaak of van de cliënt en dan wordt er een beroep gedaan op speciale correctiecoëfficiënten die toepasbaar zijn op elk van de drie berekeningsmethodes.

Enkele voorbeelden voor mogelijke correctiefactoren: het belang van de zaak, de ervaring van de advocaat met de studie van een ingewikkeld geschil, het resultaat, de onderlegdheid van de raadsman in de behandelde materie, de snelheid van de oplossing van het geschil (zie bijvoorbeeld : Orde van Advocaten, Balie Mechelen via www.balie-mechelen.be/balie/toelichtingerelonen.html). Hoewel contingency fees verboden zijn in België, zouden ze soms toch worden toegepast. In elk geval is er veel vraag naar onder het cliënteel.

3.5.2. De invloed op de kosten van processen en schikkingen

Onder een uurloon zullen advocaten te veel werken aan zaken (dan goed is voor de cliënt) indien de attractiviteit van andere zaken dat op hen wacht niet groot is. Het is dan voordeliger om verder te werken aan een zaak dan een nieuwe aan te nemen. Onder een *conditional fee* contract kan de advocaat meer of minder uren spenderen dan onder een uurloon (Gravelle, 1993). Als hij ziet dat de zaak waarschijnlijk zal worden gewonnen, zal hij nog meer uren spenderen dan onder een gewoon uurloon, gezien het extra percentage bovenop het normale uurloon. Wanneer de winstkans niet al te groot is, zal het aantal uren kleiner zijn omdat de advocaat zelf voor de kosten moet opdraaien als hij de zaak verliest. Onder een *contingency fee* contract zullen advocaten te weinig aan een zaak werken (dan goed is voor de cliënt). Ze dragen immers de volledige kosten maar krijgen slechts een fractie van de baten (Schwartz en Mitchell 1970, Danzon 1983). Veronderstel dat een extra uur werken de winstkansen met 10 % verhoogt, dat de kosten van dit extra uur 500 Euro bedragen en het ter discussie staande bedrag gelijk is aan 10.000 Euro. Indien de advocaat bijvoorbeeld 30 % van het toegewezen bedrag krijgt, zal hij geen extra uur werken. De marginale verwachte opbrengst van de advocaat is 300 Euro, terwijl zijn marginale kosten 500 Euro bedragen. Toch is het vanuit het perspectief van advocaat en cliënt gezamenlijk optimaal om het extra uur te spenderen : de marginale baten bedragen 1.000 Euro, de marginale kosten slechts 500 Euro. Onder een vast bedrag heeft de advocaat een incentive om zo weinig mogelijk tijd te besteden aan een zaak. Of hij nu weinig of veel aan de zaak werkt, hij krijgt hetzelfde bedrag.

Kritzer e.a. (1985) onderzochten empirisch de hoeveelheid tijd die advocaten spenderen in uurloonzaken en *contingency fee* zaken. Ze kwamen tot de conclusie dat advocaten méér tijd spenderen in uurloonzaken met een ter discussie staand bedrag tot \$ 6.000, mogelijk iets meer in uurloonzaken tussen \$ 6.000 en \$ 30.000 en ongeveer hetzelfde aantal uren in beide types zaken boven \$ 30.000. Zij stelden ook vast dat uurloonadvocaten dubbel zoveel tijd spenderen aan het beantwoorden van de argumenten van de tegenpartij dan advocaten die werken onder een *contingency fee*. We dienen hier echter te waarschuwen voor de mogelijkheid van selectie-effecten. Zaken waarin voor een contingency fee beloningssysteem wordt gekozen verschillen mogelijk systematisch van

zaken waarin gekozen wordt voor een uurloon.

Een ander element dat empirisch onderzocht werd is of de effectieve uurlonen van *contingency fee* zaken de echte uurlonen overtreffen. Met andere woorden : zijn *contingency fee* zaken duurder of goedkoper voor eisers ? Kritzer (1998) vergelijkt de effectieve uurlonen van *contingency fee* zaken van de staat Wisconsin met echte uurlonen en komt tot de vaststelling dat voor de gemiddelde portfolio van zaken *contingency fees* een extra premie inhouden van 25 tot 40 %. Het grootste deel van die premie wordt wel gegenereerd door een klein aantal zaken. Voor de overgrote meerderheid van zaken liggen de winstmarges van *contingency fee* zaken slechts net iets hoger dan de winstmarges van uurloonzaken, wat logisch is, gezien de advocaat het risico draagt en daarvoor vergoed wordt.

3.5.3. *De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en het aantal schikkingen*

Wanneer de advocaat op uurbasis betaald wordt, heeft hij een incentive om zaken aan te nemen waarvan de verwachte baten kleiner zijn dan de verwachte kosten, vermits hij betaald wordt ongeacht de uitkomst van de zaak. Ook onder een *conditional fee* zal de advocaat soms zaken aannemen waarvan de kosten de baten overtreffen, i.h.b. wanneer hij weet dat de zaak waarschijnlijk zal worden gewonnen (hij moet dan niet voor de kosten opdraaien). Onder een *contingency fee* zullen advocaten sommige zaken waarvan de baten de kosten overstijgen niet aannemen omdat zij de volledige kosten dragen, maar slechts een fractie van de baten krijgen. Onder een vast bedrag zullen advocaten ook zaken aannemen waarvan de kosten de baten overtreffen (Veronderstel bijvoorbeeld dat de cliënt het vast bedrag van 5.000 Euro wil betalen en denkt 10.000 Euro te zullen krijgen met 60 % kans. De advocaat weet echter dat de kans slechts 40 % bedraagt. De advocaat zal zijn cliënt toch aanraden de zaak te starten. Hij krijgt dan zijn 5.000 Euro. De verwachte waarde voor de cliënt is echter negatief).

In geen enkel land ter wereld worden *contingency fee* contracten e.d. verplicht gesteld. Zulke contracten zijn steeds additioneel aan meer traditionele betalingswijzen, zoals het uurloon. Men kan dan ook niet stellen dat er in landen die *contingency fee* contracten toestaan noodzakelijk minder zaken zullen zijn. De keuze tussen verschillende betalingswijzen kan er net toe leiden dat er méér zaken zullen zijn. Immers, sommige mensen zullen het risico niet willen nemen om een zaak te starten onder een uurloon uit schrik uiteindelijk op te draaien voor een hoge som advocatenkosten. Een *contingency fee* contract heeft als voordeel dat het (tegen een prijs uiteraard) het risico kan leggen bij degene die het best in staat is het risico in te schatten, namelijk de advocaat.

Het feit dat *contingency fee* contracten zaken kunnen stimuleren wordt door sommigen negatief bekeken. Dergelijke contracten zouden in het bijzonder aanleiding geven tot speculatieve en frivole rechtszaken (zaken waarvan de eiser en zijn advocaat weten dat de slaagkans zeer klein is, en dit niet te wijten is aan bewijsproblemen). Volgens Bernstein (1996) komt dit doordat advocaten hopen nu en dan eens een groot bedrag te winnen. Olson (1991) vergelijkt *contingency fees* met een oude betalingswijze van militairen, die een deel van de inboedel van een overwonnen stad kregen. Theoretisch noch empirisch onderzoek geven de critici gelijk. Dana en Spier (1993) tonen formeel aan dat *contingency fees* frivole rechtszaken ontmoedigen, wanneer de advocaat beter in staat is dan de cliënt om de sterkte van de zaak te evalueren. Een advocaat heeft immers een *incentive* om zo snel mogelijk een zwakke zaak te laten vallen, gezien hij voor de kosten zal opdraaien. Bovendien krijgt een eiser wiens advocaat weigert de zaak aan te nemen op *contingency fee* basis een sterk signaal dat hij een zwakke zaak heeft. De eiser zal dan

minder geneigd zijn zo'n zaak in te stellen. Indirect wijst deze literatuur dus de zwarte piet door naar het uurlooncontract. Immers, advocaten draaien niet op voor de kosten van zwakke zaken en hebben dus geen incentive om cliënten met dergelijke zaken te ontmoedigen. Empirisch onderzoek wijst in dezelfde richting. Uit een econometrische studie van Helland en Tabarrok (2003) blijkt dat onder *contingency fees* zwakke zaken onderweg vaker worden stopgezet. Uit empirisch onderzoek van Kritzer (1997) blijkt dat *contingency fee* advocaten in Minnesota 69 % van de aangebrachte zaken weigeren. Reeds de helft daarvan wordt geweigerd tijdens het eerste telefonisch contact. Onder een uurloon hebben advocaten een *incentive* om te procederen in plaats van te schikken. Immers, na een schikking is er niets meer te verdienen. Deze stelling hangt echter af van de attractiviteit van het andere werk dat op de advocaat ligt te wachten. Ook beloven sommige verweerders een bonus aan de advocaat van de eiser wanneer die het schikkingsaanbod aanvaardt, hetgeen de incentive van de advocaat om te procederen afzwakt (Genn, 1987). Onder een *conditional fee* en een *contingency fee* contract hebben advocaten een incentive om te schikken in plaats van te procederen (zie o.a. Miller, 1987). Door te schikken ontwijken ze namelijk de kosten van een juridische procedure, die ze zelf volledig moeten dragen. Wanneer de advocaat echter onder een *conditional fee* contract tijdens de schikkingsonderhandelingen merkt dat hij waarschijnlijk de zaak zal winnen, heeft hij een incentive om te procederen. Hij zal dan zeer waarschijnlijk voor de extra uren het extra hoge uurloon kunnen vragen. Onder een vast bedrag heeft de advocaat een *incentive* om te schikken. Zo spaart hij zijn proceskosten uit.

Uit econometrisch onderzoek van Danzon en Lillard (1983) volgt dat het gebruik van *contingency fees* het schikkingspercentage met 1.5 procent doet toenemen in vergelijking met uurloonzaken.

3.5.4. De invloed op de doorlooptijden van procedures en schikkingen

Boven stelden we dat advocaten te veel werken aan zaken onder een uurloon (en mogelijk ook onder een *conditional fee*) en te weinig aan zaken onder een *contingency fee* en onder een vast bedrag. Dit heeft uiteraard gevolgen voor de duur van procedures. Uurloon-zaken (en mogelijk *conditional fee* zaken) zouden dan gemiddeld langer moeten duren dan *contingency fee*-zaken en zaken waarin de advocaat een vast bedrag krijgt. Volgens sommigen leiden *contingency fees* tot snellere schikkingen (bijvoorbeeld Olson, 1991), volgens anderen vertragen zij het onderhandelingsproces (bijvoorbeeld Bernstein, 1996). Uit het empirisch onderzoek van Helland en Tabarrok (2003) blijkt dat schikkingen sneller bereikt worden onder een *contingency fee*. In tegenstelling tot advocaten die werken onder een uurloon, hebben *contingency fee* advocaten geen *incentive* om het onderhandelingsproces zo lang mogelijk te laten duren om hun inkomensstroom te maximaliseren.

3.5.5. De invloed op de kwaliteit van rechterlijke uitspraken en schikkingen

Aangezien advocaten een groter aantal uren zullen werken onder een uurloonsysteem (en mogelijk onder een *conditional fee* contract) dan onder een *contingency fee* contract en een contract met een vast bedrag, zou men kunnen denken dat de waarheid eerder aan het licht komt in zaken waarin de advocaat per uur wordt betaald. Dit is echter niet zeker. Onder het uurloon heeft de advocaat geen *incentive* om enkel nuttige uren te investeren, onder een *contingency fee* contract wel. De x-efficiëntie onder een uurloon ligt dus lager. Onder een uurlooncontract kan hij de niet-nuttige uitgaven doorrekenen aan de cliënt,

onder een *contingency fee* contract moet hij ze zelf dragen. Onder een uurloon heeft de advocaat een *incentive* om lui te zijn (Danzon, 1983; Halpern and Turnbull, 1983; Gravelle and Waterson, 1993; Polinsky and Rubinfeld, 2003; Emons and Garoupa 2004).

Uit enquêtes van Kritzer (1998) met *contingency fee* advocaten blijkt dat de meeste advocaten beweren (met het oog op toekomstig cliënteel) hun cliënten niet zodanig te manipuleren bij de schikkingsonderhandelingen dat hun eigen winst wordt gemaximaliseerd, maar eerder hun cliënten in een richting sturen die een redelijk aanvaardbaar schikkingsbedrag zal opleveren.

3.5.6. *De invloed op het ex ante gedrag*

Doorgaans wordt aangenomen in de rechtseconomische literatuur dat het toelaten van resultaatsgebonden betalingswijzen een positieve invloed heeft op het ex ante gedrag van potentiële schadeveroorzakers (Scotchmer en Rubinfeld, 1993, Rubinfeld en Scotchmer, 1998). Risico-averse personen met een goede vordering die geen vordering zouden instellen onder het uurloon, zullen vaker bereid zijn te vorderen. Potentiële schadeveroorzakers weten dan dat zij vaker zullen opdraaien voor de door hen veroorzaakte schade en nemen dus een optimalere hoeveelheid zorg. Verder is er geen theoretische of empirische basis voor de stelling dat resultaatsgebonden betalingswijzen tot méér *nuisance suits* leiden. Het toelaten van dergelijke betalingswijzen zal dus niet leiden tot meer personen/ondernemingen die te veel zorg uitoefenen of waardevolle activiteiten niet opstarten.

3.5.7. *Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie*

De theoretische en empirische literatuur reiken weinig of geen argumenten aan die een absoluut verbod op “*no cure no pay*” rechtvaardigen. Uit het bestaande empirische onderzoek blijkt dat advocaten onder *contingency fees* enkel minder uren spenderen aan de kleinere zaken (en dan is nog niet aangetoond dat dit ongewenst is; bovendien spenderen zij hun uren mogelijk nuttiger). Verder betaalt de cliënt voor de overgrote meerderheid van zaken ongeveer hetzelfde onder een uurloon als onder een *contingency fee*. Uit empirisch onderzoek blijkt ook niet dat advocaten meer zwakke zaken voor de rechtbanken brengen onder een *contingency fee*. Integendeel, de kwaliteit van de geprocedeerde zaken neemt toe. Verder is de invloed op de schikkingsfrequentie zeer miniem, is de invloed op de schikkingsbedragen relatief klein en worden schikkingsakkoorden sneller bereikt.

3.6. Het uitwisselen van informatie tussen de partijen (discovery)

3.6.1. Rechtsvergelijking

De *common law* landen kennen het onderscheid tussen de *pre-trial* fase en de *trial fase*. Wat betreft de *pre-trial* fase liggen de Engelse regels betreffende ‘*disclosure and inspection of documents*’ vervat in *Part 31* van de *Civil Procedure Rules*. Elke partij is verplicht om alle voor de zaak relevante stukken – ook de voor hem nadelige stukken - welke zich bevinden of bevonden ‘*in his control*’ aan de tegenpartij mede te delen (*disclosure*) en ter inzage te geven (*inspection*). Het opvragen van documenten is in principe niet mogelijk ten opzichte van derden (derden kunnen wel gedwongen worden om tijdens het proces documenten voor te leggen). Er zijn verschillende mogelijkheden om de partijen te dwingen mee te werken aan het informatieuitwisselingsproces. De belangrijkste is dat de niet-medewerkende partij strafrechtelijk kan vervolgd worden wegens *contempt of court* (artikel 31.23 CPR ; Kremer en Rehbock, 1998). Deze sanctie wordt echter zelden toegepast.

De mogelijkheden tot *discovery* (opeisen van informatie van de tegenpartij in een pre-processuele fase) zijn uitgebreider onder het Amerikaanse recht dan onder het Engelse recht. De Amerikaanse regels van *pre-trial discovery* zijn vastgelegd in de *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP). Die voorzien onder meer in *oral dispositions* (mondeling verhoor van de tegenpartij) , *physical and mental examinations of parties* (hier is wel een *court order* voor nodig) en *discovery from non-parties* (Kremer en Rehbock, 1998).

De *civil law* landen kennen de scheiding tussen de *pre-trial* fase en de *trial* fase zoals die in de *common law* landen bestaat niet. Bovendien zijn de dwangmogelijkheden op de tegenpartij kleiner in de *civil law* landen (Schlesinger, Baade, Herzog en Wise, 1998). In Frankrijk werd traditioneel aangenomen dat een partij in een burgerlijke rechtszaak niet gedwongen kon worden om voor hem nadelige informatie vrij te geven (Herzog, 1967, Beardsley, 1986). Artikel 11 van het Franse Wetboek van Civiele Rechtspleging voorziet nu echter dat de partijen moeten samenwerken met de rechtbank bij het zoeken naar feitenmateriaal en dat de rechtbank een partij (en zelfs derden) kan gebieden documenten voor te leggen. Indien de documenten niet voorgelegd worden, kan de rechter financiële sancties opleggen en ongunstige conclusies trekken. In principe kunnen alleen maar specifieke documenten worden opgevraagd, waarvan het bestaan zeker is (zie art. 138 Wetboek Civiele Rechtspleging). De Franse rechtbanken lijken slechts het voorleggen van belangrijke documenten te bevelen (Mercier en McKenney, 1994).

In Duitsland lijken de mogelijkheden tot *discovery* beperkter als in Frankrijk (Schlesinger, Baade, Herzog en Wise, 1998). Toch kan een rechter ook hier nadelige conclusies trekken voor de partij die weigert te getuigen of documenten voor te leggen (zie §§ 809, 810 ZPO). Zogenaamde “*fishing expeditions*” (opvragen van documenten die heel misschien tot iets kunnen leiden, maar waarvoor geen andere indicatoren bestaan) zijn niet mogelijk.

Van den Reek (1997) omschrijft het Nederlandse systeem als één van informatievrijheid (in tegenstelling tot het Engelse systeem van informatiedwang). Het Nederlandse recht kent namelijk enkel allerlei afzonderlijke mededelingsplichten, maar geen algemene regel die de partijen verplicht om alle relevante informatie te verschaffen. Toch is een tendens naar meer mogelijkheden tot *discovery* waar te nemen in het Nederlandse procesrecht. In artikel 152 Rv. is de zogenaamde vrije bewijsleer neergelegd. Het feit dat de rechter niet gebonden is aan beperkingen bij zijn keuze en waardering van bewijsmiddelen, duidt erop dat hij binnen de grenzen van het geschil zoveel mogelijk de materiële waarheid moet

trachten te vinden (zie Kremer en Rehbock, 1998). Op basis van artikel 88, 1 Rv. is het de rechter toegestaan om verschijning van de partijen ter terechtzitting te bevelen om inlichtingen te geven. De rechter ondervraagt de partijen en de partijen kunnen elkaar ook vragen stellen (art. 88,2 Rv.). De rechter kan uit de afgelegde verklaringen, uit een niet-verschijnen ter terechtzitting of uit een weigering om te antwoorden of het proces-verbaal te ondertekenen de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Art. 164, 1 Rv. handelt over het partij-getuigenveroor. Indien een partij die gehouden is als getuige een verklaring af te leggen, niet ter terechtzitting verschijnt, niet antwoordt op de haar gestelde vragen of weigert haar verklaring te ondertekenen, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht (art. 164,3 Rv.) Een partij-getuige kan echter niet gegijzeld worden (art. 173, 1 Rv.). Overeenkomstig art. 22 Rv. kan de rechter in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Partijen kunnen dit weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De rechter beslist of de weigering gerechtvaardigd is, bij gebreke waarvan hij daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. Overeenkomstig art. 843 a kan hij die daarbij rechtmatig belang heeft, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden onder zijn beschikking of onder zijn berusting heeft.

Overeenkomstig het Belgische artikel 871 Ger. W. kan de rechter aan iedere gedingvoerende partij bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen. Artikel 877 Ger. W. stelt dat wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zaken dienend feit, de rechter kan bevelen dat het stuk of een eensluidend verklaard afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd. Partijen of derden die zonder wettige reden nalaten het stuk zelf of het afschrift over te leggen, kunnen worden veroordeeld tot zodanige schadevergoeding als behoort (art. 882 Ger. W.). Op basis van art. 992 Ger. W. kan de rechter, zelfs ambtshalve, de partijen of een van hen bevelen in persoon te verschijnen.

3.6.2. *De invloed op de kosten van processen en schikkingen*

Het uitwisselen van informatie in een pre-processuele fase zou goedkoper zijn dan de uitwisseling van informatie tijdens een proces (Cooter en Ulen, 1999). Maar het vervroegen van de informatie-uitwisseling naar de pre-processuele fase betekent dat de kosten met zekerheid worden gemaakt (*front loading*), terwijl indien de uitwisseling van informatie wordt uitgesteld tot het proces, de kosten slechts in een beperkt aantal gevallen worden gemaakt, namelijk wanneer er geen schikking bereikt werd. Het is dus onzeker wat de globale invloed is van *discovery* op de kosten van een proces (Cooter en Rubinfeld, 1994). Verder kan de plicht tot het leveren van informatie tot misbruik leiden bij de tegenpartij (opvragen van teveel of niet nuttige informatie), indien die laatste niet voor de kosten ervan moet opdraaien.

In een rapport van het Amerikaanse Committee for Economic Development (2000) staat dat de gemiddelde kosten van *discovery* in de USA op 80 procent van de totale proceskosten worden geschat. Empirische onderzoeken ondersteunen deze bevinding echter in het geheel niet. Uit een enquête van het Amerikaanse Federal Judicial Center (1997) blijkt dat de mediaan van de *discovery*-uitgaven 3 procent van het ter discussie staande bedrag bedraagt voor elk van de partijen. Ongeveer de helft van de advocaten stelden dat de *discovery*-uitgaven min of meer terecht waren, terwijl meer advocaten ze als te laag inschatten dan te hoog. Het *Civil Litigation Research Project* van Trubek

e.a. (1983) onderzocht een database van 1600 zaken (op federaal en deelstaatniveau) en vond dat in 50% van die zaken geen *discovery*-activiteiten waren uitgeoefend. Slechts in een zeer beperkt aantal gevallen kwam het tot vijf verschillende *discovery events*. Een studie van het RAND instituut (1998) onderzocht 10.000 zaken en kwam tot de conclusie dat advocaten in 38 % van de zaken geen tijd spenderen aan *discovery*. Wanneer *discovery* wel plaatsvindt, spenderen advocaten gewoonlijk een vierde tot een derde van hun werkuren eraan. Shepherd (1999) onderzocht via een enquête uitgevoerd bij de advocaten van beide partijen in 369 federale civiele zaken de factoren die bijdragen aan de hoogte van de *discovery*-uitgaven. Uit zijn bevindingen blijkt zeker geen systematisch misbruik van de *discovery* procedure. Hij komt wel tot de conclusie dat eisers zich anders gedragen dan verweerders. Eisers bepalen de hoeveelheid uit te voeren *discovery* in functie van de essentiële karakteristieken van een zaak (bedrag ter discussie, aantal feitelijke betwistingen) en voeren die hoeveelheid niet op wanneer de verweerder dit wel doet. De verweerder kiest meestal een hoeveelheid *discovery* die de hoeveelheid van de eiser benadert. Wanneer de verweerder meent dat de *discovery*-verzoeken van de eiser excessief zijn, reageert hij door zelf meer *discovery* te vragen dan hij anders had gedaan (*tit for tat*). In het omgekeerde geval voert de eiser niet meer, maar minder *discovery* uit.

3.6.3. *De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en het aantal schikkingen*

Partijen hebben in principe steeds een incentive om voor de tegenpartij nadelige informatie mee te delen en voor de tegenpartij voordelige informatie achter te houden. *Discovery* waarbij partijen gedwongen worden om voor de tegenpartij voordelige informatie te geven, kan het aantal zaken zowel doen stijgen als dalen. Indien de verweerder gedwongen wordt om voor de eiser voordelige informatie mee te delen, stijgt de verwachte waarde van diens vordering. Indien de eiser voor de verweerder voordelige informatie moet prijsgeven, daalt de verwachte waarde van de vordering van de eiser.

Discovery waarbij de partijen gedwongen worden om voor de tegenpartij voordelige informatie te geven, maakt die tegenpartij echter in principe optimistischer, waardoor de schikkingskans afneemt (Cooter en Rubinfeld, 1994).

3.6.4. *De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen*

Een van de doelstellingen van *discovery* in de Verenigde Staten is de tijdsduur van de fase voor de rechtbank zo veel als mogelijk te beperken. Deze doelstelling hangt nauw samen met het feit dat in de VS vaak met juries wordt gewerkt in civiele rechtszaken (Rubinfeld 1998). Om de tijdskosten van de juryleden niet te hoog te laten oplopen, is het aangewezen de procesfase zo continu als mogelijk te laten verlopen, zonder onderbrekingen om alsnog additioneel bewijsmateriaal te verzamelen. Van belang is uiteraard de ganse tijdsduur : de tijdsduur van de *discovery* fase plus de tijdsduur van het (eventuele) proces. Uit een empirische studie van Bruggman (1995) blijkt dat de mediaan van de tijdsduur van zaken mét *discovery* 653 dagen bedroeg voor zaken die door de rechtbanken van de staat Iowa werden behandeld. De mediaan van zaken zonder *discovery* bedroeg slechts 266 dagen. Hier moet men echter rekening houden met selectie-effecten (zie verder, 3.6.7).

3.6.5. *De invloed op de kwaliteit van rechterlijke uitspraken en schikkingen*

Of *discovery* de kwaliteit van rechterlijke uitspraken verbetert is betwist in de rechtseconomische literatuur (Rubinfeld, 1998). Enerzijds wordt de informatievoorziening naar de rechter toe verbeterd en heeft een partij meer tijd om de argumenten van de andere partij te onderzoeken en eventueel te weerleggen. Anderzijds kan *discovery* de spontaneïteit van de partijen tijdens een procedure aantasten, waardoor de informatie die tijdens een proces voor de rechter wordt gegenereerd niet noodzakelijk van betere kwaliteit is.

Discovery heeft verder als gevolg dat de schikkingsbedragen dicht bij het correcte bedrag komen te liggen. Dit komt doordat de informatie-uitwisseling het (onterechte) optimisme of pessimisme van een van de partijen kan corrigeren (Cooter en Rubinfeld, 1994). Veronderstel dat een persoon 100.000 Euro schade heeft geleden, maar dat de verweerder denkt dat de schade 150.000 Euro bedraagt. Na *discovery* heeft hij mogelijk een correcter beeld van de werkelijke schade en zal het schikkingsbedrag er beter mee overeenstemmen.

3.6.6. *De invloed op het ex ante gedrag*

De invloed van *discovery* op het ex ante gedrag is onduidelijk. Dat komt omdat de invloed op de componenten die het ex ante gedrag bepalen (de kosten van processen en de accuraatheid ervan, zie boven) zelf onduidelijk zijn.

3.6.7. *Gevolgen uit theorie en empirie*

Het bestaande empirisch materiaal bevestigt niet de vaak geponeerde stelling dat de *discovery*-uitgaven zeer hoog zijn. Ook bestaat er geen empirisch onderzoek dat aantoonst dat het instrument *discovery* systematisch misbruikt wordt (enkel anekdotisch materiaal over geïsoleerde gevallen). Het bestaande empirisch onderzoek dat stelt dat de doorlooptijden van zaken mét *discovery* significant hoger zijn dan de doorlooptijden van zaken zonder *discovery* mag niet verkeerd geïnterpreteerd worden. Men kan er niet uit afleiden dat *discovery* de oorzaak is van de langere doorlooptijd. Hier is zeker (ook) sprake van een selectie-effect. Net in de complexe zaken waarin het bewijsmateriaal niet eenvoudig te vergaren is zal het instrument van *discovery* gebruikt worden. Om na te gaan of *discovery* langere doorlooptijden veroorzaakt, zou men *dezelfde soort* zaken moeten laten procederen volgens twee systemen : één met en één zonder *discovery* (en alle andere elementen dezelfde). Verder is er geen empirisch onderzoek dat de invloed op het aantal zaken, de schikkingsfrequentie, de schikkingsbedragen en het ex ante gedrag bestudeert. Ook hier zal empirisch onderzoek rekening moeten houden met selectie-effecten.

Verder is het van belang om twee verschillende aspecten van *discovery* goed te onderscheiden : het dwangelement (meer druk op het voorleggen van bepaalde soorten bewijsmateriaal) en het tijdselement (sneller bewijsmateriaal op tafel moeten leggen). Invoeren van meer mogelijkheden tot dwang op de partijen hoeft niet gepaard te gaan met een grotere nadruk op de *pre-trial* fase, en een uitbreiding van de *pre-trial* fase hoeft niet noodzakelijk gepaard te gaan met meer bevoegdheden om de partijen te dwingen meer informatie te verstrekken.

3.7. Mate van actieve rol van de rechter

3.7.1. Rechtsvergelijking

Kötz (2003) wijst erop dat zowel in *common law* landen als in *civil law* landen het uitsluitend aan de partijen toekomt om de feiten naar voor te schuiven waarvan zij denken dat ze hun claim of verweer zullen ondersteunen en de getuigen aan te duiden waarvan zij kennis hebben. In de beide rechtstradities moeten de rechters de feitelijke basis van hun beslissing dan ook steunen op wat hen door de partijen wordt aangeleverd. Feiten die niet in dispuut zijn tussen de partijen of die door één van de partijen niet worden ontkend blijven buiten de bevoegdheid van de rechter. De beide rechtstradities kunnen dan ook als accusatoir beschouwd worden (Kotz, 2003; zie ook Langbein, 1985).

Beide systemen hebben ook gemeen dat het uiteindelijk de rechter (of de jury) is, die beslist op welke feitelijke gronden (aangeleverd door de partijen) de uitspraak rust (von Mehren, 1988, p. 609). Belangrijke verschillen echter betreffen de wijze van bewijsverzameling.

In de V.S. beslissen de partijen welke getuigen zij oproepen, hoeveel getuigen zij oproepen en of en welke experts zij willen oproepen. De rechter neemt gedurende de bewijsvergaring in principe een passieve rol aan. Het komt de (advocaten) van de partijen toe om de getuigen te ondervragen (Glendon, Gordon en Osakwe, 1994; Kotz, 2003).

De *Civil Procedure Rules* (Engeland en Wales), die op 26 april 1999 in werking zijn getreden, geven aan de rechter ruime mogelijkheden om de bewijslevering in complexere zaken te controleren en te sturen (hetgeen een radicale breuk met het verleden impliceert). De rechter bepaalt de onderwerpen die nader bewijs behoeven, de bewijsmiddelen en de wijze waarop het bewijs in de procedure wordt gebracht (art. 32, 1 (1) CPR). De rechter kan limieten opleggen voor de duurtijd van het proces en voor het aantal getuigen.

In Duitsland beslist de rechter welke getuigen ondervraagd zullen worden en of expert(s) dienen aangesteld te worden (Kotz, 2003). Verder is hij wettelijk verplicht om alle elementen helder te maken en om de partijen te helpen bij het ontwikkelen van hun respectievelijke posities (§ 139 ZPO). Hij stelt hen dan ook vragen en maakt suggesties aan de partijen om stellingen te verbeteren en aan te passen en om meer bewijs te leveren. Ook bij het ondervragen van de getuigen en de experts neemt de rechter het voortouw. Eerst stelt de rechter vragen, waarna de advocaten van partijen pas de kans krijgen om aanvullende vragen te stellen. Zij maken trouwens relatief weinig gebruik van deze mogelijkheid (Kotz, 2003). De experts worden gewoonlijk aangeduid door de rechter, handelen onder zijn instructies en dienen loyaal en onafhankelijkheid te blijven.

In Nederland kan de rechter, indien een partij meer getuigen heeft voorgebracht dan redelijkerwijs noodzakelijk was, daarmee bij de veroordeling in de kosten rekening houden (art. 170, 1 Rv.). De rechter hoort ieder van de getuigen buiten tegenwoordigheid van de mede ter terechtzitting verschenen getuigen die nog niet zijn gehoord, voor zover deze laatste getuigen niet tevens partij zijn (art. 179, 1 Rv.). Partijen en hun raadslieden kunnen aan de getuigen vragen stellen, behoudens de bevoegdheid van de rechter om te beletten dat aan een bepaalde vraag gevolg wordt gegeven. De rechter kan ambtshalve of op verzoek van een partij getuigen tegenover elkaar of tegenover partijen of een van hen stellen (art. 179, 2 Rv.). De rechter kan naar aanleiding van de getuigenverklaringen aan partijen vragen stellen (art. 179, 3 Rv.). Overeenkomstig artikel 194, 1 Rv. kan de rechter op verzoek van een partij of ambtshalve een bericht of een verhoor van deskundigen bevelen. De rechter benoemt een of meer deskundigen na overleg met de partijen (art. 194, 2 Rv.). De deskundige die zijn benoeming heeft aanvaard, is verplicht de opdracht

onpartijdig en naar beste weten te volbrengen (art. 198, 1 Rv.). De deskundigen stellen hun onderzoek in, hetzij onder leiding van de rechter, hetzij zelfstandig (art. 198, 2 Rv.). Overeenkomstig art. 200, 1 Rv. kan de rechter een partij op haar verzoek toestaan deskundigen te doen horen die niet door de rechter zijn benoemd. De actieve rol van de rechter blijkt ook uit art. 22 Rv. Op basis daarvan kan de rechter in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen.

In Frankrijk hebben de partijen in principe de toestemming nodig van de rechter om getuigen voor de rechtbank te brengen (er wordt meestal gebruik gemaakt van geschreven stukken). Het is de rechter die de getuigen ondervraagt, in de volgorde die hij geraden acht (art. 208 CPC). De partijen mogen de getuigen niet onderbreken of vragen stellen. Zij moeten hun vragen richten tot de rechter (art. 214 CPC). Verder kan de rechter een expert aanstellen (art. 232 CPC). De expert moet zijn werk in volledige onafhankelijkheid doen (art. 237 Ger. W.).

In België kan de rechter, indien een partij aanbiedt het bewijs van een bepaald en ter zake dienend feit te leveren door een of meer getuigen, die bewijslevering toestaan, indien het bewijs toelaatbaar is (art. 915 Ger. W.). Het getuigenverhoor wordt gehouden door de rechters die het hebben toegestaan of bevolen of door de rechter die in het vonnis is aangewezen (art. 918 Ger. W.). Overeenkomstig art. 936 Ger. W. mag een partij de getuige niet in de rede vallen of rechtstreeks toespreken. Hij moet zich tot de rechter richten. Verder kan de rechter deskundigen gelasten vaststellingen te doen of een technisch advies te geven (art. 962 Ger. W.). Indien de partijen op het ogenblik van het vonnis dat het deskundigenonderzoek beveelt, overeengekomen zijn omtrent de benoeming van de deskundige, bekrachtigt de rechter hun overeenkomst (art. 964 Ger. W.). De deskundigen vervullen hun opdracht onder toezicht van de rechter (art. 973 Ger. W.).

3.7.2. *De invloed op de kosten van processen en schikkingen*

Parisi (2002) vergelijkt het procesgedrag van partijen met het gedrag van ondernemingen die via reclame een zo groot mogelijk marktaandeel trachten te veroveren. Een groot deel van de procesuitgaven van de partijen heffen elkaar op en hebben weinig of geen sociaal nut, net zoals de reclame-investeringen van ondernemingen. De partijen strijden om een vaste rente (het ter discussie staande bedrag), en daarbij wordt een groot deel van die rente gedissipeerd (proceskosten). Parisi stelt dat dit *rent seeking* probleem groter is onder een accusatoir systeem dan onder een inquisitoriaal systeem, omdat de uitgaven van de partijen onder een accusatoir systeem puur bepaald wordt door de private kosten en niet door de sociale kosten. In een inquisitoriaal systeem neemt de *rent dissipation* af naarmate de rechter meer de leiding neemt in de zoektocht naar het relevante feitenmateriaal. Hoe sterker het door de rechter verzameld bewijsmateriaal gewaardeerd wordt en hoe strenger het door de partijen verzameld bewijs beoordeeld wordt, hoe lager de procesuitgaven van de partijen. Posner (1999) stelt dat een gedecentraliseerde zoektocht naar informatie (zoals in het accusatoir systeem) vanuit sociaal oogpunt kan resulteren in een te grote of te kleine hoeveelheid bewijsmateriaal, terwijl de rechter in een inquisitoriaal systeem theoretisch gezien bewijs kan verzamelen tot aan het punt waar de marginale sociale kosten gelijk zijn aan de marginale sociale baten. Hij ziet de voordelen van het accusatoir systeem vooral in haar competitief karakter : het geeft de zoekers van informatie (de advocaten) betere incentives om te zoeken dan een systeem waarin de rechter de enige informatiezoeker is. Posner verwijst hier naar een bijdrage van Dewatripont en Tirole (1999), die deze gedachte formaliseren. Zij tonen aan dat het competitie-model (2 advocaten die tegenovergestelde visies naar voren brengen) in

vergelijking met een model waarin een neutrale derde (de rechter) informatie opspoort ofwel tot méér informatie leidt, ofwel tot dezelfde hoeveelheid informatie leidt maar dan met een lagere kostprijs.

3.7.3. De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en het aantal schikkingen

Indien een accusatoir systeem tot hogere procesuitgaven van de partijen leidt, zou het aantal zaken moeten dalen (alle andere factoren constant gehouden). De verwachte kosten zullen dan sneller de verwachte baten overstijgen.

Indien de partijen meer uitgeven in een accusatoir proces, zal dit aanleiding geven tot een kleiner aantal processen (en dus een groter aantal schikkingen). Procederen wordt dan (nog) duurder in verhouding tot schikken. Met andere woorden : de schikkingsruimte vergroot.

3.7.4. De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen

Indien de partijen in een accusatoir systeem méér procesuitgaven doen, betekent dit onder andere dat er meer bewijsmateriaal naar voren zal worden gebracht. Dit leidt tot een langere doorlooptijd. Indien de partijen minder uitgaven doen (bijvoorbeeld omdat de sociale baten groter zijn dan de private baten en de rechter in een inquisitoriaal systeem zijn inspanningen afstelt op de sociale baten en niet de private baten), zal dit leiden tot een kleinere doorlooptijd.

Eén kenmerk van een accusatoir systeem is dat het de partijen zijn die bepalen welk bewijsmateriaal wordt voorgelegd. Een ander kenmerk is dat de partijen zelf bepalen hoeveel tijd ze nodig hebben om bewijs te leveren, conclusies neer te leggen etc. Daarbij zullen ze geen rekening houden met de tijdskosten van de tegenpartij, voorzover ze er uiteindelijk niet voor moeten opdraaien (i.h.b. bij verlies). In een inquisitoriaal systeem kan de rechter tijdslimieten opleggen en trachten sociaal optimale doorlooptijden na te streven.

3.7.5. De invloed op de uitkomst en kwaliteit van rechterlijke uitspraken en schikkingen

Verschillende theoretische studies gaan na onder welk systeem de waarheid vaker aan het licht komt. Volgens Tullock (1980) zou er meer relevante en correcte informatie vrijkomen in inquisitoriale processen, omdat partijen in accusatoire processen een groot deel van hun uitgaven spenderen aan het misleiden van de rechter. Volgens Thibaut en Walker (1975), Sheppard en Vidmar (1980) en Damaska (1983) daarentegen is er een grotere kans dat de waarheid aan het licht komt in een accusatoir systeem omdat de rechter moet luisteren naar de argumenten van beide partijen vooraleer een beslissing te nemen. Dit verkleint de kans op een premature bias en voortijdige conclusies. Milgrom en Roberts (1986) tonen via een speltheoretisch model aan dat wanneer de belangen tussen de partijen voldoende tegengesteld zijn, een accusatoir proces tot een volledige informatierevelatie leidt, zelfs indien de beslissingsnemer relatief ongesofistikeerd is. Twee voorwaarden moeten wel voldaan zijn opdat hun stelling opgaat : de partijen moeten toegang hebben tot dezelfde informatie en de door de partijen aangebrachte informatie moet verifieerbaar zijn. Het model van Milgrom en Roberts gaat uit van een kosteloze productie van informatie. Froeb en Kobayashi (1993, 1996) komen tot eenzelfde resultaat voor het geval waarin de partijen kosten moeten maken om statistisch bewijsmateriaal te verzamelen dat wordt voorgelegd

aan een “naïeve” en zelfs vooringenomen beslissingnemer. Ook Shin (1998) komt tot een gelijkaardig resultaat voor het geval van kostbare én asymmetrische informatie. In zijn model is de beslissingnemer (de rechter) in staat om gevolgen te trekken uit het niet voorleggen van bewijsmateriaal door één van de partijen. We kunnen ook hier de bijdrage van Dewatripont en Tirole (1999) vermelden. Zij tonen aan dat het competitie-model (2 advocaten die tegenovergestelde visies naar voren brengen) in vergelijking met een model waarin een neutrale derde (de rechter) informatie opspoort ofwel tot méér informatie leidt, ofwel tot dezelfde hoeveelheid informatie leidt maar dan met een lagere kostprijs. Froeb en Kobayashi (2000) zien de superieure informatie van de partijen als het grootste voordeel van het accusatoir systeem. Het voordeel van een inquisitoriaal systeem is haar neutraliteit. In een accusatoir systeem zullen de partijen voornamelijk het meest in hun voordeel sprekende bewijsmateriaal voorleggen. Vertaald in statistische termen : het accusatoire systeem komt neer op het gebruik van een “*extremal estimator*”, terwijl het inquisitoriaal systeem neerkomt op het gebruik van de “*sample mean*”. Froeb en Kobayashi concluderen dat geen van beide systemen het andere domineert. Ook enkele recente experimentele onderzoeken gaan na onder welk systeem de grootste hoeveelheid correcte informatie vrijkomt. Block, Parker, Vyborna en Dusek (2000) vinden dat de relatieve superioriteit afhangt van de informatiestructuur. Zij maken een onderscheid tussen een “private informatiestructuur” en een “gecorrleerde informatiestructuur”. In het eerste geval beschikt één van de partijen over private en voor hem nadelige informatie (bijvoorbeeld : enkel de verweerder weet dat hij onzorgvuldig heeft gehandeld). In het tweede geval heeft de tegenpartij wel een vermoeden over de inhoud van de voor de tegenpartij nadelige informatie. Block, Parker, Vyborna en Dusek concluderen dat meer informatie vrijkomt in een inquisitoriaal systeem dan in een accusatoir systeem in het geval van een “private informatiestructuur”. Het omgekeerde geldt voor een “gecorrleerde informatiestructuur”. Block en Parker (2004) gaan via experimenteel onderzoek na of er een verschil bestaat tussen de beslissingen (uitspraken van rechters) in beide systemen wanneer na het proces niet alle doorslaggevende informatie vrijkomt. Zij stellen vast dat beslissingnemers in een accusatoir systeem sterker geneigd zijn tot een gelijke verdeling van het ter discussie staande bedrag (althans wanneer formele bewijslastverdelingen onderdrukt worden).

3.7.6. *De invloed op het ex ante gedrag*

Er bestaan bij ons weten geen theoretische of empirische bijdragen die de invloed beschrijven van beide systemen op het ex ante gedrag. Dit is niet verwonderlijk. Het inzicht dat accusatoire processen tot hogere uitgaven leiden werd reeds lang intuïtief aangevoeld in de literatuur, maar werd slechts recent geformaliseerd (zie Parisi, 2002). Ten tweede lijkt de discussie welk systeem tot een hogere accuraatheid leidt nog niet beslecht (zie boven). Het is dan ook logisch dat geen harde uitspraken kunnen gedaan worden over het ex ante gedrag, dat bepaald wordt door de kosten en de accuraatheid van processen. Daarvoor hebben we data nodig over de precieze wijzigingen van kosten en accuraatheid. Veronderstel dat onder een accusatoir systeem de accuraatheid sterk toeneemt, en de kosten slechts een beetje stijgen. Dan zullen meer partijen met een goede zaak bereid zijn te vorderen (en meer partijen met een slechte zaak niet vorderen). Potentiële schadeveroorzakers zullen dan een meer optimale hoeveelheid preventie nemen.

3.7.7. *Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie*

Uit het bestaande theoretisch en empirisch onderzoek kunnen weinig harde conclusies

getrokken worden. De stelling dat accusatoire processen tot hogere kosten leiden, werd nog niet empirisch gestaafd (zie Parisi, 2002). Een simpele vergelijking van kostendata van landen met een accusatoir systeem met die van landen met een inquisitoriaal systeem lijkt niet aangewezen, vermits zeer veel factoren de proceskosten beïnvloeden. Het isoleren van de invloed van elke individuele factor quasi onmogelijk is.

Uit het bestaande onderzoek blijkt ook niet welk systeem tot meer accurate beslissingen leidt. Op theoretisch vlak bestaan er tegengestelde visies. Op empirisch vlak zijn er enkel experimentele onderzoeken. Het gedrag van personen die deelnemen aan die experimenten mag niet zonder meer verondersteld worden het gedrag van partijen en rechters in echte gedingen te weerspiegelen. Bovendien komt uit de experimentele onderzoeken geen eenduidig beeld naar voren. Soms leidt het inquisitoriale systeem tot meer accurate uitspraken, en soms ook niet.

Verder bestaat er nog geen enkel empirisch materiaal over de invloed op het aantal zaken, het schikkingspercentage en de doorlooptijden. Opnieuw kunnen we stellen dat het weinig zinvol is data te vergelijken van landen met een accusatoir systeem versus data van landen met een inquisitoriaal systeem. Te veel factoren beïnvloeden de maatschappelijke consequenties.

In hoofdstuk 2 stelden we dat de procesuitgaven van de partijen te hoog kunnen zijn in verhouding tot de maatschappelijke waarde ervan (de *deterrence*-waarde). In de literatuur werd de vraag in welke mate rechters in staat zijn om de uitgaven van de partijen af te stemmen op de maatschappelijke waarde nog niet expliciet onderzocht. Ook werd nog niet nagegaan of hetzelfde doel verwezenlijkt kan worden door andere instrumenten, zoals taxen (Posner, 1999 denkt echter dat de overheid in dat geval over zeer veel informatie zou moeten beschikken).

3.8. Accuraatheid en foutcontrole (beroepsmogelijkheden)

3.8.1. Rechtsvergelijking

In zowel de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, België, Duitsland als Nederland is hoger beroep in principe mogelijk. Een uitzondering betreft vorderingen die een bepaalde financiële drempel niet overschrijden. Die drempel bedraagt 3.800 Euro voor Frankrijk (art. R321-1 van de Code de l'organisation judiciaire), 1,860 Euro voor België (art. 617 Ger.W.), 1,500 Euro voor Duitsland (§ 511 a I ZPO) en 1,750 Euro voor Nederland (art. 332 Rv.). In de Verenigde Staten zouden financiële drempels zeldzaam zijn (Herzog en Karlen, 1982). In Engeland zijn er geen financiële drempels voor wat betreft 'general jurisdiction'. In de *civil law* landen kan men beroep aantekenen voor zowel het recht als de feiten, in de *common law* landen in principe enkel voor het recht. De verschillen zijn echter iets minder groot dan men op het eerste zicht zou denken. In de Verenigde Staten kan men o.a. in *equity* zaken hoger beroep instellen voor de feiten wanneer men kan aantonen dat de vaststelling van de feiten in eerste aanleg duidelijk foutief was (Schlesinger, Baade, Herzog en Wise, 1998). In Engeland kan men nieuw bewijsmateriaal voordragen in hoger beroep indien (1) het bewijsmateriaal niet verkregen kon worden voor gebruik tijdens de fase in eerste aanleg, (2) het nieuwe bewijsmateriaal waarschijnlijk een belangrijke invloed heeft op de beslissing en (3) het nieuwe bewijsmateriaal voldoende geloofwaardig lijkt (Glendon, Gordon, Osakwe, 1994). In de *civil law* landen is het niet stééds toegestaan om nieuw bewijsmateriaal voor te dragen in hoger beroep. In Duitsland worden de harde preclusieregels (zie §§ 527 en 528 van het Duitse Wetboek Civiele Rechtspleging), ingevoerd door de hervormingen van 1976, ook tijdens de beroepsfase toegepast. Het Duitse Grondwettelijk Hof heeft wel geoordeeld dat onder bepaalde voorwaarden een hogere beroepsinstantie verplicht is om nieuw bewijs te aanhoren, ten minste indien dit niet tot een onnodige vertraging van de procedure leidt (zie Würfel, 1992). In het Nederlandse civiele procesrecht is de herstelbaarheid in hoger beroep zeer uitgebreid. Partijen die denken niet alle relevante feiten, gronden, verweren of stellingen aan bod hebben laten komen in eerste aanleg hebben ruime mogelijkheden om dit in appèl te herstellen. Zij hoeven over het algemeen geen gerechtvaardigde redenen aanhalen waarom de feiten e.d. niet eerder werden naar voren gebracht (Asser en Vranken, 2003). Er zit wel een grens aan de vrijheid. Nieuwe feiten en stellingen poneren tijdens de pleidooien bijvoorbeeld is niet mogelijk (dit wordt in strijd geacht met de goede procesorde). Ook in Frankrijk en België is het partijen in principe toegestaan om nieuw bewijsmateriaal voor te dragen in hoger beroep (O'Malley en Layton, 1989). Het aantal hogere beroepen verschilt tussen de diverse landen. Uitgedrukt als het percentage van alle beëindigde zaken : 1 procent voor Nederland, 3 procent voor België, 10 procent voor Frankrijk, 2 procent voor Duitsland, 2 procent voor Engeland en Wales (gegevens van het jaar 2001; Blank, van der Ende, van Hulst en Jagtenberg, 2004).

3.8.2. De invloed op de kosten van processen en schikkingen

Op het eerste zicht zou men stellen dat de gemiddelde kosten van processen toenemen wanneer na eerste aanleg de mogelijkheid bestaat om hoger beroep aan te tekenen. Dit is echter niet vanzelfsprekend. Door het loutere bestaan van een hogere beroepsprocedure zijn de partijen als het ware verzekerd tegen fouten in eerste aanleg en dient men dus minder te investeren in accuraatheid voor de fase in eerste aanleg (Shavell, 1995). De

optimale accuraatheid van de fase in eerste aanleg is kleiner mét dan zonder hogere beroepsfase. In plaats dat alle processen grondig gevoerd worden in eerste aanleg, worden die processen nu iets minder grondig gevoerd en enkel wanneer één van de partijen het niet eens is met de uitspraak, wordt in tweede aanleg (mogelijk) een grondiger proces gevoerd. Of de kosten toe- of afnemen door de mogelijkheid van hoger beroep, zal ook afhangen van de vraag of incorrecte partijen straffeloos beroep kunnen instellen puur om de procedure te rekken.

3.8.3. De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal schikkingen en het aantal processen

De invloed op het aantal zaken en op de schikkingsfrequentie werd nog niet geformaliseerd in de rechtseconomische literatuur. Wij zullen er hier dan ook slechts kort op ingaan. Het aantal zaken kan zowel toenemen als afnemen. De kans bijvoorbeeld dat een partij met een goede zaak uiteindelijk wint wordt groter (zie verder onder accuraatheid), anderzijds kunnen zijn kosten oplopen. Dit zal in het bijzonder zo zijn wanneer de incorrecte partij straffeloos kan gebruik maken van de hogere beroepsprocedure om tijd te rekken en zo de tijdsgebonden kosten van de tegenpartij de hoogte induwt. Ook de schikkingsfrequentie kan toe- of afnemen. Enerzijds komen de verwachtingen van partijen mogelijk dicht bij elkaar te liggen wanneer de accuraatheid van rechterlijke uitspraken toeneemt. Dit leidt tot meer schikkingen. Anderzijds kunnen de proceskosten zowel afnemen (dit leidt tot meer processen, zowel in het optimisme model als in het asymmetrische informatie model) als toenemen (dit leidt tot meer schikkingen).

3.8.4. De invloed op de doorlooptijd van processen en schikkingen

De mogelijkheid om hoger beroep in te stellen kan theoretisch gezien leiden tot langere en kortere procedures. Langer enerzijds, omdat in een aantal gevallen in twee in plaats van in één instantie wordt geprocedeerd. Kortere anderzijds, omdat partijen mogelijk soms vlugger zullen procederen in eerste aanleg en slechts indien ze het niet eens zijn met de uitspraak van de rechter, grondiger procederen in hoger beroep.

3.8.5. De invloed op de kwaliteit van rechterlijke uitspraken en schikkingen

Over het algemeen wordt aangenomen dat de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen uiteindelijk leidt tot meer uitspraken van hogere kwaliteit. Dit resultaat is wel afhankelijk van de assumptie dat partijen in staat zijn om incorrecte uitspraken te onderscheiden van correcte uitspraken en de rechters in de hoven van beroep meer incorrecte beslissingen omzetten in correcte beslissingen dan omgekeerd. Een verliezende partij bij een incorrecte uitspraak zal dan vlugger geneigd zijn om hoger beroep in te stellen dan een verliezende partij bij een correcte uitspraak, hetgeen het totaal aantal correcte beslissingen vergroot (Shavell 1995). Een voorbeeld ter verduidelijking. Veronderstel dat de hervormingskans van een incorrect vonnis 80 % bedraagt en de hervormingskans van een correct vonnis 20%. Het ter discussie staande bedrag is gelijk aan 10.000 Euro. Voor een partij die in eerste aanleg ten onrechte geen gelijk kreeg, bedragen de verwachte baten van hoger beroep 8.000 Euro (0.8×10.000). Voor een partij die in eerste aanleg terecht geen gelijk kreeg, bedragen de verwachte baten van een hogere beroepsfase slechts 2.000 Euro. Indien de beroepsproceskosten van de partijen tussen 2.000 en 8.000 Euro liggen, zal enkel de partij die in eerste aanleg ten onrechte geen gelijk kreeg, hoger beroep instellen. Er

vindt dus een scheiding plaats tussen partijen die onterecht geen gelijk kregen en partijen die terecht ongelijk kregen. Indien deze scheiding niet spontaan plaatsvindt (de proceskosten van de partijen bedragen bijvoorbeeld slechts 1.000 Euro), kan de overheid theoretisch zo'n scheiding bewerkstelligen door een belasting in te voeren (Shavell, 1995). Een andere reden waarom de accuraatheid van rechterlijke uitspraken toeneemt, is dat rechters in eerste aanleg om verschillende redenen een *incentive* kunnen hebben om uitspraken te vellen die niet hervormd zullen worden. Rechters die vaak hervormd worden kunnen reputatiesancties ondervinden, alsook financiële sancties (i.h.b. wanneer het hervormingspercentage een rol speelt bij promoties e.d.). De invloed op de schikkingsbedragen is theoretisch moeilijk na te gaan. De grotere accuraatheid van uitspraken heeft een positieve invloed op de accuraatheid van de schikkingsbedragen. Anderzijds leidt hoger beroep mogelijk tot hogere kosten. Indien een partij schikt aan het minimumbedrag dat hij bereid is te aanvaarden, zal dit het schikkingsbedrag verder van de werkelijke schade brengen.

3.8.6. *De invloed op het ex ante gedrag*

Er bestaan bij ons weten geen bijdragen die expliciet de invloed onderzoeken van de mogelijkheid om hoger beroep aan te tekenen op het ex ante gedrag. Die invloed is onduidelijk. Ten eerste weten we niet of meer personen met een goede vordering bereid zullen zijn een vordering in te stellen indien hoger beroep mogelijk is. Ten tweede is de invloed op de schikkingsbedragen onduidelijk.

3.8.7. *Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie*

Bestaande empirische studies kijken vooral naar het percentage zaken waarin hoger beroep wordt ingesteld en het percentage uitspraken dat hervormd wordt. Men mag uit deze studies niet te vlug conclusies trekken. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat in een land zeer veel hogere beroepen worden ingesteld, niet omdat de rechters in eerste aanleg zeer vaak inaccurate beslissingen nemen, maar omdat de hogere beroepsfase er relatief goedkoop is (of dat de wachttijden er klein zijn). Ook een empirisch vastgestelde hervormingsgraad laat niet direct toe om harde uitspraken te doen, laat staan op basis ervan beleidsbeslissingen te nemen. Ten eerste moet men rekening houden met de mogelijkheid dat de partijen zullen schikken voorafgaande aan de hogere beroepsfase. Men kan verwachten dat zij vaker dié zaken zullen schikken waarvan het duidelijk is dat de hogere rechters ze zullen hervormen (duidelijke fouten). Dit betekent dat de zaken die toch doorgaan tot de hogere beroepsfase, dié zaken zijn waarvan de fouten minder duidelijk zijn. Het werkelijke percentage inaccurate uitspraken kan dus gevoelig hoger liggen dan het hervormingspercentage. Ten tweede is het niet noodzakelijk zo dat indien het hervormingspercentage laag ligt, er weinig fouten worden gemaakt door de lagere rechters. Het kan namelijk zo zijn dat het ook voor incorrecte partijen die ongelijk kregen in eerste aanleg rationeel kan zijn om hoger beroep in te stellen, zelfs al is de hervormingskans klein (bijvoorbeeld omdat het om een relatief groot bedrag gaat). Het instellen van dergelijke hogere beroepen doet de globale hervormingspercentages uiteraard dalen. En zelfs indien het aantal hervormingen een goede waardemeter zou zijn voor de kwaliteit van de rechtspraak in eerste aanleg, zou het geen zicht geven op het aantal inaccurate beslissingen die zouden genomen worden indien de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen niet bestond, doordat de mogelijkheid van hervorming niet alleen een corrigerende maar ook een preventieve werking heeft op het gedrag van de rechters in eerste aanleg.

Ander empirisch materiaal lijkt niet te bestaan. Het is onduidelijk of de gemiddelde proceskosten en doorlooptijden hoger zijn mét dan zonder hoger beroep, of de mogelijkheid van hoger beroep tot meer of minder zaken, of de schikkingsfrequentie toe- of afneemt en wat de invloed is op de accuraatheid en op het ex ante gedrag. Eén mogelijke reden voor het gebrek aan empirisch materiaal is dat zowat alle landen van de wereld hoger beroep toestaan (en uiteraard het feit dat internationale vergelijkende studies sowieso moeilijk zijn, omdat zeer veel factoren de maatschappelijke consequenties beïnvloeden). De verschillen tussen de diverse landen zijn eerder subtiel.

3.9. Formalisme

3.9.1. Rechtsvergelijking

Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes en Shleifer (2003) maken een index van procedureel formalisme (met componenten als minimaal aantal handelingen per proces, al dan niet gebruik van gecertificeerde documenten, al dan niet gespecialiseerde rechters etc.) in hun “Lex Mundi project” en vinden dat het formalisme duidelijk groter is in *civil law* landen dan in *common law* landen. De indexen zijn de volgende voor de procedure tot het innen van een cheque : Verenigd Koninkrijk : 2,58 ; Verenigde Staten : 2.62 ; België : 2.73 ; Frankrijk : 3.23 ; Duitsland : 3.51 ; Nederland : 3.07 . Voor de procedure tot uitzetting van een huurder : Verenigd Koninkrijk : 2.22 ; Verenigde Staten : 2.97; België : 3.17 ; Frankrijk : 3.60 ; Duitsland : 3.76 ; Nederland : 3.00.

Het is moeilijk om een algemene definitie te geven van formalisme. In zijn breedste zin zou men formalisme kunnen omschrijven als alle eisen, voorwaarden en maatregelen die het proces op een directe manier duurder maken (bijvoorbeeld : er mag enkel schriftelijk bewijs gebruikt worden, zelfs al is ander, goedkoper bewijs voorhanden). In zeer enge zin kan men formalisme definiëren als het opleggen van eisen en voorwaarden die geen enkel nut hebben (bijvoorbeeld : ze verhogen de accuraatheid niet).

Wanneer niet voldoende onderscheid wordt gemaakt tussen algemene en bijzondere procedures, zullen sommige zaken worden behandeld volgens een te zware procedure (te formalistisch) en andere zaken mogelijk volgens een te lichte procedure (te weinig formalistisch). Het hierna volgende rechtsvergelijkend overzicht is grotendeels gebaseerd op het hoofdstuk ‘Differentiatie’ van het recente rapport ‘Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht’ van Asser en Vranken (2003).

Het *Landgericht* is in Duitsland het algemeen bevoegde gerecht van eerste aanleg in civiele zaken. Het *Amtsgericht* is bevoegd voor enkele specifieke materies (o.a. woninghuur, familie zaken) en voor zaken die 5.000 Euro niet overstijgen. De procesregels van het Landgericht en van het Amtsgericht zijn grotendeels dezelfde. Afwijkingen (§ 495 – 510b ZPO) betreffen o.a. de mogelijkheid voor de rechter om in zaken van niet meer dan 600 Euro ‘*nach billigem Ermessen*’ de te volgen procedure vast te stellen (‘*Bagatellverfahren*’) en de niet-verplichte procesvertegenwoordiging voor het *Amtsgericht* (§ 78 ZPO; uitgezonderd voor familie zaken). Er bestaat ook een eenvoudige en snelle procedure ter incassering van geldvorderingen (het *Mahnverfahren*; § 688-703d ZPO). Voorts wijkt het procesrecht van de Handelskamers van de *Landsgerichte* niet af van het procesrecht van de andere kamers. Het procesrecht van de *Arbeitsgerichte* is wel verschillend van het procesrecht zoals het in het ZPO is neergelegd.

Het Franse algemeen bevoegde gerecht van eerste aanleg is het *Tribunal de grande instance*. Daarnaast functioneren verschillende ‘*juridictions d’exception*’: het *Tribunal d’instance* (bevoegd voor zaken tot 7600 Euro, huurzaken, gedeeltelijk arbeidszaken) , het

Tribunal de Commerce (zaken tussen kooplieden en kredietinstellingen, geschillen in het kader van handelstransacties en geschillen m.b.t. handelsvennootschappen), *de Conseil de prud'hommes* (arbeidszaken), het *Tribunal des affaires de sécurité sociale* (sociale zekerheidszaken) en het *Tribunal paritaire des baux ruraux* (pachtzaken). De procedure voor het *Tribunal d'instance* is eenvoudiger dan die voor het *Tribunal de grande instance* : er is geen verplichte procesvertegenwoordiging (art. 827-828 NCPC), de procedure verloopt mondeling (art. 843 NCPC) en de eiser beschikt over verschillende mogelijkheden om het proces in te leiden (een mogelijkheid bijvoorbeeld is een brief aan de griffie met het verzoek van prealabele schikkingspoging; zie art. 830 NCPC). Het *Tribunal d'instance* kent ook nog de '*procédure d'injonction*'. Die kan dienen om op een eenvoudige manier een bevel tot betaling te krijgen ('*l'injonction de payer*', zie art. 1405 e.v. NCPC) of een bevel tot het verrichten van bepaalde handelingen ('*l'injonction de faire*', zie art. 1425-1 e.v. NCPC). Het bevel tot betaling, dat ook kan gebruikt worden voor vorderingen groter dan 7600 Euro, wordt op eenzijdig verzoek van de schuldeiser verleend en betekend aan de schuldenaar. Deze heeft dan een termijn van een maand om verzet aan te tekenen. Bij verzet wordt de zaak behandeld volgens de gewone procedure voor het *Tribunal d'instance* (indien de vordering binnen zijn bevoegdheid valt) of verwezen naar de bevoegde rechter. Indien de debiteur geen verzet aantekent, dan kan de crediteur een exequatur krijgen waarna het bevel dezelfde kracht heeft als een vonnis op tegenspraak dat in gewijsde is gegaan (zie art. 1422 NCPC). De procedure voor het *Tribunal paritaire des baux ruraux* verloopt grotendeels zoals die voor het *Tribunal d'instance*. De partijen zijn er echter verplicht in persoon te verschijnen en de inleiding van het proces gebeurt per aangetekende brief of exploit aan de griffie van het gerecht. Het proces voor het *Tribunal de commerce* is mondeling en informeel (o.a. geen verplichte procesvertegenwoordiging) en kan indien nodig zeer snel verlopen (art. 853 e.v. NCPC).

In België is de Rechtbank van eerste aanleg de algemeen bevoegde rechtbank van eerste aanleg in burgerlijke zaken. Daarnaast is er de Vrederechter (o.a. bevoegd voor zaken tot 1860 Euro, geschillen betreffende de verhuring van onroerende goederen en betreffende erfdiensbaarheden, bezitsvorderingen; zie art. 590-591 Ger. W.), de Arbeidsrechtbank (zaken i.v.m. arbeidsovereenkomsten, arbeidsongevallen, sociale verzekering en uitkeringen; zie art. 578-583 Ger.W.) en de Rechtbank van Koophandel (geschillen tussen kooplieden; art. 573 Ger. W.). Processen voor de Vrederechter en de Rechtbank van Koophandel verlopen zoals voor de Rechtbank van eerste aanleg. Voor de Arbeidsrechtbank gelden enkele kleine afwijkingen (o.a. de inleiding dient bij verzoekschrift te geschieden; art. 704 Ger. W.).

In Engeland is het *High Court* (in Londen) de rechtbank met algemene bevoegdheid in eerste aanleg. Dit gerecht bestaat uit de *Queen's Bench Division* (zaken met *common law* remedies en handelszaken, die dan voor het *Commercial Court* komen), de *Chancery Division* (o.a. geschillen i.v.m. faillissementen, trusts, verkoop van land, intellectuele eigendom, openbare vennootschappen en maatschappen) en de *Family Division* (familiezaken). Naast het *High Court* zijn er de regionale *County Courts* (in het algemeen kan men kiezen of men z'n zaak voor de *High Court* of de *County Court* brengt; letselschadevorderingen tot £ 50.000 moeten echter worden ingesteld bij de *County Courts*). Voor alle gerechten gelden de procesregels van de *Civil Procedure Rules* (ingevoerd in 1999). Het opvallendste kenmerk is de onderverdeling in drie '*tracks*' (zie art. 26.6 CPR). De partijen vullen een '*allocation questionnaire*' in, op basis waarvan de rechter beslist welk van de drie *tracks* moet gevolgd worden : de *small claims track* (vnl. vorderingen tot £ 5.000), de *fast track* (claims van £ 5.000 tot £ 15.000) en de *multi track* (alle andere claims). De *small claims track* houdt een sterk

gestandaardiseerde, informele en snelle procedure in, met een beperkte bewijsvoering en een beperking van de mogelijkheid om de proceskosten op de verliezende partij te verhalen. Ook de *fast track* procedure is in vergaande mate gestandaardiseerd. De rechter kan echter wel aanvullende en afwijkende aanwijzingen geven. De *multi track* procedure lijkt sterk op de procedure die bestond voor de Woolf-hervormingen, behalve dan dat de rechter meer invloed krijgt op het verloop van het proces (er is o.a. een verplichte ‘*case management conference*’).

In de Verenigde Staten leggen de *Federal Rules of Civil Procedure* één soort procedure op. Zij erkennen niet expliciet enige procedurele variant (Kaplan en Clermont, 1985). Op deelstatelijk niveau treft men wel alternatieve procedures aan, zoals die van de ‘*small claim courts*’ (actievare rol van de rechter, de partijen worden geholpen met hun papierwerk door een klerk zodat een advocaat doorgaans niet nodig is etc.).

In Nederland is het onderscheid tussen de procesregels van de kantongerechten (bevoegd voor huur-, pacht- en arbeidszaken en vorderingen van ten hoogste 5.000 Euro) en die van de rechtbanken (algemeen bevoegde gerecht) grotendeels verdwenen. Belangrijke verschilpunten zijn nog het afzonderlijke landelijke rolreglement van de kantongerechten en het feit dat voor de kantonrechter geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt.

3.9.2. De invloed op de kosten van processen en schikkingen

Formalisme houdt onder meer in dat een groot aantal handelingen nodig is om een procedure te doorlopen en dat enkel originele, authentieke of gecertificeerde documenten aanvaardbaar zijn als bewijs. Het is dan ook logisch dat een sterkere mate van formalisme in principe tot duurder procedures leidt. Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes en Shleifer (2003) vinden ook op empirisch vlak een positief verband tussen de mate van formalisme van de juridische infrastructuur van een land en de kost van die infrastructuur voor de gebruiker.

3.9.3. De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal schikkingen en het aantal processen

Een grotere mate van formalisme heeft twee tegenovergestelde effecten op het aantal zaken. Enerzijds stijgen de kosten van een vordering en overtreffen zij dus vlugger de baten, hetgeen het aantal zaken doet afnemen. Anderzijds zullen potentiële schadeveroorzakers minder zorg nemen bij het uitoefenen van hun activiteiten, omdat minder personen in staat zijn hun rechten af te dwingen. Dit laatste effect leidt tot een groter aantal zaken.

Verder neemt de verhouding tussen het aantal schikkingen en het aantal processen toe. Een schikking wordt immers financieel aantrekkelijker ten opzichte van een proces bij stijgende proceskosten. Of anders gesteld : de schikkingsruimte neemt toe.

3.9.4. De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen

Uit de omschrijving van het begrip ‘formalisme’ volgt onmiddellijk dat meer formele procedures gemiddeld langer zullen duren (groter aantal handelingen, certificering van documenten enz.). Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes en Shleifer (2003) tonen ook op empirisch vlak aan dat meer formalisme leidt tot langere procedures. Zo duurt een procedure tot het uitzetten van een niet-betalende huurder in Nieuw-Zeeland (formalisme index 1.25) gemiddeld 49 dagen en in Oostenrijk (formalisme index 3.62) 547 dagen. De

procedure tot het incasseren van een cheque duurt gemiddeld 60 dagen in Nieuw-Zeeland en 645 dagen in Italië (formalisme index 4.24). Nederland lijkt een uitzondering : met een formalisme-index van 3.00 duren de twee aangehaalde procedures nochtans zeer kort : 52 dagen (uitzetten huurder) en 39 dagen (incasseren cheque).

Ander empirisch onderzoek betreft de invloed op de doorlooptijden van een amendement van het Duitse Wetboek Burgerlijke Rechtspleging ter vereenvoudiging en versnelling van gerechtelijke procedures. Het amendement (van 1976) had als doel procedures te versnellen door de procedurele fases zo veel mogelijk te concentreren (i.h.b. door zo weinig hoorzittingen te houden als mogelijk). Rottleuthner-Lutter en Rottleuthner (1989) vonden dat het amendement tot een inkorting van de doorlooptijden leidde van 7.8 dagen voor de *Amtsgerichte* en van 9.7 dagen voor de *Landgerichte*.

3.9.5. De invloed op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen

Formalisme kan theoretisch gezien zowel leiden tot meer als minder accuraatheid. Stel dat enkel schriftelijk bewijs mag gebruikt worden. Soms zal dit leiden tot meer accuraatheid, omdat ander bewijs misschien gemakkelijker te manipuleren is. Anderzijds zal een correcte partij soms zijn gelijk niet kunnen aantonen indien hij uitsluitend beroep mag doen op schriftelijk bewijs.

Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes en Shleifer (2003) linken een grotere mate van formalisme empirisch aan een inferieure kwaliteit van het juridische systeem. Landen met een hoge formalisme-index scoren slechter op het vlak van corruptie, fairness, consistentie en efficiëntie.

Een grotere mate van formalisme leidt tot hogere proceskosten. Indien eisers systematisch schikken aan het minimumbedrag dat zij bereid zijn te aanvaarden, komen schikkingsbedragen verder te liggen van de werkelijke schade (alle andere factoren, zoals accuraatheid van rechterlijke uitspraken, constant gehouden).

3.9.6. De invloed op het ex ante gedrag

De invloed van een grotere mate van formalisme op het ex ante gedrag is niet eenduidig. Indien de accuraatheid van rechterlijke uitspraken erdoor afneemt en de kosten toenemen, zullen minder personen met een sterke zaak bereid zijn te vorderen. Dit heeft een negatieve invloed op het ex ante gedrag. Indien de accuraatheid van rechterlijke uitspraken toeneemt en ook de kosten toenemen, hangt alles af van de precieze verhouding tussen beiden. De invloed op het ex ante gedrag kan zowel positief als negatief zijn.

3.9.7. Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie

Er is zeer weinig empirisch materiaal betreffende het onderwerp 'formalisme'. Meer onderzoek is nodig omtrent de bestaansredenen (voordelen) en de kosten van specifieke formalismen.

3.10. Regels ter bestrijding van misbruik van procesrecht

3.10.1. Rechtsvergelijking

Het Engelse recht kent geen algemene definitie van misbruik van procesrecht. Misbruik wordt in de eerste plaats tegengegaan door het feit dat de verliezer moet opdraaien voor (een groot deel van) de proceskosten van de winnaar (Andrews, 1999). Belangrijk is ook dat een advocaat die het nodeloze gebruik van het gerechtelijk apparaat stimuleert, onderworpen kan worden aan financiële sancties. Indien hij onderworpen wordt aan een ‘*wasted costs order*’, kan hij opdraaien voor de kosten van de tegenpartij en/of het recht verliezen een vergoeding te vragen van zijn cliënt (zie Supreme Court Act 1981, s 51(6)(7)(13), ingevoerd door de Courts and Legal Services Act 1990, s 4, CPR 48.7). Ook het Amerikaanse recht kent geen algemene definitie van misbruik van procesrecht. Het begrip wordt echter wel verondersteld deel uit te maken van het “*due proces of law*” principe. Misbruik kan bestraft worden door af te wijken van de “Amerikaanse regel” en de tegenpartij te laten opdraaien voor de kosten. Dit gebeurt echter slechts in extreme gevallen (Hazard, 1999). Artikel 11 van de *Federal Rules of Civil Procedure* voorziet ook sancties voor advocaten die *frivolous suits* instellen. De sanctie mag echter niet verder gaan dan nodig is om soortgelijk gedrag in de toekomst voor partijen in een gelijkaardige situatie te verhinderen (zie FRCP 11, (c) (2)).

Artikel 32.1 van de Franse *Code de Procédure Civile* stelt: ‘*celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende*’. De ‘*amende civile*’ kan tot 1.500 Euro gaan en kan gecombineerd worden met een compensatoire schadevergoeding (*dommages-intérêts*). De rechter kan ook een geldboete opleggen (*astreinte*) voor het geval een partij de orders van de rechter niet nakomt. Gelijkaardige regels als vervat in artikel 32.1 bestaan voor de hogere beroepsfase (art. 559, *appel principal dilatoire ou abusif*), de cassatiefase (art. 581 en 628, *recours dilatoire ou abusif*). Artikel 700 voorziet de rechter nog met een discretionaire macht om de verliezer te veroordelen tot het betalen van de proceskosten van de winnaar, die niet bij wet moeten vergoed worden.

De Belgische wetgeving kent geen expliciet verbod van misbruik van procedurele rechten. De wettelijke basis moet gezocht worden in de algemene bepalingen omtrent de onrechtmatige daad (artikel 1382 Burgerlijk Wetboek). De sanctie bestaat dan ook uit de vergoeding van de veroorzaakte schade. Daarnaast sanctioneren enkele specifieke bepalingen bepaalde types van misbruik. Artikel 1072bis van het Gerechtelijk Wetboek bijvoorbeeld geeft de rechter de mogelijkheid om op eigen initiatief een partij die een tergend en roekeloos hoger beroep heeft ingesteld te veroordelen tot een civiele boete tot 2.500 Euro. De bestaande sancties voor tergend en roekeloos geding worden zeer zelden toegepast, zelfs in duidelijke gevallen. Het lijkt erop dat de Belgische rechter slechts overgaat tot de sanctie indien geen enkele twijfel kan bestaan omtrent het misbruik. Verschillende artikelen houden procedurele sancties in, o.a. het uitsluiten van bewijs, conclusies e.d. wanneer de termijnen niet gerespecteerd werden (art. 740, 747, §2, 748, 750, §2, 751, 753 Ger. W.).

De Duitse wetgeving kent geen expliciet verbod van misbruik van procedurele rechten. Men moet er noodgedwongen terugvallen op artikel 242 BGB (algemene verplichting tot goede trouw). Er bestaat discussie of misbruik van procedurele rechten enkel aanleiding geeft tot procedurele sancties of ook tot schadevergoeding (Hess, 1999). Daarnaast zijn er ook specifieke regelen die gezien kunnen worden als de expressie van een algemeen verbod van misbruik van procedurele rechten. Artikel 138 (1) ZPO bijvoorbeeld verplicht de partijen om een eerlijke presentatie van de feiten te geven. Artikel 765a ZPO bevat een

algemeen verbod van procesrechtmisbruik tijdens de fase van de uitvoering van rechterlijke uitspraken. Indien een partij een abusieve claim of een abusief verweer introduceert, heeft de rechter een discretionaire macht om die partij te veroordelen voor de extra kosten (wel enkel kosten van werking van het gerechtelijk apparaat, niet de proceskosten van de tegenpartij; art. 34 *Gerichtskostengesetz*). Tot 1964 voorzag artikel 102 ZPO dat de rechter de advocaat kon veroordelen tot de extra kosten voor zijn zware fout. Deze sanctie moest vooral ongefundeerde hogere beroepsprocedures tegengaan. Ze werd na hevig protest van de advocatuur afgeschaft.

In Nederland is er geen wettelijke definitie van misbruik van procesrecht (maar wel van rechtsmisbruik, zie art. 3:13 NBW). De Hoge Raad spreekt van een ‘provocatief gebruik van een recht en/of het gebruik van een recht zonder redelijk belang’ (zie o.a. HR 17 april 1970, *Nederlandse Jurisprudentie* 1971, 89). De wettelijke basis om misbruik tegen te gaan is artikel 6:162 NBW. De sanctie bestaat dan ook in principe uit een schadevergoeding (Taelman, 1999).

3.10.2. De invloed op de kosten van processen en schikkingen

Effectieve regels ter bestrijding van misbruik van procesrecht hebben in principe als gevolg dat de kosten van (sommige) processen afnemen. De partij die overweegt het procesrecht te misbruiken, weegt de voordelen van dit misbruik af tegen de nadelen ervan. Indien er geen sancties op misbruik staan, zal hij geen rekening houden met de gevolgen van zijn gedrag op de tegenpartij (bijvoorbeeld : hij tracht de procedure zo lang mogelijk te rekken opdat de tegenpartij zou opgeven). Indien misbruik wel gesanctioneerd wordt, zal een partij gedwongen rekening houden met (minstens een gedeelte van) de kosten die hij veroorzaakt voor de tegenpartij. Dit leidt tot minder misbruik en tot minder kosten (bijvoorbeeld : het proces duurt minder lang). We merken nog op dat in bepaalde gevallen een effectieve bestraffing van procesrechtmisbruik tot hogere procesuitgaven kan leiden. Dit zal zo zijn wanneer een partij door het loutere vooruitzicht van misbruik door de tegenpartij bepaalde bewijsmiddelen of argumenten niet naar voren brengt. Een voorbeeld ter illustratie. Een partij overweegt om een extra getuige op te roepen (kostprijs 250 Euro). Hij weet echter dat de tegenpartij (bij ontbreken van effectieve sancties ter bestraffing van procesrechtmisbruik) gebruik zal maken van bepaalde rechtsregels die het oproepen en ondervragen van getuigen omkaderen, louter om de procedure te rekken. De partij kan dan beslissen om de getuige niet op te roepen (de 250 Euro wordt niet gependeed). Indien er effectieve straffen bestaan, zal de tegenpartij het procesrecht niet misbruiken en zal de getuige opgeroepen worden (extra kost van 250 Euro).

3.10.3. De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en het aantal schikkingen

Gezien de kosten van individuele processen doorgaans zullen dalen indien misbruik van procesrecht effectief bestraft wordt, zal het aantal zaken toenemen. De proceskosten zullen minder vlug de baten overstijgen, waardoor meer vorderingen een positieve verwachte waarde krijgen. Bestrafing van misbruik leidt daarnaast tot een vermindering van een bepaald type zaken, namelijk *nuisance suits*. De persoon die weet dat hij bij het instellen van een *nuisance suit* bestraft kan worden, heeft een verminderde *incentive* om een dergelijke zaak voor de rechter te brengen.

Het aantal processen zal toenemen (tenzij de positieve invloed op het ex ante gedrag overheerst, zie verder) en het aantal schikkingen zal afnemen, gezien procederen doorgaans relatief goedkoper wordt. De schikkingsruimte neemt af. Een voorbeeld ter

illustratie. Partij A heeft 50 procent kans om een bedrag toegekend te krijgen van 10.000 Euro ten nadele van partij B. De proceskosten van elke partij bedragen 1.000 Euro. Partij B kan het procesrecht zodanig misbruiken dat de kosten van A oplopen tot 2.000 Euro. Indien misbruik niet bestraft wordt, is de schikkingsruimte gelijk aan 3.000 Euro. Indien misbruik wel effectief bestraft wordt, bedraagt de schikkingsruimte slechts 2.000 Euro.

3.10.4. De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen

Bestrafing van procesrechtsmisbruik zal doorgaans leiden tot kleinere doorlooptijden. De partij die weet dat hij bij misbruik zal opdraaien voor de extra (o.a. tijds)kosten van de tegenpartij, zal minder snel tot misbruik geneigd zijn. Analoog met hetgeen we boven stelden, kan bestraffing in bepaalde gevallen leiden tot langere doorlooptijden, namelijk wanneer een partij dan wél bewijsmateriaal zal voordragen en argumenten zal ontwikkelen die hij niet zou ontwikkeld hebben indien de tegenpartij straffeloos het procesrecht kan misbruiken.

3.10.5. De invloed op de kwaliteit van rechterlijke uitspraken en schikkingen

De accuraatheid van rechterlijke uitspraken kan omwille van diverse redenen groter worden wanneer procesrechtsmisbruik gesanctioneerd wordt. (1) Eén vorm van misbruik kan erin bestaan dat een partij liegt over de feiten. In een aantal gevallen zal hij door zijn leugen het proces winnen. Indien het werken met adequate sancties liegen minder aantrekkelijk maakt, leidt dit tot meer accurate rechterlijke uitspraken. (2) Een andere vorm van misbruik is het rekken van de procedure in de tijd. Naarmate de tijd verstrijkt kan de waarde van bewijsmateriaal afnemen (getuigen herinneren zich de feiten minder goed etc.). Indien de doorlooptijden van processen afnemen doordat een partij het proces nietodeloos zal rekken, leidt dit tot meer accurate uitspraken. (3) Misbruik kan er ook in bestaan dat een partij argumenten gaat ontwikkelen puur om de rechter te verwarren. Voorzover detectie van dergelijk misbruik mogelijk is zal bestraffing tot meer accurate uitspraken leiden.

Bestrafing van procesrechtsmisbruik kan in bepaalde zaken leiden tot een verminderde accuraatheid, namelijk wanneer rechters soms partijen bestraffen die geen misbruik hebben gepleegd (de rechter maakt dus een type II fout). Een partij kan dan een verminderde *incentive* hebben om extra bewijsmateriaal voor te leggen en extra argumenten te ontwikkelen, gezien dit mogelijk als misbruik zouden worden beschouwd (de rechter kan bijvoorbeeld denken dat de extra inspanning enkel gedaan werd om tijd te rekken).

3.10.6. De invloed op het ex ante gedrag

Boven stelden we dat het sanctioneren van procesrechtmisbruik doorgaans zal leiden tot lagere proceskosten en een grotere accuraatheid van rechterlijke uitspraken. In principe moet dit leiden tot een beter *ex ante* gedrag. Méér schadelijders (met een goede zaak) zullen bereid zijn te vorderen. Potentiële schadeveroorzakers anticiperen hierop en nemen een meer optimale hoeveelheid zorg. Ook stelden we dat er minder *nuisance suits* zullen zijn. Een positief gevolg daarvan is dat personen die vrezen het slachtoffer te kunnen worden van een *nuisance suit* geen middelen meer zullen investeren om (waar mogelijk) zo'n *suit* te vermijden (door bijvoorbeeld een te hoog preventieniveau te hanteren of door een waardevolle activiteit niet te ondernemen).

3.10.7. *Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie*

Er is geen of zeer weinig empirische informatie beschikbaar over de mate waarin het procesrecht misbruikt wordt (bijvoorbeeld : percentage van zaken waarin rechters bestaande sancties toepassen; percentages naargelang types van misbruik etc.). In de rechtsvergelijkende literatuur lijkt men wel te stellen dat rechters relatief weinig gebruik maken van het bestaande sanctieapparaat (Taruffo, 1999). Indien dit correct is, rijst de vraag wat de reden daarvan is. (1) Een eerste mogelijkheid is dat het procesrecht weinig misbruikt wordt. (2) Een tweede mogelijkheid is dat rechters misbruik moeilijk kunnen herkennen. (3) Nog een andere mogelijkheid is dat rechters misbruik wel herkennen, maar (om welke reden dan ook) er niet tegen willen optreden.

Verder is theoretisch onderzoek nodig naar de optimale sancties voor de diverse types van misbruik. Het is niet mogelijk om in het kader van dit rapport een uitgebreide analyse te maken. Wel kunnen we enkele algemene beginselen van de economische analyse van het strafrecht en het aansprakelijkheidsrecht vermelden die nuttig kunnen zijn bij het op punt stellen van efficiënte sancties. (1) Indien misbruik steeds gedetecteerd kan worden (ex ante of ex post), dan volstaat het in principe om de partij die misbruik heeft gepleegd te laten opdraaien voor de extra kosten. Hij wordt zo gedwongen de kosten te internaliseren (merk op dat dit neerkomt op het toepassen van de Engelse regel wanneer het misbruik uitgaat van de verliezende partij). (2) Sommige types van misbruik kunnen niet met 100 procent zekerheid gedetecteerd worden. Indien men de partij die misbruik overweegt wil dwingen om rekening te houden met de kosten die het misbruik voor de tegenpartij meebrengt, moet de sanctie gelijk zijn aan de extra kosten gedeeld door de pakkans (bij risico-neutraliteit). Indien het misbruik uitgaat van de verliezende partij, volstaat het toepassen van de Engelse regel dus niet meer. (3) Men zou kunnen stellen dat bepaalde types van misbruik nooit zouden mogen voorkomen en dat zij dan ook zodanig zwaar bestraft moeten worden dat zij nooit zullen voorkomen (bijvoorbeeld : tijd rekken puur om de tegenpartij te dwingen te schikken aan een laag bedrag). Een bijkomend voordeel van een hoge, vaste straf is dat de straf dan niet in elk afzonderlijk geval bepaald moet worden in functie van de veroorzaakte kosten en de pakkans. Hoge straffen brengen echter ook nadelen mee. Correcte partijen kunnen worden afgeschrikt door de (zelfs minieme) mogelijkheid dat de rechter hen onterecht zal bestraffen (de rechter maakt dus type II fouten).

Ook is verder theoretisch onderzoek nodig omtrent de voorwaarden waaronder het beter is de advocaat te straffen in plaats van de cliënt en welke sancties in dat geval moeten toegepast worden (financiële sancties of tuchtsancties ?). In minstens twee situaties kan het beter zijn de advocaat te bestraffen. (1) Wanneer het misbruik niet de cliënt maar enkel de advocaat bevoordeelt (bijvoorbeeld omdat die een reputatie van "havik" wil opbouwen). (2) Wanneer de cliënt over te weinig financiële middelen beschikt. Die zal dan niet afgeschrikt worden door monetaire straffen. We kunnen hier verwijzen naar de theorieën omtrent *vicarious liability* uit de rechtseconomische literatuur.

3.11. Regels i.v.m. gerechtelijke organisatie (aantal rechters)

3.11.1. Internationale vergelijking aantal rechters en doorlooptijden

De Verenigde Staten telden in 2002 27.000 rechters (Bron : *U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics*; een andere bron spreekt van 29.023 rechters voor het jaar 1999; zie ‘*Seventh United Nations Survey of Crime Trends and Operations of Criminal Justice Systems period 1998-2000*’ van de *United Nations Office on Drugs and Crime, Center for International Crime Prevention*). Het grootste deel van de rechters werkt voor statelijke of lokale overheden (precieze percentages ontbreken). Engeland en Wales telden op 1 januari 2004 609 *circuit judges*, 1.405 *recorders*, 436 *district judges* en 28.705 *justices of the peace* (Bron : *Lord Chancellor’s Department, Judicial Statistics Annual Report 2003*). Duitsland telt 20.901 rechters (Bron : *Zahlen aus der Justiz 2002*). Nederland telde in 2002 1.979 rechters (Bron : Raad voor de Rechtspraak, ‘Rechtspraak in cijfers’). Frankrijk beschikte in 2000 over 6.774 rechters (Bron : ‘*Seventh United Nations Survey of Crime Trends and Operations of Criminal Justice Systems period 1998-2000*’ van de *United Nations Office on Drugs and Crime, Center for International Crime Prevention*). België telt momenteel 1539 rechters (Bron : Federale Overheidsdienst Justitie, ‘Justitie in cijfers, 2004’).

Enkele opmerkingen over de cijfers. Ten eerste omvatten ze het totale aantal rechters, niet het aantal rechters dat zich bezig houdt met civiele zaken (maar dus ook met strafzaken e.d.; de cijfers worden niet gesplitst in de verschillende bronnen). Ten tweede zijn de cijfers niet perfect vergelijkbaar, (1) omdat in sommige landen een grotere fractie van de rechters deeltijds werkt (enkel in het rapport van Engeland en Wales vonden we cijfers over het totale aantal werkdagen van de rechters) en (2) omdat de administratieve taken van de rechters in sommige landen zwaarder zijn dan die in andere landen.

In Engeland en Wales bedroeg de gemiddelde wachttijd (niet de doorlooptijd!) in 2003 voor de County Courts 59 weken en 164 weken voor het High Court Queen’s Bench Division (Bron : ‘*Judicial Statistics Annual Report 2003*’, *Department of Constitutional Affairs*).

In de V.S. bedroeg de mediaan van de doorlooptijden in 2003 10.5 maanden (10.7 in 2002, 10.9 in 2001, 11.6 in 2000) voor de federale *Court of Appeals* en 9.3 maanden voor de federale *District Courts* (8.7 in 2002 en 2001, 8.2 in 2000) (Bron : *Federal Court Management Statistics*).

De gemiddelde doorlooptijd voor de Duitse *Amtsgerichte* bedroeg 4.4 maand in 2002 voor civiele zaken. Voor de *Landgerichte* bedroeg de gemiddelde doorlooptijd in 2002 7.0 maanden in eerste aanleg en 5.7 maanden in hoger beroep. Voor de *Oberlandesgerichte* bedroeg de doorlooptijd in 2002 8.8 maanden (Bron : *Zahlen aus der Justiz, 2002*).

In Nederland bedroeg de doorlooptijd in 2003 voor de sector kanton 58 dagen voor handelszaken met verweer (64 dagen in 2002) en 27 dagen voor familiezaken (idem als in 2002). Voor de sector civiel bedroeg de doorlooptijd voor handelszaken met verweer 389 dagen in 2003 (323 dagen in 2002), voor echtscheidingszaken 111 dagen (104 dagen in 2002) (Bron : Jaarverslag 2003 van de Raad voor de Rechtspraak).

De gemiddelde doorlooptijd van een proces voor de Franse *Cours d’appel* bedroeg 17.2 maanden in 2002 en 17.7 maanden in 2001. Voor de *Tribunaux de grande instance* bedroegen de doorlooptijden 9.4 maanden in 2002 en 9.1 maanden in 2001. De doorlooptijden voor de *Tribunaux d’instance* bedroegen 5.1 maanden in 2002 en 4.9 maanden in 2001 (Bron : ‘*les chiffres clés de la justice*’ van de *Direction de statistique, des études et de la documentation*).

Voor België vonden we geen data over gemiddelde doorlooptijden, maar wel over het aantal hangende zaken, het aantal nieuwe zaken en het aantal afgehandelde zaken. Op 1 januari 2003 waren er 291.732 ingeschreven op de burgerlijke algemene rol van de rechtbanken van eerste aanleg. In 2003 kwamen daar 78.339 zaken bij, terwijl er 59.867 werden afgehandeld. Het aantal hangende zaken voor de rechtbank van koophandel op 1 januari 2003 bedroeg 400.143. In 2003 kwamen daar 111.584 zaken bij, terwijl er 87.389 werden afgehandeld (Bron : 'Justitie in cijfers 2004' van FOD Justitie). Statistici gebruiken de formule $g = (C1+C2)/(E+U)$ om de gemiddelde doorlooptijd uit deze gegevens te halen. C1 staat voor het aantal ingeschreven zaken aan het begin van het jaar, C2 voor het aantal ingeschreven zaken aan het begin van het volgende jaar. E staat voor het aantal aangebrachte zaken gedurende het jaar, U voor het aantal beëindigde zaken gedurende het jaar. Hieruit volgt een gemiddelde doorlooptijd voor burgerlijke zaken in 2003 van 4.8 jaar en van 4.6 jaar voor handelszaken.

3.11.2. De invloed op de kosten van processen en schikkingen

Indien de overheid een groter aantal rechters voorziet, dan heeft dit verschillende implicaties voor de kosten van een proces, die afhankelijk zijn van de aangroei van nieuwe processen (zie verder). (1) Ten eerste brengt een groter aantal rechters een hogere kost mee voor de werking van het gerechtelijk apparaat. We gaan van de veronderstelling uit dat die kosten omgeslaan worden over alle processen (dus geen subsidies). Indien het aantal processen hetzelfde blijft, zal de kostprijs van een proces stijgen : de grotere totale kost van de werking van het gerechtelijk apparaat wordt omgeslaan over eenzelfde aantal processen. Indien het aantal processen stijgt, kan de kostprijs van een individueel proces zowel stijgen als dalen, afhankelijk van de aangroei van het aantal processen en schaafeffecten (mogelijk leidt een procentuele stijging van het aantal rechters tot een grotere procentuele stijging van de capaciteit van de rechtbanken, bijvoorbeeld ten gevolge van meer mogelijkheden tot specialisatie). Een voorbeeld ter illustratie. Veronderstel dat de overheid het aantal rechters verdubbelt. De totale kost stijgt van 25 miljoen Euro naar 50 miljoen Euro. Indien het aantal processen gelijk blijft (bijvoorbeeld 250.000), dan stijgt de kostprijs van een individueel proces met 100 Euro ($25.000.000/250.000$). Indien het aantal processen stijgt van 250.000 naar 400.000, dan stijgt de kostprijs van 100 Euro naar 125 Euro ($50.000.000/400.000$). Indien het aantal processen stijgt van 250.000 naar 600.000, dan daalt de kostprijs van 100 Euro naar ongeveer 85 Euro ($50.000.000/600.000$). (2) Ten tweede kunnen de aan tijd gebonden kosten van de partijen afnemen, indien de gemiddelde doorlooptijd afneemt. Ook dit hangt af van het feit of en in welke mate het aantal processen toeneemt. Indien het aantal processen voldoende stijgt, kan de gemiddelde doorlooptijd op termijn weer gelijk zijn aan de oude doorlooptijd, waardoor de tijdsgebonden kosten van de partijen niet veranderen.

3.11.3. De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal schikkingen en het aantal processen

Volgens Posner (1992) neemt het aantal zaken toe naarmate het aantal rechters toeneemt. Hij maakt een analogie met de files op de autosnelwegen. Indien men een extra baanvak creëert om het verkeer vlotter te laten lopen, trekt dit extra verkeer aan waardoor de oude problemen weer komen boven drijven. Het is inderdaad zo dat een toename van het aantal rechters het instellen van een zaak aantrekkelijker kan maken. Indien de tijdsgebonden kosten voor de eiser voldoende dalen, kan een vordering met negatieve verwachte waarde omgezet worden in een vordering met positieve verwachte waarde. Priest (1989) stelt dat een toename van het aantal rechters (op korte termijn) het aantal

schikkingen doet afnemen en het aantal processen doet toenemen. De schikkingsruimte kan inderdaad omwille van twee redenen afnemen. Ten eerste vergroot het ter discussie staande bedrag in waarde bij kortere doorlooptijden. Honderdduizend Euro binnen vijf jaar krijgen is minder waard als honderdduizend Euro binnen 3 maanden krijgen. Hoe groter het ter discussie staande bedrag, hoe sneller optimisme leidt tot het falen van de schikkingsonderhandelingen en dus tot een proces. Ten tweede leiden de kortere doorlooptijden tot kleinere tijdsgebonden kosten voor de partijen. Hoe kleiner de totale proceskosten voor de partijen, hoe kleiner de schikkingsruimte en hoe meer processen.

3.11.4. De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen

Posner (1992) en Priest (1989) betwijfelen of een hoger aantal rechters de doorlooptijden op langere termijn significant inkorten. Zij stellen dat de effecten vooral op korte termijn gevoeld zullen worden, en dat na een zeker verloop van tijd het vroegere evenwicht hersteld wordt. Volgens Posner komt dit doordat het aantal zaken toeneemt (zie boven). Volgens Priest doordat het inkorten van de doorlooptijden tot minder schikkingen en meer processen leidt (zie boven), hetgeen dan weer de doorlooptijden doet toenemen. Priest (1989) vindt enige empirische ondersteuning in het feit dat tussen de jaren zestig en tachtig het aantal rechters vervijfvoudigde in *Cook County*, zonder dat het probleem van de gerechtelijke achterstand verbeterd was aan het eind van die periode. Spurr (1997) daarentegen vindt dat maatregelen die als doel hebben de doorlooptijden in te korten, soms wel slagen. Zo stelde hij vast dat bij vroege tussenkomst van een rechter die een vast tijdschema oplegt voor de belangrijkste fasen van een proces sneller een schikking bereikt wordt (de studie betreft rechtbanken in de staat Michigan).

3.11.5. De invloed op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen

Onder bepaalde voorwaarden zal een stijging van het aantal rechters leiden tot een grotere accuraatheid in individuele zaken. Dit zal zo zijn wanneer een stijging van het aantal rechters als gevolg heeft dat rechters meer tijd kunnen spenderen aan het aanhoren en delibereren van individuele zaken. Wanneer de gemiddelde tijd die de rechter spendeert aan een zaak echter niet verandert, zal een stijging van het totale aantal rechters geen invloed hebben op de accuraatheid van individuele zaken.

Indien een groter aantal rechters tot kortere doorlooptijden leidt, kan dit het schikkingsbedrag dichter in de buurt van de werkelijk geleden schade brengen. Dit zal in het bijzonder zo zijn wanneer de tijdsgebonden kosten van de correcte partij hoog zijn. Een voorbeeld ter illustratie. Partij A lijdt schade van 10.000 Euro ten gevolge van een fout van partij B. De advocatenkosten van elke partij bedragen 2.000 Euro. Indien het proces 1 jaar duurt, heeft partij A een tijdsgebonden kost van 3.000 Euro. Het minimum bedrag dat hij bereid is te aanvaarden bij een schikking is dan 5.000 Euro. Indien een toename van het aantal rechters tot een doorlooptijd van 6 maanden leidt, heeft partij A nog een tijdsgebonden kost van 1.000 Euro. Hij zal dan niet schikken voor een bedrag kleiner dan 7.000 Euro.

3.11.6. De invloed op het ex ante gedrag

Een groter aantal rechters kan op minstens twee manieren het ex ante gedrag van potentiële schadeveroorzakers positief beïnvloeden. (1) Indien de gemiddelde doorlooptijd verkleint, komen schikkingsbedragen dichter in de buurt te liggen van de werkelijk geleden

schade. Potentiële schadeveroorzakers houden dan meer rekening met de werkelijke schade die ze kunnen veroorzaken bij het bepalen van de hoeveelheid zorg die ze in acht zullen nemen. (2) Zelfs indien de gemiddelde doorlooptijd niet verkleint, zullen er meer personen (met een goede zaak) in staat zijn om te dreigen een proces te starten. Zij zullen een positief schikkingsbedrag krijgen ofwel een proces starten, waar zij voorheen niets zouden hebben ondernomen. Vorderingen met een negatieve verwachte waarde worden aldus omgezet in vorderingen met een positieve verwachte waarde. We kunnen de vergelijking maken met het creëren van een extra kassa in een grootwarenhuis. Daar kunnen de wachtrijen uiteindelijk ook niet echt afnemen, maar toch worden meer mensen bediend.

3.11.7. Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie

In de theoretische literatuur blijkt een sterk wantrouwen te bestaan ten opzichte van de stelling dat een groter aantal rechters tot kortere wachttijden leidt. Het empirisch onderzoek hieromtrent is echter niet overtuigend (Priests' onderzoek is eerder anekdotisch). Uit het empirisch onderzoek van Spurr (1997) daarenboven blijkt dat maatregelen die bedoeld zijn om de doorlooptijden in te korten, niet steeds zodanig veel nieuwe zaken aantrekken dat de doorlooptijden dezelfde blijven. De relevante vraag is hoeveel rechters er moeten bijkomen opdat de doorlooptijden significant zouden dalen, wat de kosten daarvan zijn en hoe groot de voordelen van kortere doorlooptijden zijn. Empirisch onderzoek is nodig naar het precieze verloop van tijdskosten in functie van doorlooptijden en naar schikkingsbedragen in functie van doorlooptijden. Verder is het belangrijk dat men de voordelen van extra rechters niet beperkt tot kleinere doorlooptijden. Zelfs als de doorlooptijden dezelfde blijven, kunnen meer personen met een goede zaak dreigen met een proces, en zullen zij bij schikkingsonderhandelingen een positief bedrag krijgen. Empirisch onderzoek kan uitwijzen hoe groot dit voordeel is.

3.12. Unitaire versus sequentiële processen

Processen kunnen op twee wijzen verlopen. Ofwel wordt er gediscussieerd over alle elementen en neemt de rechter pas nadien zijn besluit. Ofwel wordt element per element bediscussieerd, en spreekt de rechter zich na elke discussie uit. Indien dit besluit negatief uitvalt voor de eiser, kan het geding stopgezet worden en moeten de andere elementen niet meer behandeld worden. Een voorbeeld betreft aansprakelijkheidszaken. In een unitair proces behandelen de partijen én de aansprakelijkheidsvraag én de hoogte van de schade vooraleer de rechter een besluit neemt. In een sequentieel proces procederen de partijen eerst enkel over de aansprakelijkheidsvraag. Enkel indien die positief beantwoord wordt door de rechter, procederen de partijen verder over de hoogte van de schade.

3.12.1. Rechtsvergelijking

Wij vonden geen rechtsvergelijkende bijdragen die de bevoegdheden van de verschillende nationale rechters om sequentieel te handelen onder de loep nemen. In de verschillende Codes e.d. vonden we wel volgende relevante bepalingen.

De Engelse rechtbanken beschikken over een grote discretionaire bevoegdheid om sequentieel te handelen. De relevante bepalingen zijn neergelegd in Part 3 van de Civil Procedure Rules (dit deel behandelt *'the Court's case management powers'*).

Overeenkomstig artikel 3.1(2)e mag de rechtbank, tenzij expliciet verboden, een deel van het geschil (zoals een tegenvordering) afzonderlijk behandelen. Overeenkomstig artikel 3.1(2)i en j kan zij voor elk geschilpunt een afzonderlijk proces bevelen en de volgorde waarin de verschillende procespunten zullen worden behandeld bepalen. Sequentiële processen komen in de praktijk vaak voor.

Ook rechtbanken in de Verenigde Staten beschikken over een grote discretionaire bevoegdheid om sequentieel te handelen. Artikel 42(b) van de *Federal Rules of Civil Procedure* luidt: *"The court, in furtherance of convenience or to avoid prejudice, or when separate trials will be conducive to expedition and economy, may order a separate trial of any claim, counterclaim or issue"*.

Voor Frankrijk vonden we geen gelijkaardige brede bepaling als art. 3.1(2) van de *Civil Procedure Rules* of artikel 42(b) van de *Federal Rules of Civil Procedure*. Mogelijk kan een dergelijke bevoegdheid gebaseerd worden op artikel 3 van de *Code de Procédure Civile*: *'Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires'*.

Overeenkomstig artikel 810 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek kan de rechter vordering en tegenvordering afzonderlijk behandelen, indien de tegenvordering de berechting van de hoofdvordering te zeer zou vertragen.

In Nederland moet de rechter waken tegen onredelijke vertraging van de procedure en dient hij zo nodig, op verzoek van een partij of ambtshalve, maatregelen te bevelen (art. 20, 1 Rv.). Verder worden overeenkomstig artikel 138, 1 Rv. zaken in conventie en in reconventie tegelijk voldongen en bij een en hetzelfde eindvonnis beslist, tenzij de rechter van oordeel is dat de zaak in conventie of die in reconventie vroeger kan worden afgedaan. Soms wordt een deel van de grotere kwestie afgedaan in een tussenvonnis of tussenarrest.

3.12.2. De invloed op de kosten van processen en schikkingen

In modellen die de proceskosten van de partijen als exogene factoren beschouwen, leiden sequentiële processen tot lagere proceskosten (Landes, 1993). De reden is eenvoudig. In unitaire processen wordt steeds geprocedeerd over alle elementen vooraleer de rechter beslist. In sequentiële processen daarentegen spaart men de proceskosten uit van alle volgende discussiepunten wanneer de rechter een vorig discussiepunt in het nadeel van de eiser heeft beslecht en die dus niet meer kan winnen. Het proces eindigt daar dan. In een sequentieel geprocedeerde aansprakelijkheidszaak bijvoorbeeld zullen de partijen geenodeloze uitgaven doen rond de hoogte van de schade wanneer de rechter heeft beslist dat de verweerder niet aansprakelijk kan gesteld worden.

In modellen die de procesuitgaven van de partijen als endogene variabelen zien (de partijen kunnen er invloed op uitoefenen), is het mogelijk dat sequentiële processen echter tot hogere proceskosten leiden dan unitaire processen. Nemen we terug het voorbeeld van een aansprakelijkheidszaak. De partijen zullen in zo'n zaak meer uitgeven bij het procederen over de hoogte van de schade in een sequentieel proces dan in een unitair proces. Wanneer de partijen procederen over de hoogte van de schade in een unitair proces, weten ze nog niet of de verweerder aansprakelijk zal gesteld worden. In een sequentieel proces wéten de partijen al dat de verweerder aansprakelijk is wanneer ze over de hoogte van de schade procederen. De kans dat die uitgaven dus iets zullen opleveren is dus groter in een sequentieel proces dan in een unitair proces. Landes (1993) toont verder ook nog aan dat in een sequentieel proces de eiser minder en de verweerder meer uitgaven zal doen rond de aansprakelijkheidsvraag. In endogene modellen is het dus niet noodzakelijk zo dat sequentieel procederen tot goedkopere processen leidt.

3.12.3. De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en schikkingen

Wanneer men de procesuitgaven van de partijen als exogeen beschouwd, zullen er meer zaken zijn wanneer er sequentieel geprocedeerd wordt (Landes, 1993). Immers, door sequentieel te procederen wordt een proces goedkoper voor de eiser. Indien de rechter zich over een bepaald element in zijn nadeel uitsprekt (bijvoorbeeld : de verweerder is niet aansprakelijk), spaart hij de proceskosten uit van alle volgende elementen (bijvoorbeeld : de hoogte van de schade). De verwachte waarde van de vordering van de eiser gaat dus omhoog. Wanneer men de procesuitgaven van de partijen echter als endogeen beschouwt, leiden sequentiële processen niet meer noodzakelijk tot een groter aantal zaken. Uit hetgeen we boven stelden in verband met de procesuitgaven over de aansprakelijkheidsvraag volgt dat de relatieve uitgaven van verweerdere in verhouding tot die van eisers groter kunnen worden wanneer er sequentieel geprocedeerd wordt. Dit heeft als gevolg dat de winstkansen van de eiser betreffende de aansprakelijkheidsvraag kunnen afnemen, waardoor minder eisers bereid zullen zijn een zaak te starten.

Landes (1993) toonde ook aan dat er minder schikkingen zullen zijn (in het optimisme model) wanneer er sequentieel geprocedeerd wordt. Dit is zeer logisch. Boven stelden we dat de verwachte waarde van eisers' vordering stijgt wanneer er sequentieel geprocedeerd wordt. Op dezelfde manier kan men aantonen dat het verwachte verlies voor de verweerder kleiner wordt. Dit betekent dat de verweerder nu slechts een kleiner bedrag wil betalen bij een schikking en de eiser een groter bedrag zal eisen. De schikkingsruimte neemt dus af. Merk op dat, net zoals onder de Engelse regel, het verhoogde uitgaven-effect voor een evolutie in de tegenovergestelde richting kan zorgen. De hogere uitgaven van de partijen leiden immers tot een grotere schikkingsruimte. Welk effect overweegt

dient empirisch bepaald te worden.

In asymmetrische informatiemodellen kan sequentieel procederen wel tot méér schikkingen leiden. Een belangrijk kenmerk van sequentiële processen is immers dat informatie beetje bij beetje vrijkomt naarmate het proces voortschrijdt. In een unitair proces komt informatie in principe pas vrij aan het einde van het proces. Bij het vrijkomen van informatie in sequentiële processen kunnen de partijen telkens opnieuw hun schikkingsbedragen updaten, hetgeen aanleiding kan geven tot meer schikkingen (Chen, Chien en Chu, 1997).

3.12.4. De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen

Wanneer men de proceskosten van de partijen als exogeen beschouwd, duren sequentiële processen minder lang dan unitaire processen. Immers, van zodra een discussie punt in het nadeel van de eiser werd beslecht, moet er niet meer geprocedeerd worden over de andere discussiepunten. Wanneer men de proceskosten als endogene factoren beschouwt, leiden sequentiële processen mogelijk tot hogere procesuitgaven, die over het algemeen een langere procesduur impliceren. Uit empirisch onderzoek van Zeisel en Callahan (1967) blijkt dat jury's gemiddeld langer delibereren in een sequentieel proces dan in een unitair proces.

3.12.5. De invloed op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen

Indien sequentiële processen inderdaad hogere procesuitgaven van de partijen impliceren en hogere uitgaven tot een hogere accuraatheid leiden, dan is de accuraatheid van rechterlijke uitspraken groter wanneer er sequentieel geprocedeerd wordt.

Soms wordt gesteld (in het bijzonder voor Amerikaanse processen waar nog vaak met jury's gewerkt wordt) dat eisers meer kans hebben om te winnen in unitaire processen omdat de beslissingnemer (i.h.b. de jury) wegens sympathie vlugger geneigd is aansprakelijkheid te aanvaarden wanneer zij ook weet heeft van de grootte van de schade (Landes, 1993). Indien de nadelen van onterechte veroordelingen ten gevolge van die sympathie groter zijn dan de voordelen van meer terechte veroordelingen, kan sequentieel procederen tot een grotere accuraatheid leiden. We merken nog op dat eisers in sequentiële processen ook los van sympathieoverwegingen vaker verliezen. De procesuitgaven van verweerdere betreffende de aansprakelijkheidsvraag stijgen immers sterker dan die van eisers.

De invloed van sequentiële processen op de schikkingsbedragen werd nog niet expliciet onderzocht in de rechtseconomische literatuur. Indien de proceskosten dalen (d.i. wanneer de uitgaven als exogeen beschouwd worden), zal het minimumbedrag dat een eiser bereid is te aanvaarden stijgen, waardoor dit bedrag dichterbij de werkelijke schade komt van de werkelijke schade. In endogene modellen nemen de winstkansen van de eiser af (zie boven) en nemen de kosten mogelijk toe. Het minimumbedrag dat een eiser bereid is te aanvaarden kan hierdoor dalen en verder komen te liggen van de werkelijke schade.

3.12.6. De invloed op het ex ante gedrag

Indien de uitgaven van de partijen als exogeen worden beschouwd, leidt sequentieel procederen in principe tot een beter ex ante gedrag van potentiële schadeveroorzakers. Meer personen met een goede zaak zullen bereid zijn te vorderen, gezien de proceskosten dalen. Schikkingsbedragen zullen beter de werkelijke schade weerspiegelen (indien eisers

meestal schikken aan het minimumbedrag dat zij bereid zijn te aanvaarden). Negatief puntje is wel dat mogelijk het aantal *nuisance suits* toenemen, gezien procederen goedkoper wordt.

Indien de proceskosten toenemen, is de invloed op het ex ante gedrag onduidelijk. Minder eisers zullen bereid zijn een vordering in te stellen en de schikkingsbedragen zullen mogelijk verder komen te liggen van de werkelijke schade, waardoor potentiële schadeveroorzakers een kleinere *incentive* krijgen om zorg uit te oefenen.

3.12.7. *Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie*

De literatuur omtrent de wijze van procederen (unitair of sequentieel) wordt gekenmerkt door een groot gebrek aan empirisch onderzoek. Ten eerste weten we niet in welke mate daadwerkelijk sequentieel wordt geprocedeerd (Landes merkt op voor de V.S. dat in zaken betreffende aansprakelijkheid relatief weinig sequentieel wordt geprocedeerd). Ten tweede weten we niet of sequentieel procederen de kosten van een individueel proces verhoogt of verlaagt. Het antwoord op die vraag hangt af van welk model het meest plausibel is : een model waarin de uitgaven van de partijen als exogeen kunnen worden beschouwd of een model waarin die uitgaven als endogeen moeten worden beschouwd. Ten derde is ook de invloed op het aantal zaken (afhankelijk van stijging of daling van de kosten), op de schikkingsfrequentie (afhankelijk van het type model : optimisme/asymmetrische informatie en uitgaven exogeen/endogeen bepaald), op de doorlooptijden en op het ex ante gedrag theoretisch onduidelijk en biedt empirisch onderzoek hier vooralsnog geen duidelijkheid. Specifiek voor wat de doorlooptijden betreft, is het empirisch onderzoek van Zeisel en Callahan te beperkt om uitspraken te doen, vermits het enkel gegevens betreft over de deliberatietijd van jury's.

3.13. Precisie van rechtsregelen & Tijdstip van precisie (Standards versus Rules/Open versus Gesloten normen)

Een zeer algemeen kenmerk van rechtsregelen betreft hun mate van precisie, detail en complexiteit, m.a.w. de mate waarin onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten van gedrag. Dit kan onder andere betrekking hebben op het toepassingsgebied van een regel, op uitzonderingen ervan en op aangepaste sancties (bijvoorbeeld op basis van verzachtende omstandigheden). Een tweede algemeen kenmerk betreft het tijdstip waarop de precisie wordt geproduceerd : op het ogenblik van uitvaardiging van de rechtsregel ('rules'), of pas nadat individuen gehandeld hebben, wanneer een zaak voor de rechter komt ('standards').

3.13.1. Rechtsvergelijking

Wij vonden geen rechtsvergelijkende bijdragen die in algemene termen de complexiteit van nationale rechtsregels vergelijken of die nagaan in welk land vaker gebruik wordt gemaakt van 'standards' in vergelijking met 'rules'.

3.13.2. De invloed op de kosten van processen en schikkingen

Een toenemende mate van detail van rechtsregels leidt tot grotere interpretatiekosten voor de partijen en tot grotere beslissingskosten voor rechters. Wat betreft de interpretatiekosten van partijen moet wel een nuance gemaakt worden. Partijen zullen die kosten enkel maken wanneer dit in hun belang is. Extreem gedetailleerde rechtsregels bijvoorbeeld kunnen door zowat iedereen geïgnoreerd worden (Kaplow, 1995).

'Rules' zijn minder kostbaar voor de partijen om te interpreteren dan 'standards' en minder kostbaar voor rechters om toe te passen. Omdat meer op voorhand is bepaald, moeten de partijen en rechters minder investeren om de uitkomst te bepalen (Kaplow, 1992).

(Merk op dat een grotere mate van detail en meer gebruik van 'rules' tot grotere initiële formuleringskosten voor de wetgever leidt).

3.13.3. De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en schikkingen

Een grotere mate van detail van rechtsregels maakt processen duurder, hetgeen zou moeten leiden tot een kleiner aantal zaken (andere factoren constant gehouden). Een groter gebruik van 'rules' (dan equivalente 'standards') maakt processen minder duur, hetgeen zou moeten leiden tot een groter aantal zaken (andere factoren constant gehouden).

Hoe complexer de rechtsregels, hoe meer de partijen moeten investeren om hun inhoud te achterhalen. Voor sommige partijen zal het niet lonen om zeer veel te investeren (Kaplow, 1995). De verwachtingen van de partijen omtrent de uitkomst van het proces kunnen dan uiteen lopen (relatief optimisme), hetgeen leidt tot minder schikkingen en meer processen. Hoe meer gebruik wordt gemaakt van 'rules' in plaats van (equivalente) 'standards', hoe minder de partijen moeten investeren om de uitkomst van het proces te bepalen. Dit leidt tot meer schikkingen en minder processen.

Spier (1994) geeft nog een andere reden waarom een grotere mate van detail van

rechtsregels tot minder schikkingen leidt. Het toepassen van meer precieze regels verhoogt namelijk de kans dat informatie waarover slechts één partij beschikt, belangrijk wordt voor de uitkomst van het proces. Er wordt dus een situatie van asymmetrische informatie gecreëerd.

3.13.4. De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen

Hoe preciezer, gedetailleerder en complexer de rechtsregels, hoe zwaarder de procedure en hoe langer de doorlooptijden ervan. Hoe meer gewerkt wordt met ‘*standards*’ in plaats van ‘*rules*’, hoe meer de partijen en de rechter moeten investeren om de uitkomst te bepalen. Dit leidt tot langere doorlooptijden.

3.13.5. De invloed op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen

Hoe gedetailleerder de rechtsregels, hoe groter de kans dat de rechterlijke uitspraak afwijkt van de rechtsregel. Dit wil uiteraard niet zeggen dat onder een complexere regel meer personen onterecht veroordeeld worden, onterecht vrijuit gaan of een vergoeding moeten betalen die afwijkt van de werkelijke schade. Een voorbeeld ter verduidelijking. Rechtsregel A maakt geen onderscheid tussen verschillende soorten van schadelijders. Elke schadelijder krijgt 10.000 Euro, terwijl de werkelijke schade 5.000, 10.000 of 15.000 kan bedragen. Omdat de rechtsregel zo eenvoudig is, zullen weinig uitspraken ervan afwijken (bijvoorbeeld afwijking van 1 procent). Maar verschillende schadelijders (degenen die 5.000 of 15.000 schade hebben geleden) zullen een bedrag krijgen dat afwijkt van de werkelijke schade (twee derden indien alle types gelijk vertegenwoordigd zijn). Rechtsregel B is complexer en beschrijft de drie types van schadelijders nauwkeurig. Elk type dient een vergoeding te krijgen gelijk aan de werkelijk geleden schade. Omdat de regel complexer is, zullen uitspraken er vaker van afwijken (bijvoorbeeld 5 procent). Maar dat betekent niet dat meer schadelijders een vergoeding krijgen die afwijkt van de werkelijk geleden schade (slechts 5 procent in plaats van twee derden). Complexere rechtsregels en een groter gebruik van ‘*standards*’ maken een proces duurder. Indien de eiser schikt aan het minimumbedrag dat hij bereid is te aanvaarden, zal dit leiden tot een schikkingsbedrag dat verder afligt van de werkelijke schade (andere factoren constant gehouden).

3.13.6. De invloed op het ex ante gedrag

Het voordeel van meer precieze rechtsregelen is dat zij tot een beter ex ante gedrag kunnen leiden. Veronderstel dat een wet het onderscheid maakt tussen verschillende types van vervuilende stoffen en het gebruik ervan onderwerpt aan verschillende sancties (in plaats van dezelfde sancties voor alle types). Dit heeft twee voordelen. Ten eerste zal het gebruik van de meest vervuilende stoffen aan zwaardere sancties onderworpen worden, hetgeen extra ongewenste activiteiten belemmert. Ten tweede zullen de minder schadelijke activiteiten aan minder strenge straffen onderworpen worden, hetgeen het verhinderen van gewenste activiteiten inperkt (Kaplow, 1995). Het bereiken van de voordelen hangt wel af van de vraag of partijen de nodige investeringen doen om de inhoud van de meer precieze rechtsregel te achterhalen. Keren we terug naar het voorbeeld van vervuilende stoffen en de aangepaste sanctie. Indien de kosten om de inhoud te achterhalen te groot zijn, zullen partijen zich niet informeren. Sommige partijen met kleine baten beslissen dan om bepaalde activiteiten niet uit te oefenen, ook al is er een kans dat zij onderworpen zijn aan lage

sancties en dat hun activiteit vanuit sociaal oogpunt waard is te ondernemen. Anderzijds zullen sommige partijen met hoge baten beslissen om een activiteit te ontplooiën, ook al is er een kans dat zij onderworpen zijn aan hoge sancties. Partijen met intermediaire baten verzamelen gewoonlijk wel informatie en stemmen hun gedrag er dan op af.

Kaplow (1995) toont verder aan onder welke algemene omstandigheden een grotere mate van detail maatschappelijk efficiënt is. Hoe lager de informatiekosten van de partijen en hoe groter de variatie in de hoogte van de schade die de partijen kunnen veroorzaken, hoe groter de netto baten van preciezere rechtsregels.

'Rules' leiden in principe tot een beter ex ante gedrag dan equivalente 'standards'.

Partijen moeten immers minder investeren om de inhoud van 'rules' te kennen, waardoor zij hun gedrag beter op de rechtsregels kunnen afstellen. Minder partijen zullen beslissen om waardevolle activiteiten niet te ondernemen en meer partijen zullen zich onthouden van maatschappelijk ongewenst gedrag (Kaplow, 1992).

Kaplow (1992) stelt dat 'rules' meer aangewezen zijn dan 'standards' voor activiteiten die zich frequent voordoen. Het tegenovergestelde geldt wanneer gedrag gekenmerkt wordt door een grote variatie, zodanig dat gelijk welk scenario relatief zeldzaam is.

Empirisch onderzoek rond de mate van detail van rechtsregels situeert zich voornamelijk in de sfeer van het belastingsrecht. Uit onderzoek van Long en Swingen (1988) bijvoorbeeld bleek dat ongeveer één op zes belastingsaangiften in de V.S. mathematische fouten vertoont. Slemrod (1989) stelde vast dat de invloed van de mate van detail van belastingswetten op het al dan niet naleven van die wetten mede bepaald wordt door percepties van fairness en door de genoten opleiding.

3.13.7. Gevolgen uit theorie en empirie

Er is weinig empirisch onderzoek op het vlak van de mate van detail van rechtsregels en 'standards' versus 'rules'. Nagegaan zou kunnen worden of het streven naar detail soms niet misplaatst is, gezien de kleine voordelen die het soms oplevert (i.h.b. bij het 'tailor made' maken van sommige types van vergoedingen). Voorts kan empirisch onderzoek nuttig zijn om na te gaan in welke mate geleerd wordt uit de informatiedoorstroom van precedenten.

3.14. Alternatieve geschillenbeslechting (i.h.b. mediation)

3.14.1. Rechtsvergelijking

Het rechtsvergelijkend overzicht is grotendeels gebaseerd op het recente rapport 'Onderzoek naar de praktijk van mediation in de justitiële infrastructuur in ons omringende landen' van Jagtenberg en DeRoo (2003).

In Engeland maakten twee private initiatieven rond 1990 mediation bekend bij het grote publiek: het *Centre for Effective Dispute Resolution* (CEDR) en de ADR Group. Deze organisaties hadden als doel de verbreiding en kwaliteitsborging van mediation. De initiatieven konden rekenen op de steun van het bedrijfsleven (en in mindere mate van de advocatuur). In 1993 begon het *Commercial Court* te experimenteren met doorverwijzingen naar mediation. In de *Practice Statement (Commercial Cases: ADR)* van 10 december 1993 werd gesteld dat het *Court* in daartoe geëigende gevallen partijen zou uitnodigen om na te gaan of ADR geen oplossing zou kunnen bieden. Er werd een lijst aangelegd met professionele externe aanbieders van mediation en andere ADR-diensten. In 1995 werd een soortgelijke *Practice Statement* ten behoeve van het *Court of Appeal* uitgevaardigd. In 1995 bestudeerde een werkgroep binnen het *Commercial Court* diverse buitenlandse *court-annexed-ADR* programma's, waarin op een meer dwingende wijze naar mediation werd verwezen. Dit gaf aanleiding tot een nieuwe *Practice Statement* in 1996, waarin het *Court* zich bevoegd verklaarde door middel van een *ADR Order* partijen te instrueren een mediationpoging te ondernemen. Verder werd in 1996 in het *Central London County Court* (CLCC) een proef gestart met *court-annexed-mediation*: het *County Court* deed in een vroeg stadium van de procedure een aanbod aan partijen om hun geschil quasi kosteloos te bespreken met een ervaren mediator in een sessie van maximaal drie uur. We merken op dat het zowel bij het CLCC, bij het *Commercial Court*, als bij het *Court of Appeal* om vermogensrechtelijke geschillen gaat.

In de V.S. heeft deelname aan mediation soms een min of meer verplicht karakter. Bij sommige Amerikaanse gerechten zijn de partijen weliswaar niet verplicht om te trachten hun geschil eerst door een mediator te laten oplossen, maar moeten zij wél een bijeenkomst bijwonen waarin wordt nagegaan of hun zaak voor mediation in aanmerking komt (Duve en Sander, 1999). De partijen worden echter nooit verplicht tot het actief meewerken aan en/of sluiten van een vaststellingsovereenkomst. Zij behouden steeds het recht om hun geschil door de rechter te laten beslechten. Indien een partij bij mediation geen medewerking verleent of de onderhandelingen afbreekt, wordt de rechter ook alleen gemeld dat de mediation is afgebroken, maar niet welke partij heeft afgehaakt (Plapinger en Stienstra, 1996; Niemic, 1997; zie Commercial Division of the Supreme Court of New York County, 1999). In de V.S. kan het al dan niet verplicht karakter van mediation afhangen van het type zaak, de rechter of de partijen. In New Jersey bijvoorbeeld is deelname aan mediation verplicht voor kleine vorderingen. In een aantal *counties* van North Carolina heeft de rechter de vrijheid om te bepalen welke zaken hij naar mediation doorverwijst en beslist hij ook of deelname aan mediation daarbij vrijwillig is of verplicht (Clarke e.a., 1996). In Texas worden zaken van een bepaald type automatisch doorverwezen naar mediation, en beslist de rechter of partijen verplicht zijn tot deelname aan mediation (Kakalik e.a. 1996; Plapinger en Stienstra; Duve en Sander, 1999). Soms is partij wettelijk verplicht om deel te nemen aan mediation wanneer de andere partij daar om verzoekt (Duve en Sander, 1999).

In sommige Duitse deelstaten (o.a. Nordrhein-Westfalen) was traditioneel een aantal onafhankelijke bemiddelaars-annex-scheidslieden in functie. Die *schiedsmanner* kregen

slechts een zeer gering aantal zaken te behandelen. Gedurende de jaren negentig nam de belangstelling in Duitsland voor de Amerikaanse stijl van mediation echter toe. Een aantal advocaten en *Betriebsberater* namen het initiatief in het opzetten van particuliere mediation providers voor *business-to-business* en *intra-company* conflicten (een van de belangrijkste is de *Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement* (GWMK), gevestigd te München). De familiemediators hadden inmiddels ook hun eigen organisaties. In 1999 keurde de Bondsdag een wetswijziging inzake par. 15a *Einführungsgesetz ZPO* (EGZPO) goed. Door middel van een zogeheten *Öffnungsklausel* werd aan de deelstaten de gelegenheid werd geboden om een verplichte preliminaire bemiddelingsronde voor te schrijven voor drie categorieën van geschillen: vermogenrechtelijke geschillen tot een waardegrens van DM 1500, burenruzies, en kwesties inzake aantasting van eer en goede naam. De verplichte bemiddelingsdiensten moeten door externe organisaties verricht worden: door *anerkannte Gütestelle*, of door *sonstige Schlichtungsstelle*. Partijen dienen een wettelijk bepaald tarief van 100 Euro te betalen voor de diensten van deze organisaties. De regeling inzake verplichte preliminaire mediation is neergelegd in een experimentele wet die geldig blijft tot eind 2005. Dan zullen de uitkomsten van evaluaties moeten uitwijzen of een definitieve mediation regeling gewenst is. Inmiddels hebben zeven deelstaten een verplicht mediationregime gecreëerd (o.a. Beieren en Nordrhein-Westfalen).

In Nederland werd in 1993 het Nederlands Mediation Instituut (NMI) opgericht. Deze organisatie heeft een register met ongeveer 3.000 gekwalificeerde mediators. De rechterlijke organisatie heeft de afgelopen jaren op proef diverse zaken doorverwezen naar mediators. Deelname aan mediation is geheel vrijwillig. Het weigeren van mediation heeft geen gevolgen voor het proces.

In Frankrijk werd in 1978 het instituut van de *Conciliateurs* in het leven geroepen: een netwerk van onbezoldigde lekenbemiddelaars, dat als doelstelling had het faciliteren van oplossingen buiten rechte. Iedere belanghebbende, maar ook elke rechter, kan een beroep doen op de *Conciliateurs*. In 1995 werd het instituut hernoemd in *Conciliateurs de Justice*, waarbij werd bepaald dat de *Juge d'Instance* een conciliatiepoging, op verzoek van de partijen, kan delegeren aan de conciliators. Een jaar later werd de selectie en benoeming van conciliators een bevoegdheid van de *Juges d'Instance*. De diensten van de conciliators zijn gratis (de conciliators zijn vrijwilligers). In het jaar 2000 waren er 1728 conciliators werkzaam in Frankrijk. In 1995 heeft de Franse wetgever het instituut van de *Médiateur* gecreëerd. De rechter kan, met instemming van de partijen, in elke stand van het geding, een derde persoon aanwijzen om "...de gezichtspunten van partijen te helpen verduidelijken, om hen zo in staat te stellen een oplossing voor hun geschil te vinden." De dienstverlening van de *Médiateurs* is niet gratis. Partijen dienen de honoraria van de *Médiateur* zelf te betalen, tenzij zij in aanmerking komen voor rechtshulp. *Conciliation* en *médiation* kunnen inmiddels over het ganse spectrum van de civiele rechtspleging plaatsvinden (in principe enkel met instemming van de partijen).

Overeenkomstig artikel 734 bis, §1 kan de Belgische rechter op gezamenlijk verzoek van de partijen of op eigen initiatief maar met toestemming van de partijen een bemiddelaar aanwijzen voor familiezaken. Gedurende de bemiddelingsprocedure kan elk van de partijen de zaak weer voor de rechtbank brengen (art. 734 bis §4). Verder is er het 'Ontwerp van wet tot wijziging van het gerechtelijk wetboek wat betreft de rechtspleging en de bevoegdheid'. In dit ontwerp is een volledig hoofdstuk gewijd aan mediatie. Het ontwerp bepaalt dat met uitzondering van het Hof van Cassatie en de Rechtbanken van Eerste Aanleg, voor elk gerecht minstens één Mediatierichter zal worden aangewezen. In principe komen alle geschillen die voor dading naar Belgisch burgerlijk recht vatbaar zijn, in aanmerking voor mediatie. Indien partijen een beroep wensen te doen op de tussenkomst

van de Mediatierechter, dienen zij daartoe een gezamenlijk ondertekend verzoekschrift neer te leggen. De behandelend rechter kan de verwijzing naar de Mediatierechter weigeren indien de openbare orde in het geding is. Ten slotte is op 1 januari 2003 in Antwerpen het project 'De rechter als bemiddelaar' van start gegaan. De opzet van het project komt grotendeels neer op het door de wetgever voorgestelde model van rechterlijke bemiddeling.

3.14.2. De invloed op de kosten van processen en schikkingen

Alternatieve geschilbeslechtsmechanismen worden doorgaans beschouwd als goedkoper dan de traditionele gerechtelijke procedures (Mnookin, 1998). Of de totale kosten afnemen hangt echter af van de vraag of het geschil beëindigd is na de fase van de alternatieve geschilbeslechting. Indien niet, dan komen de kosten van de gerechtelijke procedure er bovenop (Shavell, 1995).

Uit empirische overzichten (o.a. van verschillende RAND studies) o.a. van Hensler (1986, 1997) volgt dat alternatieve geschilbeslechtsmechanismen geen significante invloed hebben op de gemiddelde kosten. Bernstein (1993) komt tot dezelfde conclusie en haalt het voorbeeld aan van een *district court* in de V.S. dat haar alternatieve geschilbeslechtsprogramma stopzette vanwege de te hoge kosten.

3.14.3. De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal processen en het aantal schikkingen

Shavell (1995) wijst erop dat het bestaan van alternatieve beslechtsmechanismen kan leiden tot een groter aantal zaken. Waar sommige partijen voorheen niet bereid zouden geweest zijn een vordering in te stellen, zullen ze dit nu soms wel doen. De kosten van de alternatieve geschillenbeslechting zijn in principe lager dan die van een traditionele gerechtelijke procedure. En indien de alternatieve geschillenbeslechting niets oplevert, is de eiser niet verplicht een proces te starten. De alternatieve geschilbeslechting geeft hem dus een extra, minder dure mogelijkheid om zijn gelijk te halen.

Omwille van dezelfde reden kunnen alternatieve beslechtsmechanismen een negatieve invloed hebben op de schikkingsfrequentie (Shavell, 1995); De aanwezigheid van het goedkopere alternatief kan de schikkingsruimte kleiner maken. Anderen wijzen op de verschillende manieren waarop mediators e.d. de kans op een schikking kunnen verhogen. Ten eerste kunnen zij de verwachtingen van de partijen dichter bij elkaar brengen, door de uitwisseling van cruciale informatie te vergemakkelijken en door de communicatie tussen de partijen te verbeteren (Arrow e.a. 1995). Brown en Ayres (1994) stellen verder dat zij opportunistisch onderhandelingsgedrag kunnen temperen door de partijen zich te laten verbinden om winsten gelijk te verdelen. Bovendien kunnen zij *principal-agent* problemen tussen advocaten en cliënten verkleinen. Een advocaat kan een *incentive* hebben om een zaak zo lang mogelijk laten aan te slepen. Hij zal zijn cliënt dan aanraden om te procederen en niet te schikken. Een neutrale derde zoals een mediator kan de cliënt dan beter inlichten over de procesverwachtingen (Mnookin, 1993).

Uit de bestaande empirische onderzoeken blijkt doorgaans niet dat alternatieve geschilbeslechtsmechanismen de schikkingsfrequentie verhogen (Bernstein, 1993). Ook uit recent onderzoek van Wissler (2002) betreffende mediatie blijkt dat er geen significante verschillen bestaan tussen zaken die al dan niet doorverwezen werden naar mediatie en bereikte schikkingspercentages.

3.14.4. De invloed op de doorlooptijden van processen en schikkingen

We kunnen hier dezelfde opmerking maken als onder 3.14.2. Het is mogelijk dat de doorlooptijden van alternatieve geschilbeslechtsmechanismen kleiner zijn dan die van processen, maar van belang is de totale doorlooptijd. Die zal groter worden indien na het mislukken van de fase van de alternatieve geschilbeslechting een procedure voor de rechter wordt gestart.

Uit de bovenvermelde empirische onderzoeken en overzichten van empirische onderzoeken blijkt niet dat alternatieve geschilbeslechting een significante invloed heeft op de doorlooptijden (Hensler 1986, Hensler, 1997, Wissler, 2002). Uit het recente WODC-rapport 'Ruimte voor mediation' van Combrink-Kuiters, Niemeijer en ter Voert (2003) blijkt dat bij vergelijking van de doorlooptijden van mediations met gerechtelijke procedures, doorverwijzing naar mediation met een succesvolle afloop een tijdsbesparing van eenderde tot de helft van de doorlooptijd oplevert, terwijl mediations zonder overeenstemming de gemiddelde doorlooptijd van de gerechtelijke procedure met eenderde verlengen. De onderzoekers gaan ook na welke factoren mogelijk bijdragen aan een al dan niet succesvolle afloop. Zij stellen onder meer vast dat de slaagkans kleiner is (1) wanneer de verwijzer contra-indicaties opmerkt zoals 'te grote machtsverschillen' en 'conflict al te erg geëscaleerd' en (2) naarmate de complexiteit van de zaak toeneemt (i.h.b. meerdere verweerders; zie ook Wissler, 2002). De slaagkans is groter wanneer het instemmingsmotief van een partij is dat hij een goedkopere oplossing verwacht of de oplossing van het geschil in eigen hand wil houden.

3.14.5. De invloed op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen

Er zijn weinig redenen om aan te nemen dat een rechterlijke uitspraak in een geschil dat eerst naar een alternatief geschilbeslechtsmechanisme werd verwezen, gemiddeld genomen accurater is dan een rechterlijke uitspraak in een geschil waarin dat niet het geval was. De accuraatheid kan eventueel groter worden omdat de partijen in totaal meer tijd spenderen aan hun zaak en na de fase van de alternatieve geschilbeslechting met meer kennis van zaken aan het proces beginnen.

Soms wordt gesteld dat de uitkomst van een succesvolle alternatieve geschilbeslechting gemiddeld minder accuraat is dan die van een rechterlijke uitspraak, omdat minder rekening wordt gehouden met het toepasselijke recht. Anderen zijn dan weer van oordeel dat alternatieve geschilbeslechtsmechanismen tot meer aanvaardbare beslissingen leiden, die dan ook vaker zouden worden nageleefd. Uit het onderzoek van Combrink-Kuiters, Niemeijer en ter Voert (2003) blijkt dat afspraken die gemaakt zijn bij geslaagde mediations in 66 procent van de gevallen worden nagekomen en in 22 procent ten dele. Niet-verplichte alternatieve geschilbeslechting zal de schikkingsbedragen in principe niet verder brengen van de werkelijke schade. Een partij zal immers slechts toestemmen indien hij verwacht dat zijn situatie erdoor zal verbeteren. Verplichte arbitrage kan de totale kosten doen toenemen (partijen zullen verwachten dat de kosten toenemen indien ze weinig hoop hebben dat fase van de alternatieve geschilbeslechting succesvol zal zijn). Indien eisers schikken aan het minimumbedrag dat zij bereid zijn te aanvaarden, komen schikkingsbedragen verder te liggen van de werkelijke schade.

3.14.6. De invloed op het ex ante gedrag

Het feit dat partijen kunnen kiezen (of zelfs verplicht kunnen worden) voor alternatieve (meestal goedkopere) manieren van geschilafdoening, heeft niet steeds een positieve

invloed op het ex ante gedrag (Shavell, 1995). Veronderstel een dispuut tussen een onderneming en een individu. Het kan in hun gezamenlijk belang zijn om voor een alternatieve manier van geschilafdoening te kiezen (mogelijk lagere kosten, mogelijk sneller etc.). Maar het gevolg kan wel zijn dat de onderneming niet voor alle foutief veroorzaakte schade moet opdraaien of dat het gedrag van de onderneming niet voldoende wordt onderzocht en bekendgemaakt bij het grote publiek. Indien de onderneming op voorhand verwacht vaak geschillen op een dergelijke manier te kunnen beëindigen, heeft dit een negatieve invloed op haar *incentives* om zorg uit te oefenen.

3.14.7. Gevolgen uit theorie en empirie

Uit de meeste empirische onderzoeken rond alternatieve geschilbeslechting volgt niet dat er grote voordelen mee gepaard gaan qua kosten en doorlooptijden. Er is er geen empirisch onderzoek dat de invloed op de schikkingsbedragen en op het ex ante gedrag nagaat. Verder empirisch onderzoek kan ook nuttig zijn om nog preciezer na te gaan welke factoren een positieve invloed hebben op de slaagkansen van alternatieve geschilbeslechting. Hoe meer men 'hopeloze' zaken uit het circuit van de alternatieve geschilbeslechting kan houden, hoe groter de kans dat alternatieve geschilbeslechting waardevol wordt. Voorts kunnen de data betreffende de mate waarin afspraken bij mediation effectief worden uitgevoerd niet vergeleken worden met gelijksoortige data voor rechterlijke uitspraken. Zoals Combrink-Kuiters, Niemeijer en ter Voert (2003) opmerken, zijn cijfers over uitvoering van rechterlijke uitspraken beperkt en verouderd. Dergelijke kennis is nochtans noodzakelijk om de wenselijkheid van alternatieve geschilbeslechting te kunnen beoordelen. We merken nog op dat een eventueel hoger uitvoeringscijfer voor mediationakkoorden niet noodzakelijk betekent dat mediation de oorzaak is van een hogere uitvoeringsgraad. Hier spelen ongetwijfeld selectie-effecten mee : verweerders die toestemmen met mediation zijn mogelijk degenen die het meest geneigd zijn zich coöperatief op te stellen.

3.15. Regels in verband met executie van vonnissen

3.15.1. Rechtsvergelijking

Zowel het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten, Frankrijk, België, Duitsland en Nederland kennen de sanctie van de "procedurele intrest", die begint te lopen tegen de debiteur vanaf het moment dat de zaak voor de rechtbank aangankelijk is. Die intrest blijft in de meeste landen even groot wanneer aan het proces een einde is gekomen door een afdwingbare uitspraak (Kerameus, 2002). Enkel in Frankrijk wordt de wettelijke intrest verhoogd nadat de rechter een afdwingbare uitspraak heeft gevelde (namelijk met 5 punten en 2 maanden nadat de uitspraak uitvoerbaar is geworden, zie loi nr. 75-619 art. 3). Een groot verschilpunt tussen Engeland en de Verenigde Staten enerzijds en Frankrijk, België, Duitsland en Nederland anderzijds is dat het niet uitvoeren van rechterlijke uitspraken in de eerste twee landen aanleiding kan geven tot strafrechtelijke sancties. In Engeland vallen alle rechterlijke uitspraken binnen het toepassingsgebied van de 'contempt of court' sancties (inclusief die over geldvorderingen). In de praktijk echter zijn de 'contempt of court' sancties (opsluiting, geldboete, sequestratie) enkel van belang voor rechterlijke uitspraken waarin een partij wordt veroordeeld om iets te doen of te laten (Kerameus, 2002). De veroordeling wegens contempt wordt ongedaan gemaakt van zodra de oorspronkelijk opgelegde verbintenis wordt uitgevoerd. Rule 70 van de U.S. Federal Rules of Civil Procedure biedt de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid om een partij 'in contempt' te beschouwen. De meest frequente methode van afdwining bestaat uit geldboetes (Kerameus, 2002).

3.15.2. De invloed op de kosten van processen en schikkingen

Indien rechterlijke uitspraken niet steeds worden uitgevoerd (en partijen dit weten), zullen de proceskosten dalen (in vergelijking met een situatie waarin alle uitspraken steeds volledig worden nageleefd), althans wanneer de uitgaven van de partijen als endogeen worden beschouwd. De procesuitgaven van de partijen brengen immers statistisch gezien minder op wanneer het niet zeker is dat de uitspraak zal uitgevoerd worden. Het is dan mogelijk dat partijen minder argumenten zullen ontwikkelen en bewijs zullen voorleggen om hun gelijk te halen. Veronderstel dat de eiser een extra argument kan ontwikkelen, waardoor zijn winstkans van 60 naar 70 procent stijgt. Het ter discussie staande bedrag bedraagt 10.000. De proceskosten zonder het extra argument bedragen 1.000 voor de eiser en 1.000 voor de verweerder. Indien het extra argument ontwikkeld wordt, bedragen de proceskosten 2.500 voor de eiser en 2.500 voor de verweerder. De verliezer draait op voor de proceskosten, maar niet-uitvoering treft ook de terugbetaling van de proceskosten. Indien uitspraken met 100 procent zekerheid worden uitgevoerd, zal de eiser het extra argument ontwikkelen. De verwachte waarde van zijn vordering stijgt immers van 5.200 ($0.6 \times 10.000 - 0.4 \times 2.000$) naar 5.500 ($0.7 \times 10.000 - 0.3 \times 5.000$). Indien uitspraken slechts met 50 procent zekerheid worden uitgevoerd, zal de eiser het extra argument niet ontwikkelen. Zijn verwachte waarde daalt van 2.100 ($0.5 \times 5.200 - 0.5 \times 1.000$) naar 1.500 ($0.5 \times 5.500 - 0.5 \times 2.500$) (uitleg : in 50 % van de gevallen wordt de uitspraak volledig uitgevoerd en in 50% van de gevallen is er geen uitvoering en dan krijgt de eiser niets en moet hij zijn eigen proceskosten betalen). Schuldeisers hebben minder te winnen en schuldenaars hebben minder te verliezen. Regels die de uitvoeringsgraad verhogen, zullen dus de proceskosten doen stijgen.

3.15.3. De invloed op het aantal zaken en de verhouding tussen het aantal schikkingen en het aantal processen

Indien rechterlijke uitspraken met een grotere kans worden uitgevoerd, zal het aantal zaken in principe stijgen. De verwachte waarde van het instellen van een vordering stijgt immers. Het aantal schikkingen zal toenemen indien rechterlijke uitspraken vaker worden uitgevoerd. De proceskosten stijgen immers, waardoor de schikkingsruimte vergroot.

3.15.4. De invloed op de doorlooptijd van processen en schikkingen

Boven stelden we dat de proceskosten dalen indien rechterlijke uitspraken niet steeds worden uitgevoerd. Dit betekent onder andere dat minder bewijsmateriaal wordt voorgelegd en minder argumenten ontwikkeld worden. Dit moet leiden tot een kleinere doorlooptijd van processen. Regels die de uitvoeringsgraad verhogen, zullen de doorlooptijden doen stijgen.

3.15.5. De invloed op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken en schikkingen

Indien men aanneemt dat de accuraatheid van rechterlijke uitspraken toeneemt naarmate de partijen meer proceskosten maken, leiden regels die de uitvoeringsgraad verhogen tot een hogere accuraatheid van rechterlijke uitspraken. Schikkingsbedragen zouden dicht bij de werkelijke schade moeten komen te liggen, naarmate de uitvoeringsgraad verhoogt.

3.15.6. De invloed op het ex ante gedrag

Schuldenaars die weten dat rechterlijke uitspraken niet steeds worden uitgevoerd, hebben een verminderde incentive om zorg uit te oefenen, hun contract na te leven etc. Ze draaien (statistisch gezien) immers niet op voor de volledige schade die ze veroorzaken. Wat Nederland betreft kunnen we een onderzoek vermelden van van Koppen en Malsch. Zij analyseerden een door het WODC aangelegde database van 41.131 zaken (alle in 1986 gewezen eindvonnissen van de rechtbanken Rotterdam, Den Haag en Breda). In 43 procent van de onderzochte zaken had de eiser drie jaar na het vonnis het gehele door de rechter toegewezen bedrag ontvangen. Na het vonnis moest gemiddeld nog 208 dagen gewacht worden op volledige betaling. In 35 procent van de gevallen had de eiser na 3 jaar nog steeds niets ontvangen. In 22 procent van de zaken was na drie jaar slechts een deel van de toegewezen vordering betaald (gemiddeld 45 procent van dat bedrag). Weinigen betaalden zonder problemen na een voor hen ongunstig vonnis : 18 procent binnen drie maanden, 29 procent binnen een jaar en 43 procent binnen 3 jaar. De meerderheid (51 procent) van de eisers ondernam geen bijzondere actie om zijn geld te recupereren. Ongeveer één vierde van alle eisers legde executoir beslag, hetgeen gemiddeld 54 procent van het toegekende bedrag opleverde.

3.15.7. Gevolgtrekkingen uit theorie en empirie

Regels betreffende dwanguitvoering zijn in slechts zeer geringe mate bestudeerd geweest in de theoretische literatuur. Ook op empirisch vlak zijn er weinig studies. Wat betreft de uitvoeringscapaciteit (aantal deurwaarders) kunnen we een verband leggen met het aantal rechters. Ook hier is de vraag niet zozeer of meer deurwaarders wel tot kleinere uitvoeringstijden leiden, maar eerder in welke mate de uitvoeringstijden verkleinen bij een

toenemend aantal deurwaarders en wat daarvan de voordelen zijn. Ook mag er aandacht uitgaan naar instrumenten die vooraleer het tot een proces komt de schuldeiser toelaten om de solvabiliteit van de schuldenaar precies in te schatten.

4. CONCLUSIES

4.1. Conclusies over theoretisch onderzoek

Het theoretische *framework* waarop gesteund wordt om verbanden te leggen tussen de kenmerken van de juridische infrastructuur en de verschillende maatschappelijke consequenties is in enkele tientallen jaren zeer sterk geëvolueerd. Na het uitwerken van de oorspronkelijke basismodellen ontwikkelden zich concurrerende en complementaire modellen en werden de modellen steeds verfijnder. Toch zijn er verschillende redenen waarom het bestaande theoretische *framework* nog in sterke mate dient aangevuld te worden met additioneel onderzoek :

- 1) Totaalonderzoeken zijn zeldzaam. Met totaalonderzoeken bedoelen we bijdragen die de invloed nagaan van een bepaald kenmerk op het geheel van de maatschappelijke kosten (en dus niet op één of enkele componenten ervan) en die de voorwaarden aangeven waaronder het kenmerk al dan niet beter is dan specifieke alternatieven. Een voorbeeld is het aangehaalde *cradle-to-grave* onderzoek betreffende de Engelse en de Amerikaanse regel in een setting van asymmetrische informatie van Hylton (2002).
- 2) Ook onderzoeken die zich toespitsen op één specifieke maatschappelijke consequentie van een bepaald kenmerk vertonen nog leemtes. Voor zover wij konden nagaan bestaan er bijvoorbeeld geen theoretische bijdragen die de invloed onderzoeken van de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen op de schikkingsfrequentie. Ander voorbeeld : voor verschillende kenmerken werd de invloed op het schikkingsbedrag nog niet expliciet onderzocht.
- 3) Er is een groot gebrek aan onderzoek dat de invloed van *combinaties* van kenmerken onderzoekt op de verschillende maatschappelijke consequenties. Combinaties van kenmerken kunnen immers interferenties opleveren die niet naar voren komen bij onderzoeken van de kenmerken afzonderlijk. Katz (2000) bijvoorbeeld wijst erop dat onderzoek naar de gezamenlijke effecten van regels van kostenveroordeling en regels betreffende de betalingswijzen van advocaten nog grotendeels braakliggend terrein is. Ook voor het kenmerk ‘mate van actieve rol van de rechter’ vermoeden wij belangrijke interferenties met andere kenmerken.
- 4) Mogelijk ontbreken nog fundamentele modellen met een grote verklarende kracht.
- 5) Onderzoeken die een totaalmodel trachten op te bouwen en die uitspraken doen over de optimaliteit van een combinatie van een groot aantal kenmerken bestaan niet. Uit de huidige literatuur volgt dat elk kenmerk van de juridische infrastructuur een invloed heeft op quasi elke maatschappelijke consequentie. Er is nood aan overkoepelende, vereenvoudigende modellen.
- 6) Uit verschillende recente bijdragen blijkt dat er nog ruimte is voor belangrijke nieuwe basisinzichten waarop verder theoretisch onderzoek kan steunen. We wijzen

bijvoorbeeld op een bijdrage van Miceli (1999), die aantoont dat het onder bepaalde voorwaarden voordelig (i.h.b. verschillende tijdskosten voor eisers) kan zijn voor verweerders om in een eerste fase lage schikkingsbedragen aan te bieden, maar tegelijkertijd te beloven om na enige tijd (mogelijk jaren) een hoger bedrag aan te bieden. Dit inzicht in de structuur van onderhandelingen kan in samenhang met andere kenmerken, weer tot nieuwe inzichten leiden.

4.2. Conclusies over empirisch onderzoek

Het is niet de bedoeling om hier per kenmerk van de juridische infrastructuur opnieuw een gedetailleerd overzicht te geven van bestaande en nog niet uitgevoerde empirische onderzoeken, maar eerder een systematisch overzicht. Wat opvalt is dat de aanwezigheid van empirisch onderzoek enorm varieert naargelang de tijdsfase waarin de partijen zich bevinden :

- 1) De fase waarin een zaak formeel aanhangig is gemaakt. Hier bestaat relatief veel empirisch onderzoek (althans in vergelijking met twee andere fasen). Te denken valt aan onderzoeken die de invloed nagaan van kenmerken van de juridische infrastructuur op de kosten van processen (bvb. onderzoeken in het kader van de regels van kostenveroordeling en *discovery*), op de schikkingsfrequentie (bvb. onderzoeken in het kader van de betalingswijzen van advocaten en alternatieve geschilbeslechting), op de schikkingsbedragen (bvb. onderzoeken in het kader van alternatieve betalingswijzen van advocaten), op de doorlooptijden van processen (bvb. onderzoeken in het kader van regels van kostenveroordeling) en op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken (experimenteel onderzoek in het kader van de mate van actieve rol van de rechter).
- 2) De fase waarin de partijen onderhandelen, vooraleer de zaak formeel aanhangig is gemaakt bij de rechtbank. Hier bestaan zeer weinig empirische onderzoeken. Gegevens over de kosten, doorlooptijden en schikkingsbedragen zijn zeer schaars voor deze fase. Het is belangrijk om in te zien dat gegevens over kosten, doorlooptijden en schikkingsbedragen van onderhandelingen *na* het formeel aanhangig maken van een zaak niet representatief zijn voor dezelfde gegevens voor de fase daarvoor. De zaken die formeel voor de rechtbank worden gebracht zijn immers een bijzondere, niet-representatieve selectie van de totale hoeveelheid zaken (zie o.a. Priest en Klein, 1984, Waldfogel, 1998 e.a.).
- 3) De fase waarin beslist wordt over het *ex ante* gedrag. Hier bestaat bijna geen empirisch onderzoek. De enige empirische onderzoeken die zich concentreren op deze fase betreffen de in 2.2.2 vermelde studies van het aansprakelijkheidssysteem. Daarin poogt men na te gaan of de baten van het aansprakelijkheidssysteem (afschrikking) de kosten ervan (vnl. proceskosten) overtreffen. We gaven reeds aan dat de methodologie van die onderzoeken van direct belang kan zijn voor de studie van andere kenmerken van de juridische infrastructuur (o.a. regels van procesrecht). Terwijl de onderzoeken van Donohue (1988), Devlin (1992), Schwartz (1994) e.a. zich concentreren op het al dan niet bestaan van aansprakelijkheid of bepaalde modaliteiten ervan, kunnen andere onderzoeken de aandacht vestigen op andere kenmerken van de juridische infrastructuur.

4.3. Literatuur en initiatieven rond ‘empirical legal research’

Hoewel Oliver Wendell Holmes Jr. reeds meer dan drie kwarteeuw geleden stelde dat empirisch onderzoek steeds belangrijker zou worden voor de studie van het recht, is de hoeveelheid empirisch materiaal in vergelijking met andere onderzoeksdomeinen tot nu toe nogal beperkt gebleven. Hoewel de belangstelling voor empirisch onderzoek o.a. in het domein van het civiele procesrecht het laatste decennium sterk is toegenomen, kunnen we moeilijk spreken van het bestaan van een draaiboek voor empirisch onderzoek. We kunnen wel melding maken van volgende belangrijke bijdragen, initiatieven en instellingen :

- 1) Heise (1999) gaat in *‘The importance of being empirical’* na wat de oorzaken zijn van het feit dat er zo weinig aan empirisch onderzoek wordt gedaan binnen de rechtswetenschap (o.a. gebrek aan opleidingen, prestige, interne en externe institutionele *incentives*).
- 2) Recentelijk choqueeerden Lee Epstein en Gary King (2002) de rechtsgemeenschap in de Verenigde Staten met hun bijdrage *‘The rules of inference’* in *‘The University of Chicago Law Review’*. Zij onderzochten alle artikelen met het woord *‘empirical’* in de titel die tussen 1990 en 2000 in Amerikaanse *Law Reviews* waren verschenen (231 in totaal) op methodologische fouten. Zij concludeerden dat alle onderzochte artikelen minstens één van de basisregels van empirisch onderzoek schenden. We benadrukken dat het onderzoek uitgevoerd in die artikelen niet steeds waardebos is. Sommigen schenden eerder relatief ‘onschuldige’ basisprincipes, zoals het niet voldoende beschrijven van de wijze waarop men de data heeft verzameld. Het artikel is vooral waardevol omdat het een eenvoudig overzicht geeft van verschillende typische methodologische fouten, geïllustreerd aan de hand van bestaande rechtspublicaties. Epstein en King gaan ook na welke structurele aanpassingen nodig zijn opdat empirisch onderzoek optimaal zou kunnen geïncorporeerd worden binnen de rechtswetenschap.
- 3) Bij het vorige aansluitend kunnen we melden dat er steeds meer bijdragen komen die op een eenvoudige en toegankelijke wijze de methoden voor empirisch onderzoek beschrijven, soms gebruik makend van voorbeelden uit het recht. Zie bijvoorbeeld *‘An introduction to regression analysis’* van Sykes (2000), met een voorbeeld over bewijslast.
- 4) De Wereldbank besteedt veel aandacht aan empirisch onderzoek, o.a. voor domeinen als civiele rechtspleging (Zie : www1.worldbank.org/publicsector/legal/empiricalresearch.htm met bijdragen als *‘Reforming Courts : The role of empirical research’* en *‘Empirical research and justice reform’*).
- 5) Enkele rechtsfaculteiten aan Amerikaanse Universiteiten bieden opleidingen aan rond empirisch onderzoek. Bijvoorbeeld : het *‘Program on Empirical Legal Studies’* aan de Universiteit van Harvard (met vakken als *‘Empirical methods for legal analysis’* en *‘Treatment of scientific evidence in the courts’*).
- 6) Er worden steeds meer symposia georganiseerd over recht en empirisch onderzoek. Recent nog (2002) organiseerde de *University of Illinois College of Law* het *‘Symposium on empirical and experimental methods in law’* (o.l.v. Thomas Ulen).

7) Ulen (2002) onderzoekt in ‘*A Nobel Prize in legal science : theory, empirical work, and the scientific method in the study of law*’ onder andere de waarde van empirisch onderzoek voor de studie van het recht.

8) In januari 2004 werd het eerste nummer uitgegeven van ‘*The Journal of Empirical Legal Studies*’ (Cornell Law School, eds. Eisenberg, Rachlinsky, Schwab en Wells). Bedoeling is om hoogstaande empirische onderzoeken te stimuleren, o.a. op het gebied van civiele en strafrechtspleging.

4.4. Enkele methodologische bedenkingen

Zoals reeds gesteld bestaat er geen draaiboek specifiek voor empirisch onderzoek betreffende de kenmerken van de juridische infrastructuur. Wij kunnen in het kader van dit rapport uiteraard niet zelf zo’n draaiboek construeren. We menen wel dat een antwoord op de volgende drie vragen belangrijk is voor verder onderzoek :

Vraag 1 : In welke mate kan gebruik worden gemaakt van buitenlandse data en empirische onderzoeken ?

Deze vraag valt in feite uiteen in twee subvragen :

Vraag 1a : in welke mate is empirisch onderzoek waarin data van verschillende landen (of deelstaten) wordt vergeleken nuttig ?

Concreet voorbeeld : is het nuttig om verbanden te leggen tussen financiële grenzen waaronder hoger beroep niet is toegestaan en schikkingsbedragen, door de schikkingsbedragen van vijf landen met verschillende financiële grenzen (bvb. Nederland, België, Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Duitsland) te vergelijken ? Meestal botst dergelijk onderzoek op grote moeilijkheden. De diverse maatschappelijke consequenties worden immers door zeer veel kenmerken van de juridische infrastructuur in significante mate beïnvloedt. De schikkingsbedragen bijvoorbeeld worden niet alleen bepaald door financiële grenzen voor hoger beroep, maar ook door regels van kostenveroordeling, subsidies, betalingswijzen van advocaten, instrumenten als *discovery*, de mate van differentiatie van procedures, het aantal rechters, de mate van detail van rechtsregels etc. Slechts indien (1) men een volledig zicht heeft op alle kenmerken die een significante invloed hebben op de specifieke maatschappelijke consequentie en (2) men voor al die kenmerken over accurate data beschikt, kan dergelijk onderzoek nuttige resultaten opleveren. Dit soort van onderzoek behoort uiteraard tot de duurdere, zeker als de nodige data in sommige landen nog niet voorhanden zijn en men zelf deze taak op zich neemt.

Vraag 1b : in welke mate kunnen beleidsaanbevelingen gebaseerd worden op empirisch onderzoek dat uitsluitend gebruik maakt van buitenlandse data ?

Concreet voorbeeld : in welke mate kan men in Nederland steunen op het onderzoek van Snyder en Hughes (1990, 1995) over de Engelse regel van kostenveroordeling indien men overweegt om over te schakelen naar de Amerikaanse regel ? Indien voor de Verenigde Staten geldt dat de Engelse regel de procesuitgaven van de verweerder doet stijgen met 61 tot 108 procent, geldt dit dan ook voor Nederland ? Hier bestaat het gevaar dat niet voldoende rekening wordt gehouden met mogelijke interferenties met andere kenmerken.

Het feit bijvoorbeeld dat de uitgaven van verweerders zo sterk stegen in de Verenigde Staten, heeft ongetwijfeld ook te maken met het feit dat procespartijen in daar een veel grotere invloed uitoefenen op de hoeveelheid en wijze van bewijsverzameling. In Nederland, waar de invloed van de partijen kleiner is, zou de invloed van de Engelse regel op de proceskosten dus wellicht een stuk kleiner zijn. Wel zal het vaak zo zijn dat de richting van de invloed dezelfde is.

Vraag 2 : Hoe dient men het onderscheid te maken tussen gedrags- en selectie-effecten ?

Concreet voorbeeld : men wil de invloed nagaan van een *pre-trial* fase (waarin de partijen bevoegdheden hebben om van elkaar informatie op te eisen) op de totale kosten van processen (pre-trial én trial fase tezamen). Om te weten of zo'n *pre-trial* fase al dan niet tot hogere kosten leidt, moet men gedragseffecten kunnen onderscheiden van selectie-effecten. Immers, het is mogelijk dat zo'n *pre-trial* fase vooral gebruikt zal worden in de meer complexe zaken, die zowieso hogere proceskosten met zich meebrengen (selectie-effect). Om te weten of de creatie van een *pre-trial* fase al dan niet hogere kosten veroorzaakt (gedragseffect), kan men als volgt te werk gaan. Van de groep zaken waarin de partijen kiezen om de voorfase te gebruiken, selecteert men op arbitraire wijze een subgroep die uit die fase wordt genomen en die dus behandeld worden zonder voorfase. Zo schakelt men selectie-effecten uit. Uit vergelijking van de gesplitste groepen blijken dan de gedragseffecten.

Het gevaar van het niet voldoende rekening houden met selectie-effecten is groot. Een voorbeeld ter illustratie. Zeer vaak wordt aangenomen dat juries in de V.S. hogere schadevergoedingen toekennen dan rechters. Uit recente bijdragen, onder andere van Helland en Tabarrok (2000), blijkt echter dat het grootste deel van de verschillen te verklaren is door het feit dat de selectie van zaken die voor een jury komen, verschillend is van de soort zaken die voor de rechter komen.

Het belang van het onderscheid tussen gedrags- en selectie-effecten verdwijnt echter indien men een totaalbeeld genereert (hetgeen nodig is voor het civiele procesrecht). Indien men zicht heeft op de totale kosten, kunnen geen misvattingen ontstaan.

Vraag 3 : In welke mate dient de fase van het ex ante gedrag empirisch onderzocht te worden?

De maatschappelijke kostenfunctie bestaat uit drie soorten kosten : nalevingskosten, (verwachte) schadekosten en handavingskosten. De vraag is in welke mate de wijzigingen van nalevingskosten en schadekosten kunnen/moeten gemeten worden bij wijzigingen van de kenmerken van de juridische infrastructuur. Dergelijke onderzoeken kunnen zeer kostbaar zijn (i.h.b. meten van preventiekosten). De vraag rijst of er niet beter geïnvesteerd kan worden in het zoeken naar verbanden tussen schikkingsbedragen (die eenvoudiger te meten zijn) en de nalevingsfactor. Indien systematische verbanden bestaan tussen schikkingsbedragen enerzijds en nalevings- en schadekosten anderzijds, moeten die laatste twee niet steeds direct gemeten worden. Hier is verder empirisch onderzoek nodig om dit uit te maken.

4.5. Voorstellen voor verder empirisch onderzoek

4.5.1. Algemeen overzicht

Tot slot maken we een klein overzicht van enkele gebieden waar empirisch onderzoek zeer nuttig kan zijn. Het is uiteraard niet mogelijk om een volledig en uiterst gedetailleerd overzicht te geven van alle onderzoeken die nog moeten plaatsvinden.

Ten eerste kunnen enkele algemene empirische onderzoeken, los van specifieke kenmerken, nuttig zijn. Te denken valt aan schattingen van tijdskosten die met doorlooptijden gepaard gaan en de invloed van doorlooptijden op schikkingsbedragen. Voor wat betreft de onderhandelingsstructuur van schikkingen vermoeden we dat veel kan gehaald worden uit de algemene empirische literatuur over 'bargaining'. Ook nuttig is empirisch onderzoek dat heel precies weergeeft waar de grootste nalevingsproblemen zich situeren en wat daarvan de oorzaken zijn (suboptimale procedurele regels, maar ook gebrek aan financiële middelen en slechte regels). Onderzoek kan verder uitwijzen waarom geprocedeerd wordt en niet geschikt : wegens onduidelijkheid van het recht of wegens onduidelijkheid (mogelijk asymmetrische informatie) van de feiten. Ook kunnen zeer gedetailleerde rechtsvergelijkende onderzoeken (zoals die van de Raad van Europa) van groot nut zijn.

Aangaande de specifieke kenmerken : voor de British rule en het officieel schikkingsaanbod verwachten we dat empirisch onderzoek vooral nuttige informatie kan opleveren over de fase vóór het proces waarin onderhandeld wordt (of zelfs niet omdat een schadelijker niets onderneemt). De empirische onderzoeken van Snyder en Hughes (1990), Hughes en Snyder (1995) en Hughes en Savoca (1997) zijn te beperkt om uitspraken te doen, aangezien ze enkel de fase na het aanhangig maken van een vordering bestuderen. De extra gegevens (o.a. over schikkingsbedragen) zullen een accurater beeld geven van de eventuele voordelen op het vlak van naleving.

Voor wat betreft subsidies (algemene en voor financieel zwakkeren) is meer zicht nodig op de precieze baten ervan en op de domeinen waar de subsidies het meeste opleveren. Voorts kan worden nagegaan of specifieke subsidies niet efficiënter zijn dan algemene subsidies (indien subsidies wenselijk zijn). Dit hangt mede af van de vraag of het onderscheid waarvoor subsidies efficiënt zijn en zaken waarvoor subsidies niet efficiënt zijn, relatief eenvoudig kan gemaakt worden.

Wat betreft de beloningsstructuur van advocaten menen we dat uit bestaande empirische onderzoeken weinig argumenten kunnen gehaald worden die een compleet verbod op resultaatsgebonden betalingswijzen rechtvaardigen. Er zijn wel redenen om *contingency fees* e.d. te reguleren. Empirisch onderzoek kan eventueel nuttig zijn in het kader van het zoeken naar optimale regulering.

Wat *discovery* betreft dient zeker onderscheid gemaakt te worden tussen het dwangelement, het tijdselement en het accusatoir element. Wat betreft het dwangelement (partijen verplichten relevante informatie voor te leggen) zijn er weinig theoretische redenen om dit element niet te versterken. De kosten van de informatieverstrekking moeten uiteraard in verhouding staan tot de baten ervan, maar dat geldt voor elk soort van bewijs (getuigen, experts etc.). Wat betreft het tijdselement kan empirisch onderzoek uitwijzen wat de precieze voor- en nadelen zijn van het naar voren trekken van de uitwisseling van bewijsmateriaal (o.a. invloed op totale kosten van processen, doorlooptijden, schikkingsbedragen). Wat betreft het accusatoir element (de pre-processuele fase verloopt grotendeels onder leiding van de partijen) blijkt uit empirisch onderzoek geen systematisch misbruik.

Een actievare rol van de rechter kan erin bestaan dat hij zelf meer werk verricht of dat hij het proces meer leidt. Op theoretisch vlak blijkt het eerste niet efficiënt (zie o.a.

Dewatripont en Tirole). Empirisch onderzoek kan nuttig zijn om de precieze nadelen van een grotere leidende rol in kaart te brengen (o.a. kijken naar de Duitse rechters).

Voor wat betreft formalisme kan empirisch onderzoek concreet nagaan wat de precieze

functies zijn van nog bestaande formalismen en meer algemeen beter hun kosten en baten in kaart brengen.

Voor misbruik van procesrecht zou meer informatie over de frequentie van misbruik, de types van misbruik en het gebruik van het huidige sanctieapparaat nuttig zijn. Ook kan verder onderzoek nuttig zijn over de wijzen waarop advocaten in het buitenland bestraft worden voor misbruik en de kosten en baten daarvan.

Meer empirisch onderzoek is nodig naar de precieze voordelen van extra rechters : niet enkel (mogelijk) kortere doorlooptijden, maar ook een groter aantal personen dat in staat is om zijn rechten af te dwingen. Hier verwachten we echter meer heil van theoretisch onderzoek, dat de huidige theoretische tegenstellingen kan wegwerken.

Voor unitaire versus sequentiële processen : hier weten we niet in welke mate reeds sequentieel geprocedeerd wordt. Ook kan worden nagegaan of het x-efficiency effect (soms kan gestopt worden na de aansprakelijkheidsvraag en dienen de extra kosten voor het bepalen van de hoogte van de schade niet meer gemaakt te worden) opweegt tegen het verhoogde uitgaven-effect.

Op het vlak van de mate van detail van rechtsregels en ‘standards’ versus ‘rules’ kan worden nagegaan of het streven naar detail soms niet misplaatst is, gezien de kleine voordelen die het soms oplevert (i.h.b. bij het ‘tailor made’ maken van sommige types van vergoedingen). Voorts kan empirisch onderzoek nuttig zijn om na te gaan in welke mate geleerd wordt uit de informatiedoorstroom van precedenten.

Wat alternatieve vormen van geschilbeslechting betreft lijkt de grootste waarde van aanvullend empirisch onderzoek erin te bestaan in het nagaan welke factoren een positieve invloed hebben op de slaagkansen ervan. Hoe meer ‘hopeloze’ zaken weggeselecteerd kunnen worden, hoe groter de kans dat alternatieve geschilbeslechting kan bijdragen aan de sociale welvaart.

4.5.2. Enkele concrete voorstellen

- Algemeen : systematische dataverzameling voor verder empirisch onderzoek

Eén van de voorwaarden voor succesvol toekomstig empirisch onderzoek is het op grote schaal verzamelen van basisinformatie. Een deel van dit werk gebeurt momenteel in het kader van tijdreeksanalyses in verschillende landen en door enquêtes van de Raad van Europa. In het ‘Scheme for evaluating judicial systems’ van de European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) worden 108 vragen gesteld onder meer over rechtsbijstand, het functioneren van de rechtbanken en de efficiëntie van justitie, het gebruik van informatietechnologie, fair trial, onafhankelijkheid en competentie van rechters, advocaten, mediatie en uitvoering van rechterlijke uitspraken.

Mogelijk zullen verschillende landen niet alle vragen uit de enquête van de Raad van Europa kunnen beantwoorden of zal de accuraatheid niet altijd even hoog zijn. Ook voor verschillende data die wij zochten in het kader van dit project vonden we in verschillende landen geen volledig accurate gegevens. Enkele voorbeelden :

- (1) het aantal rechters : de inaccuraatheid zit hem hier in het feit (1) dat de nationale gegevens meestal geen onderscheid maken tussen rechters die zich bezig houden met civiele zaken en met strafzaken en (2) dat meestal geen zicht wordt geboden op het aantal rechters dat deeltijds werkt. Het uiteindelijke criterium is immers het aantal gewerkte uren. Wat (1) betreft zou een verder onderscheid nuttig kunnen zijn : het aantal rechters voor familiezaken, voor handelszaken etc. en dit per rechtbank (geografisch).
- (2) Het percentage van proceskosten dat door de verliezer betaald wordt onder de

Engelse regel. Hierover bestaan doorgaans geen officiële gegevens, maar eerder schattingen van advocaten.

- (3) Gegevens over de uitvoeringspercentages van rechterlijke uitspraken zijn schaars en verouderd.
- (4) Gegevens over doorlooptijden zijn niet altijd veelzeggend : zo bevatten de gegevens van sommige landen de doorlooptijden van verstekzaken en zijn die zaken in andere landen uit de cijfers geweerd.
- (5) Gegevens over de mate waarin tijdens een hogere beroepsprocedure nieuwe feiten of nieuw bewijs wordt naar voor gebracht, ontbreken.

Hetgeen nodig is opdat de accuraatheid van basisdata zou verbeteren is dat elke binnenkomende zaak systematisch in een database wordt opgenomen waarin gegevens worden verzameld voor het ganse traject van initiatie tot en met de uitvoeringsfase. Die gegevens worden fase per fase aangevuld door de meest geëigende partij (griffier, rechter in eerste instantie, rechters in hogere instanties, uitvoeringsagenten etc.). Verder onderzoek kan uitwijzen welke gegevens precies moeten verzameld worden. Daarbij kan aansluiting gezocht worden (onder andere) bij de bovenvermelde enquête van de Raad van Europa, tijdreeksanalyses en dit rapport. Veel aandacht moet daarbij uitgaan naar correcte en nuttige definities (bijvoorbeeld : aantal werkuren rechters in plaats van aantal rechters) en naar de optimale mate van differentiatie (hetgeen onder meer zal afhangen van welke factoren men in de database opneemt). Voorbeeld van dit laatste : indien als factor wordt genomen een heel precieze beschrijving van de inhoud van het geschil, kan men verbanden leggen tussen inhoud van geschil en andere factoren, zoals doorlooptijden, uitvoeringsgraad etc.

- Verplichte procesvertegenwoordiging

Regelmatig gaan stemmen op om de verplichte procesvertegenwoordiging af te schaffen of te beperken. Enkele jaren geleden pleitte Barendrecht (2001) nog ervoor eisers met een vordering tussen 10.000 en 100.000 fl. te laten kiezen tussen de kantongerechts- en rechtbankprocedure. Eisers zouden zo kunnen 'stemmen met hun voeten'. Bij de toenmalige competentiegrens stelde hij een knik vast : enkele tientallen procenten van de eisers lieten een vordering zitten, die ze wel zouden hebben ingesteld als ze dat bij de kantonrechter hadden gemogen.

In 1997 stelde de commissie van Delden voor om de verplichting tot procesvertegenwoordiging in civiele zaken achterwege te laten voor vorderingen kleiner dan 25.000 f (in verschillende fases). Op 1 januari 1999 werd de competentiegrens bij de kantonrechter verhoogd van 5.000 naar 10.000 f (Staatsblad 605, 1998). Uit onderzoek moest blijken of en hoe het procesgedrag van de partijen veranderde en welke (bedoelde en onbedoelde) effecten de beperking van de verplichte procesvertegenwoordiging meebracht in handelszaken. Er werd nagegaan of het aantal zaken met een financieel belang van 5.000 tot 10.000 f toenam, in welke mate de personeelscapaciteit voldoende was aangepast, in welke mate partijen zich nog laten bijstaan door professionele rechtsbijstandverleners, of er veranderingen optreden in de wijze waarop de procedure verloopt en of de snelheid van de procedure toenam (Eshuis en Paulides, 2003).

Het onderzoek had niet op de eerste plaats als doel het verwerven van inzichten in niveauverschillen tussen de verleners van juridische bijstand en de mogelijke ongewenste gevolgen daarvan. Dergelijk onderzoek kan nochtans, indien mocht blijken dat niet-advocaten sommige taken even goed kunnen uitvoeren als advocaten, mogelijkheden tot kostenbesparing blootleggen. Wij menen dat volgende onderzoeken gezamenlijk meer

duidelijkheid kunnen brengen :

1. Het vergelijken van winstkansen voor zaken die voor de kantonrechter komen en waarin de eiser niet vertegenwoordigd wordt door een advocaat met zaken die voor de kantonrechter komen waarin de eiser wel vertegenwoordigd wordt door een advocaat. Het vergelijken van deze cijfers is uiteraard niet doorslaggevend, vanwege selectie-effecten. Een eiser met een complexe zaak zal mogelijk meer geneigd zijn een advocaat nemen. De gemiddelde winstkansen van advocaten zouden dan lager kunnen liggen dan die van niet-advocaten. Uit enquêtes met rechters en advocaten zou eventueel kunnen blijken of de complexiteit van zaken die naar advocaten dan wel niet-advocaten gaan, sterk verschilt.
2. Het vergelijken van winstkansen voor zaken die voor de kantonrechter komen en waarin de eiser niet vertegenwoordigd wordt door een advocaat met zaken die voor de civiele rechter komen (waar procesvertegenwoordiging verplicht is). Ook het vergelijken van deze cijfers zal op zichzelf niet doorslaggevend zijn, omwille van drie redenen. Ten eerste behoren de zaken voor de kantonrechter waarin de eiser heeft gekozen voor een niet-advocaat mogelijk tot de eenvoudiger zaken, terwijl zaken die voor de civiele rechter komen het totale spectrum omvatten. Dit kan ten dele opgelost worden door enkel te kijken naar de relatief eenvoudige zaken die voor de civiele rechter komen (bijvoorbeeld zaken waarin geen experts werden gebruikt, waarin het aantal getuigen beperkt was etc.). Ten tweede zijn er nog andere verschillen tussen processen voor de kantonrechter en de civiele rechter dan de verplichte procesvertegenwoordiging. Die andere verschillen brengen doorgaans mee dat een proces voor de kantonrechter goedkoper is, waardoor de gemiddelde kwaliteit van zaken die voor de kantonrechter komen, lager is. Ten derde is de algemene kwaliteit van het werk (van advocaten of niet-advocaten) in zaken voor de kantonrechter mogelijk lager, omdat het om lagere bedragen gaat. Er zou kunnen nagegaan worden hoe de verschillen in winstkansen variëren naargelang de bedragen dichter bij elkaar komen te liggen.
3. Essentieel is dat alle plausibele oorzaken van hogere slaagkansen worden nagegaan. Zo is het zeer goed mogelijk dat een hogere winstkans geen gevolg is van enige formele (advocaten)opleiding, maar eerder van gespecialiseerde kennis (materieel, maar ook van “inside-information” over de werking van de specifieke rechtbank, haar rechters etc.). Ook verschillen in winstkansen tussen advocaten onderling en niet-advocaten onderling kunnen dus van groot belang zijn.
4. Onderzoeken over de verschillen in winstkansen kunnen aangevuld worden met meer kwalitatieve onderzoeken. Men zou de schriftelijke argumentatie van advocaten en niet-advocaten kunnen voorleggen aan professoren, studenten, advocaten etc. en vragen welke stukken geschreven zijn door advocaten en welke door niet-advocaten. Een substantiële vergissingsgraad zou erop kunnen wijzen dat de verschillen niet zo groot zijn. (Ook hier moet men erop letten dat de

gemiddelde complexiteit van de zaken waarvan men de schriftelijke argumentatie onderzoekt niet te ver uiteen loopt voor zaken die door advocaten respectievelijk niet-advocaten werden behandeld).

- Formalisme

Voor wat betreft empirisch onderzoek rond het thema formalisme kan aansluiting gezocht worden bij het “Lex Mundi” project van Djankov, La Porta, Lopes-de-Silane en Shleifer. Hun formalisme-index bestaat uit 7 indices, die weer verder onderverdeeld worden in verschillende subindices (in totaal 31). De 7 indices behandelen : professionalisme versus niet-professionalisme (gespecialiseerde rechtbanken of niet, al dan niet professionele rechters, al dan niet verplichte procesvertegenwoordiging), geschreven versus mondelinge elementen (of de initiatie van het proces door de eiser en het antwoord van de verweerder mondeling of schriftelijk moet zijn, of bewijsmateriaal in schriftelijke vorm moet worden neergelegd, of de finale argumenten schriftelijk moeten worden voorgelegd, of de partijen voor het eerst op de hoogte worden gesteld van het vonnis in schriftelijke vorm, of de uitvoering van vonnissen hoofdzakelijk gebeurt aan de hand van schriftelijke stukken), juridische onderbouwing (of de eis juridisch onderbouwd moet zijn, of elke rechterlijke uitspraak moet gemotiveerd zijn), regulering van bewijs (of de rechter bewijs kan vragen dat niet gevraagd werd door de partijen, of de rechter bewijs dat hij irrelevant acht kan weigeren, of de rechter de vragen moet herformuleren vooraleer ze aan de getuigen worden voorgelegd, of de mondelinge ondervraging enkel door de rechter mag gebeuren, of enkel authentieke of gecertificeerde documenten toelaatbaar zijn, of het gewicht van bewijsmateriaal bij wet is opgelegd, of het bewijs schriftelijk of magnetisch moet worden vastgelegd), hoger beroep (of de uitvoering van een vonnis automatisch geschorst wordt indien hoger beroep wordt ingesteld, of zowel recht en feiten kunnen gecontroleerd worden door de hogere rechter, of interlocutoir beroep mogelijk is), *engagement* formaliteiten (of er een verplichte verzoeningspoging moet worden ondernomen, of er verplichte notificatie van de eis en het vonnis is door een gerechtsdeurwaarder) en onafhankelijke procedurele acties (minimum aantal stappen nodig om de verschillende fases van het proces te doorlopen : initiatie, de fase tussen initiatie en uitvoering en de fase waarin de uitspraak wordt uitgevoerd).

Het zou nuttig zijn om zicht te krijgen op de precieze functies en kosten van verschillende van deze formalismen (in het bijzonder kan onderzoek zeer nuttig zijn over de vragen : of zowel recht als feiten moeten gecontroleerd worden door de hogere rechter, of de verplichte procesvertegenwoordiging moet blijven bestaan en of het minimum aantal stappen om de verschillende fases van een proces te doorlopen kan gereduceerd worden). De kosten zullen in vele gevallen redelijk exact kunnen bepaald worden (bijvoorbeeld : notificatie moet gebeuren door een deurwaarder). De kosten van alternatieven ook (bijvoorbeeld : notificatie mag per gewone brief of e-mail). De precieze baten zullen vaak veel moeilijker te achterhalen zijn, onder meer omdat de formalismen een invloed kunnen hebben op de accuraatheid van rechterlijke uitspraken. Accuraatheid zelf en de voordelen ervan zijn moeilijk meetbaar. Wel kan naar de functies van de formalismen en hun actuele belang gepeild worden bij rechters, advocaten, partijen, professoren etc. Mogelijk kan dan een eerste onderverdeling gemaakt worden : formalismen die absoluut nodig zijn, formalismen die volstrekt geen nut (meer) hebben, formalismen die in specifieke gevallen nog nut hebben en formalismen waarvan het onduidelijk is of de kosten de doelstelling(en) rechtvaardigen.

- De Engelse regel

De wijze waarop de proceskosten worden verdeeld tussen de partijen behoort tot de meest essentiële kenmerken van de juridische infrastructuur. Zij beïnvloedt de toegang tot het gerechtelijk apparaat en het type van vorderingen dat voor de rechtbanken wordt gebracht (zwak/sterk). Uit het empirisch onderzoek van Snyder en Hughes lijkt te volgen dat de toegang tot het gerechtelijk apparaat bemoeilijkt wordt door de Engelse regel. Indien dit zo zou zijn, lijkt dit vooral problematisch voor zover sterke vorderingen ontmoedigd worden. Maar dit kan moeilijk geconcludeerd worden uit het onderzoek van Snyder en Hughes. Hun studie heeft immers enkel betrekking op zaken die officieel aanhangig werden gemaakt voor de rechtbanken (en waarin daarna eventueel geschikt werd). En die zaken zijn niet representatief voor het geheel van zaken (zie o.a. Priest en Klein, 1984). Meer specifiek zijn dat de zaken met een kwaliteit dicht bij de beslissingsstandaard. De echt sterke en zwakke zaken worden meestal voor enige formele initiatie geschikt. Het onderzoek van Snyder en Hughes moet dus aangevuld worden met een gelijkaardig onderzoek in de pre-processuele schikkingsfase om te weten te komen of de Engelse regel sterke vorderingen bemoeilijkt. Zonder (wetgevende) experimenten (zie verder), zijn de mogelijkheden om dit na te gaan beperkt. Men kan in een eerste fase via enquêtes nagaan of meer mensen, die nu niets ondernemen wanneer ze schade hebben geleden, toch iets zouden ondernemen mocht de verliezer voor een groter deel van de advocatenkosten opdraaien. Anderzijds zou men ook dienen na te gaan of mensen die nu wel iets ondernemen, minder geneigd zouden zijn dit te doen.

- Experimenten

Zoals boven gesteld was het oorspronkelijk de bedoeling om op beperkte schaal 'no cure no pay' toe te laten en na een evaluatie ervan tot een definitieve beslissing te komen. Recent echter werd dit opzets afgeblazen. Dit is jammer, aangezien de bestaande empirische literatuur het negatieve beeld van 'no cure no pay' niet bevestigt. Het meer algemene punt dat we hier willen benadrukken is dat zonder experimenten het aantal nuttige empirische onderzoeken beperkt is. Zoals boven reeds gesteld zijn internationaal vergelijkende onderzoeken problematisch, aangezien zeer veel kenmerken van de juridische infrastructuur een invloed hebben op eenzelfde maatschappelijke consequentie. Experimenteren met nationale wetgeving heeft als voordeel dat men kenmerk per kenmerk kan sleutelen aan het systeem en de gevolgen van elke wijziging afzonderlijk kan onderzoeken. Men kan op beperkte schaal aan kenmerken sleutelen op een moment dat weinig andere fundamentele veranderingen plaatsvinden. De sterkte van het onderzoek van Snyder en Hughes ligt hem in het feit dat de wijziging plaatsvond op een moment dat geen andere fundamentele wijzigingen gepland waren. Wanneer toch andere veranderingen op hetzelfde moment moeten gebeuren, kan men eventueel gedifferentieerde veranderingen aanbrengen, om meer zicht te krijgen op de invloed van elk kenmerk afzonderlijk. Bijvoorbeeld :

1 (Hogere of lagere) financiële grenzen voor hoger beroep : in internationaal vergelijkend perspectief is de invloed hiervan moeilijk te achterhalen. Men zou in Nederland kunnen de grenzen wijzigen voor een beperkt aantal type zaken en de invloed ervan nagaan. Indien terzelfdertijd andere wijzigingen moeten worden doorgebracht, kan men gedifferentieerde wijzigingen aanbrengen : verschillende financiële grenzen voor verschillende types

vorderingen.

2 Groter aantal rechters : men kan het aantal rechters verhogen voor bepaalde soorten zaken, en niet voor andere (bijvoorbeeld een verdubbeling voor type zaken I, plus 50 procent voor type zaken II, plus 25 procent voor type zaken III en geen toename voor type zaken IV tot X)

3 Engelse regel : een strengere Engelse regel zou kunnen worden ingevoerd voor een bepaald aantal type geschillen.

SUMMARY

AIM, LIMITATIONS AND METHOD

Aim. The goal of this report is to sharpen the relationship between characteristics of the legal infrastructure and social consequences on a scientific basis. On the basis of the report, areas where further theoretical and empirical research is needed should become clear.

Limitations. The focus lies on the legal infrastructure *sensu stricto* (enforcement, adjudication and execution, not substantive law). Because of the vastness of the literature, we mainly deal with issues of civil procedure. The comparative law paragraphs are limited to 3 traditions and 6 countries : the United States, England, France, Germany, Belgium and the Netherlands. The chosen characteristics are those that are important for a wide category of cases and that have been analysed extensively in the law and economics literature (rules determining who bears the costs of a trial, offers to settle, the degree of subsidizing trials, methods of support for financially weaker parties, regulation of payment methods for lawyers, discovery, the active role of the judge, whether appeal is allowed and limitations of appeal, formalism, rules against abuse of civil procedure, the number of judges, unitary versus sequential trials, precision of the law and time of precision, mediation

and rules concerning the execution of verdicts). The social consequences match the building bricks of the societal cost function : the costs per trial and settlement, the number of cases (settlements and trials) and the frequency of settlement (relative to trial), the duration of trials and settlements, the accuracy of trials and settlements, ex ante behaviour and economic growth.

Method. First we give a short summary of the basic principles of law enforcement, adjudication and execution. Then we do the same, but more elaborate, for the basic principles of civil procedure (Chapter 2). In Chapter 3 we give an elaborate synthesis of the relationships between the chosen legal characteristics and the social consequences that have been studied in the theoretical and economical literature. First we compare the laws in the six countries, then we consider the influence of every characteristic on each social consequence. In chapter 4, we draw our conclusions and give suggestions for further research.

THEORETICAL PRINCIPLES OF LAW ENFORCEMENT, ADJUDICATION AND EXECUTION

Assumption of rationality. We consider individuals as rational behaving actors that try to maximize their utility. For every alternative they weigh the respective costs and benefits and choose the alternative with the highest netto benefits.

Social goal. The legal infrastructure should minimize the sum of three types of costs : compliance costs, (expected) damages and enforcement costs. In principle, this goal can be accomplished by letting individuals pay for every cost attached to their behaviour (damages and enforcement costs). When the probability that the injurer will be caught is not 100 %, the sanction has to be adjusted by dividing the costs by that probability. Sometimes, non-financial, penal sanctions will be necessary. This will be the case when the expected sanctions that can be created with financial sanctions are relatively low in comparison with the harm that can be generated. Whether the government or private parties should enforce the law, depends crucially on whether private parties are naturally capable of identifying those that caused harm.

Models explaining the social consequences. 1. Some models consider the legal expenses of the parties as exogenous : they can not be influenced by the parties. In more realistic models, the legal expenses of the parties are considered endogenous : the parties can augment the probability that they will win by spending more resources (extra proof, extra arguments etc.). 2. A person will sue whenever the benefits (expected judgment) outweigh the (expected) costs. 3. If a person is prepared to sue, this does not necessarily imply a trial. The parties can settle too. There are five reasons why parties do not always settle : the parties estimates of what the judge will decide can diverge. The plaintiff can estimate his probability of winning higher than the defendant (relative optimism). Second, one of the parties can have more information than the other party (asymmetric information). Third, the parties can try to get a too large share of the settlement surplus (strategic behaviour). Fourth, under some payment schemes, a trial can be in the interest of the lawyer (principal-agent problem). Fifth, a party can have other interests than the amount at stake during the trial (external effects). 4. The duration of trials is partly within and partly outside the power of the parties. The waiting time depends on the proportion of judges relative to the number of incoming cases. The processing time increases with the expenses of the parties (more proof, arguments etc.). Frequently, one party has an incentive to stall proceedings so that the other party will forfeit or accept a low settlement amount. 5. The accuracy of a verdict depends on the effort of the judge and the parties. It is usually assumed that the accuracy increases when the parties spend

more resources. The accuracy of settlement amounts increases with the accuracy of verdicts. Parties settle in the shadow of the law. The relative bargaining strength of the parties also influences the accuracy of the settlement amount. 6. When parties decide whether they will comply with the substantive law, they choose for the alternative with the least total costs (sum of compliance costs, the part of the expected harm they think they will bear and expected trial and settlement costs). 7. Some empirical studies suggest a link between rules of civil procedure and economic growth.

RELATIONS AND CONCLUSIONS

After looking at the relationships between the characteristics and the consequences, it is clear that much theoretical and empirical research is still required. In the theoretical literature, there is a lack of research that examines the influence of combinations of characteristics for the social consequences. Some parts of the literature that focus on one specific characteristic still need improvement. Possibly, some basic models are still unexplored. There still is scope for fundamental insights. Empirical research is abundant (relative to the other two phases) for the trial phase. For the phase during which the parties negotiate before the formal initiation of a case and the phase during which the parties choose their ex ante behaviour, empirical research is rather rare.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Andrews, N., Abuse of process in English civil litigation. In : Taruffo, M. (red.), *Abuse of procedural rights : comparative standards of procedural fairness*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 370 p.

Aranson, P. H. Models of Judicial Choice as Allocation and Distribution in Constitutional Law. *Brigham Young University Law Review*, 1990, p. 794-826.

Arrow, K., Mnookin, R., Ross, L., Tversky, A. en Wilson, R. *Barriers to conflict resolution*, New York, Norton, 1995.

Ashenfelter, O. Arbitration Behavior. *American Economic Review. Papers and Proceedings*, 1987, 342-346.

Ashenfelter, O. Arbitration. In : P. Newman (red.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan, 1998, 88-93.

Asser, W.D.H. en Vranken, J.B.M. *Verantwoordelijk procederen*. Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 1999, 88 p.

Asser, W.D.H., Groen, H.A., Vranken, J.B.M. & Tzankova, I.N. *Een nieuwe balans. Interim-rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Ministerie van Justitie, 2003, 306 p.

Beardsly, J. Proof of fact in French civil procedure. *American Journal of Comparative Law*, 1986, 459 e.v.

Bebchuk, L. A. Litigation and Settlement Under Imperfect Information. *RAND Journal of Economics*, 1984, p. 404-415.

Bebchuk, L. A. Suing Solely to Extract a Settlement Offer. *Journal of Legal Studies*, 1988, p. 437-450.

Bebchuk, L. A. A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue. *Journal of Legal Studies*, 1996, p.1-25.

Bebchuk, L. A. Suits with Negative Expected Value. In : P. Newman (red.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan, 1998, p. 551-554.

Bebchuk, Lucian A., Chang, H. The Effect of Offer-of-Settlement Rules on the terms

of Settlement. *Journal of Legal Studies*, 1999, p. 489-513.

Becker, G. S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 1968, p. 169-217.

Beckner, C. en Katz, A. The incentive effects of litigation fee shifting when legal standards are uncertain. *International Review of Law and Economics*, 1995, p. 205-224.

Bendix, R. *Max Weber: An Intellectual Portrait*, New York, Doubleday, 1960.

Benson, B. L. Arbitration in the Shadow of the Law. In : Newman, P. (red.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan Press, 1998, 93-97.

Bernstein, L. Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, 1992, p. 115-157.

Bernstein, D. (1996), Procedural tort reform : lessons from other nations, beschikbaar via www.cato.org/pubs/regulation.

Blankenburg, E. Mobilisierung von recht. Über die wahrscheinlichkeit des gangs zum gericht, die chance des erfolgs und die daraus folgenden funktionen der justiz. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg. 1, Heft 1, 1980, p. 33-64.

Blankenburg, E. Access to justice and alternatives to courts : European procedural justice compared. *Civil Justice Quarterly*, 1995, p. 176-189.

Blankenburg, E. Civil justice : access, cost , and expedition. The Netherlands. In : Zuckerman, A.A.S. (red.), *Civil justice in crisis*, Oxford University Press, 1999, 442-463.

Block, M.K., Parker, J.S., Vyborna, O. en Dusek, L. An experimental comparison of adversarial versus inquisitorial procedural regimes. *American Law and Economics Review*, 2000, p. 170-179.

Block, M.K. en Parker, J.S. Decision Making in the Absence of Successful Fact Finding: Theory and Experimental Evidence on Adversarial Versus Inquisitorial Systems of Adjudication. *Intl Rev. L. & Econ*, 2004, p. 89 e.v.

Botero, J. La Porta, R. Lopez-de-Silanes, F. Shleifer, A. en Volokh, A. Judicial reform. *The World Bank Research Observer*, 2003.

Bourlet, A. *Justitie in cijfers 2004*, online verkrijgbaar op de website van de Federale Overheidsdienst Justitie (www.just.fgov.be), 2004.

Braeutigam, R., Owen, B. en Panzar, J. An economic analysis of alternative fee shifting systems. *Law and Contemporary Problems*, 1984, p.173-185.

Brown, J., Ayres, I. Economic rationales for mediation. *Virginia Law Review*, 1994, p.323-401.

Bruggman, P. Reducing the Costs of Civil Litigation. Discovery Reform. Public Law Research Inst., (www.uchastings.edu/prli/fal95tex/discov.html), 1995.

Bruinsma, F. *De Hoge Raad van onderen*. Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999.

Brunetti, A., Weder, B. Political Sources of Growth: A Critical Note on Measurement. *Public Choice*, 1995, p. 125–34.

Cadiet, L. Civil justice reform : access, cost, and delay. The French perspective. In : Zuckerman, A.A.S. (red.), *Civil justice in crisis*, Oxford University Press, 1999, 291-346.

Castelar Pinheiro, A. Economic Costs of Judicial Inefficiency in Brazil. Final Report to the Tinker Foundation. Instituto de Estudos Economicos, Sociais e Politicos de São Paulo, 1998.

Chen, K.P., Chien, J.K. en Chu, C.Y. Sequential versus unitary trials with asymmetric information. *Journal of Legal Studies*, 1997, p. 239-58.

Chiarloni, S. Civil justice and its paradoxes : an Italian perspective. In : Zuckerman, A.A.S. (red.), *Civil justice in crisis*, Oxford University Press, 1999, 263-290.

Chung, T.-Y. Settlement of litigation under Rule 68 : an economic analysis. *Journal of Legal Studies*, 1996, p.261-286.

Clague, C., Keefer, P., Knack, S. en Olson, M. Contract-Intensive Money: Contract

Enforcement, Property Rights, and Economic Performance. Working Paper 151. Center for Institutional Reform and the Informal Sector, University of Maryland, College Park, 1995.

Clermont, K.M. and Currivan, J.D. Improving the Contingent Fee. *Cornell Law Review*, 1978, p. 529-599.

Combrink-Kuiters, L., Niemeijer, E. en ter Voert, M. Ruimte voor mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand. Den Haag, Ministerie van Justitie, WODC, Onderzoek en Beleid, nr. 210.

Committee for Economic Development . *Breaking the litigation habit : economic incentives for legal reform*, 2000.

Cooter, R., Marks, S., Mnookin, R. Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior. *Journal of Legal Studies*, 1982, p. 225-251.

Cooter, R. The Objectives of Private and Public Judges. *Public Choice*, 1983, p. 107-132.

Cooter, R., Rubinfeld, D. Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of economic literature*, 1989, p. 1067-1097.

Cooter, R., Rubinfeld, D. Trial Courts : An Economic Perspective. *Law and Society Review*, 1990, p. 533-546.

Cooter, R., Rubinfeld, D. L. An Economic Model of Legal Discovery. *Journal of Legal Studies*, 1994, p. 435-63.

Cooter, R. D. Law and Unified Social Theory. *Journal of Law and Society*, 1995, p. 50-67.

Cooter, R. en Ulen, T. *Law and Economics*. New York, Addison, Wesley en Longman, 2000.

Cornell, B. The incentive to sue : an option pricing approach. *Journal of Legal Studies*, 1990, p. 173-187.

Cousins, M. The politics of legal aid. *Civil Justice Quarterly*, 1994, p. 111-132.

Cumming, D. Settlement disputes : evidence from a legal practice perspective. *European Journal of Law and Economics*, 2001, p. 249-280.

Dakolias, M. *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of Reform*. Technical Paper 319, Washington, D.C., World Bank, 1996.

Damaska, M. Adversary system. In : S. Kadish (red.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, NY, Macmillan Publishing, 1984.

Dana, J., Spier, K. Expertise and Contingent Fees: The Role of Asymmetric Information in Attorney Compensation. *Journal of Law, Economics and Organization*, 1993, p.349-367.

Danzon, P.M. Contingency Fees for Person Injury Litigation. *Bell Journal of Economics*, 1983, p. 213-224.

Danzon, P., Lillard, L. Settlement Out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims. *Journal of Legal Studies*, 1983, p. 345-357.

De Vaan, L.A.C. No cure no pay in de praktijk; de V.S. versus Nederland. *Nederlands Juristenblad* 44, 2002, p. 2174- 2182.

Djankov, S., La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A. Courts. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 118, 2003, 453-517.

Daughety, A. F. Settlement. In : B. Bouckaert en G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 5:95-158.

Devlin, R. A. Liability versus no-fault automobile insurance regimes: An analysis of the experience in Quebec. In : G. Dionne (red.), *Contributions to Insurance Economics*, Norwell MA, Kluwer Academic Publishers, 1992.

Dewatripont, M., Tirole, J. Advocates. *Journal of Political Economy*, 107(1), 1999, p. 1-39.

Duve, C., Sander, F. Mandatory versus voluntary mediation. In: Ministry of Justice, The Netherlands (red.), *Mediation, the alternative, conference book, international conference on mediation*, Den Haag, ministerie van Justitie, 1999, p. 14-18.

Eisenberg, T. Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Tests. *Journal of Legal Studies*, 1990, p. 337-58.

Ellickson, R. C. *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.

Ellickson, R. C. Comment on Contracting, Enforcement, and Efficiency: Economics beyond the Law, by Avner Greif. In : Michael Bruno en Boris Pleskovic (red.), *Annual World Bank Conference on Development Economics 1996*, Washington, D.C., World Bank, 1997.

Emons, W., Garoupa, N. The Economics of US-style Contingent Fees and UK-style Conditional Fees. Discussion paper 04.07, University of Bern (2004), [http://www-vwi.unibe.ch/theory/papers/emons/confee.pdf](http://www.vwi.unibe.ch/theory/papers/emons/confee.pdf), 2004.

Epstein, L. en King, G. The rules of inference. *The University of Chicago Law Review*, 2002, p. 1-133.

Fafchamps, M. The Enforcement of Commercial Contracts in Ghana. *World Development*, 24, 1996, p. 427-48.

Farmer, A., Pecorino, P. A reputation for being a nuisance : frivolous lawsuits and fee shifting in a repeated play game. *International Review of Law and Economics*, 1998, p. 147-157.

Faure, M. A selection of empirical socio-economic research with respect to the functioning of legal rules and institutions in Belgium and the Netherlands. *European Journal of Law and Economics*, 2001, p. 207-248.

Fix-Fierro, H. *Courts, Justice & Efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication.* Oxford, Hart publishing, 2003, 268 p.

Fournier, G., Zuehlke, T. The timing of out of court settlements, *RAND Journal of Economics*, 1996, p. 310-321.

Freudenthal, M. *Incassoprocedures. Opzet van een Nederlandse Incassoprocedure met empirische en rechtsvergelijkende aantekeningen.* Deventer, Kluwer, 1996.

Froeb, L. Adverse Selection of Cases for Trial. *International Review of Law and Economics* 13, 1993, p. 317-24.

Froeb, L., Kobayashi, B. Naïve, biased, yet Bayesian : can juries interpret selectively produced evidence? *Journal of Law, Economics and Organization* 12, 1996, p. 257-277.

Froeb, L., Kobayashi, B. Evidence Production in Adversarial vs. Inquisitorial Regimes, *ECONOMIC LETTERS*, Vol. 70, 2001, p. 267-272.

Galanter, M. Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, 1974, p. 95-160.

Geldof, W., Claessens, B. Advocatenhonoraria : vergoedbare schade? Nieuw Juridisch Weekblad, 2002.

Genn, H. *Hard Bargaining: Out of Court Settlement in Personal Injury Actions*, Oxford, England, Clarendon Press, 1987.

Giménez, I. Civil justice in Spain : present and future. Access, cost, and duration. In : Zuckerman, A.A.S. (red.), *Civil justice in crisis*, Oxford University Press, 1999, 385-412.

Glaeser E., Shleifer, A. Legal Origins. *The Quarterly Journal of Economics*, 2002, nr. 4, 1193-1230.

Glendon, M.A., Gordon, M.W. en Osakwe C. *Comparative legal traditions*. St. Paul, Minn., West Group, 1994.

Gong, J. en McAfee, R. Pre-trial negotiation, litigation and procedural rules. *Law and Contemporary Problems*, 38(2), 2000, p. 218-238.

Goodman, John C. An Economic Theory of the Evolution of the Common Law. *Journal of Legal Studies*, 1978, p. 393-406.

Gottwald, P. Civil justice reform : access, cost, and expedition. The German perspective. In : Zuckerman, A.A.S. (red.), *Civil justice in crisis*, Oxford University Press, 1999, 207-234.

Gould, J. P. The Economics of Legal Conflicts. *Journal of Legal Studies*, 1973, p. 279-300.

Gravelle, H. The efficiency implications of cost shifting rules. *International Review of Law and Economics* 13, 1993, p. 3-18.

Gravelle, H., Waterson, M. No Win, No Fee: Some Economics of Contingent Legal Fees. *Economic Journal*, 1993, p. 1205-1220.

Gray, A. Legal aid. In : P. Newman (red.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan, 1998, 521-524.

Halpern, P. J. , Turnbull, S.M. Legal Fees Contracts and Alternative Cost Rules: An

Economic Analysis. *International Review of Law and Economics*, 1983, p. 3-26.

Hasebe, Y. Civil justice reform : access, cost, and expedition. The Japanese perspective. In : Zuckerman, A.A.S. (red.), *Civil justice in crisis*, Oxford University Press, 1999, 235-262.

Hause, J. Indemnity, settlement and litigation, or, Ill be suing you. *Journal of Legal Studies*, 18 (1), 1989, p.157-179.

Hay, B. Civil Discovery: Its Effect and Optimal Scope. *Journal of Legal Studies* 23 , 1994, p. 481–515.

Hay, B. Effort, information, settlement trial. *Journal of Legal Studies*, 1995, p. 29-62.

Hay, B. L. Contingent Fees and Agency Costs. *Journal of Legal Studies*, 1996, 503-533.

Hay, B.L., Spier, K. Settlement of litigation. In : P. Newman (red.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan, 1998, 442-450.

Hazard, G.C., Abuse of procedural rights : a summary view of the Common Law systems. In : Taruffo, M. (red.), *Abuse of procedural rights : comparative standards of procedural fairness*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999.

Heise, M. The importance of being empirical. *Pepperdine Law Review*, 1999, 807 e.v.

Helland, E., Tabarrok, A. Runaway judges ? Selection effects and the jury. *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 16, nr. 2, 2000, 306 e.v.

Helland, E., Tabarrok, A. Contingency Fees, Settlement Delay and Low-Quality Litigation: Empirical Evidence from Two Datasets. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 2003, p. 517-542.

Hensler, D. *What we know and dont know about court-administered arbitration*. Institute of Civil Justice Report No. N-2444-JCT, Santa Monica, Ca., The RAND Corporation, 1986.

Hensler, D. *Court-ordered arbitration : an alternate view*. Institute of Civil Justice, Santa Monica, Ca., The RAND Corporation, 1992.

Hersch, P. Indemnity, Settlement, and Litigation : comment and extension. *Journal of Legal Studies*, 1990, p. 235-241.

Herzog, P. *Civil procedure in France*. Den Haag, Nijhoff, 1967.

Heyes, A., Rickman, N. & Tzavara, D. Legal expenses insurance and risk aversion in litigation, *International Review of Law and Economics*, 2002, 107-119.

Higgins, R.A., Rubin, P. H. Judicial Discretion. *Journal of Legal Studies*, 1980, 129-138.

Hirschman, A.O. The On-and-Off Connection between Political and Economic Progress. *American Economic Review* 84, 1994, p. 343-48.

Holzhauser, R.W., Teijl, R. et al. *Inleiding Rechtseconomie*. Arnhem, Gouda Quint, 1995.

Hughes, J. en Snyder, E. Litigation and settlement under the English and American Rules : Theory and Evidence. *Journal of Law and Economics*, 1995, p. 225-250.

Hughes, J. en Savoca, E. Measuring the effect of legal reforms on the longevity of medical malpractice claims. *International Review of Law and Economics*, 1997, p. 261-273.

Hyde, C.E., Williams, P.L. Necessary costs and expenditure incentives under the English rule. *International Review of Law and Economics*, 2002, p. 133-152.

Hylton, K.N. Asymmetric Information and the Selection of Disputes for Litigation. *Journal of Legal Studies*, 1993, p. 187-210.

Hylton, K.N. An Asymmetric Information Model of Litigation. *International Review of Law and Economics*, 2002, p. 153 e.v.

Jagtenberg, R. en De Roo, A. *Ruimte voor mediation. Een onderzoek naar de praktijk van mediation in de justitiële infrastructuur in de ons omringende landen*. Den Haag, Ministerie van Justitie, WODC, 2003.

Jettinghof, A, Langerwerf, E. Over rechters en rechtbanken. In : A. Hoekema en J. Van Houtte (red.), *De rechtssociologische werkkamer*, Deventer, Kluwer, 1982, p. 15-40.

Johnston, J.S. Law, economics and Post-Realist explanation. *Law and Society Review*, vol. 24, 1990, p. 1217-1254.

Kakalik, J., Dunworth, T., Hill, L.A., McCaffrey, D., Oshiro, M., Pace, N.M., Vaiana, M.E. *An evaluation of mediation and early neutral evaluation under the civil justice reform act*, Santa Monica, RAND Institute, 1996.

Kakalik, J. S. Just, Speedy, and Inexpensive? An Evaluation of Judicial Case Management under the Civil Justice Reform Act. *Alabama Law Review* 49, 1997, p. 17-49.

Kakalik, J., Hensler, D., McCaffrey, D., Oshiro, M., Pace, N. en Vaiana, M. Discovery management : further analysis of the civil justice reform act evaluation data. *Boston Coll. L. Rev.*, 1998, p. 637 e.v.

Kaplan, B., Clermont, M. I. England and the Unites States. In : *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XVI, Civil Procedure, Chapter 6, Ordinary proceedings in fist instance*, Nijhoff, 1985.

Kaplow, L. Rules versus standards : an economic analysis. *Duke Law Journal*, 1992, p. 557-629.

Kaplow, L. A model of the optimal complexity of legal rules. *Journal of Law, Economics and Organization*, 1995, p. 150-163.

Katz, A. Measuring the demand for litigation : Is the English rule really cheaper? *Journal of Law, Economics, and Organisation*, 3(2), 1987, p. 143-176.

Katz, A. Judicial decision making and litigation expenditure. *International Review of Law and Economics*, 8, 1988, p.127-143.

Katz, A. Indemnity of legal fees. In : B. Bouckaert en G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 63-94.

Keijser, E.J.A. and Tjoen-Tak-Sen, K.G. Toch een onstuitbare opmars van het civiele kort geding? *Nederlands Juristenblad*, 1989, p. 1446-1449.

Kerameus, K.D., Koussoulis, S. Civil justice reform : access, cost and delay. In : Zuckerman, A.A.S. (red.), *Civil justice in crisis*, Oxford University Press, 1999, 363-384.

Kessler, D., Meites, T., Miller, G.P. Explaining Deviations from the Fifty Percent Rule: A Multimodal Approach to the Selection of Cases for Litigation. *Journal of Legal Studies* 25, 1996, p. 233–59.

Kessler, D. Institutional causes of delay in the settlement of legal disputes. *Journal of Law, Economics and Organization*, 1996, p. 432-460.

Kim, J.-Y., Ryu, K. Sanctions in pre-trial discovery. *European Journal of Law and Economics*, 2002, p. 45-60.

Klijn, A. en van Leeuwen, S. *De toegevoegde kwaliteit*. Den Haag, Ministerie van Justitie, WODC, 1996.

Klijn, A., van der Schaaf, J., Paulides, G. *De rechtsbijstandsubsidie herzien. Een evaluatie van de toegangsregulering in de Wet op de Rechtsbijstand*. Den Haag, Ministerie van Justitie, WODC, 1998, Onderzoek en Beleid, 183.

Knack, S., Keefer, P. Institutions and Economic Performance: Cross Country Tests Using Alternative Institutional Measures. *Economics and Politics* 7, 1995, p. 207–27.

Kobayashi, B.H., Lott, J.R., Jr. In Defense of Criminal Defense Expenditures and Plea Bargaining. *International Review of Law and Economics*, 1996, p. 397-416.

Kornhauser, L.A. , Sager, L.G. Unpacking the Court, *Yale Law Journal*, 1996, p. 82-117.

Kornhauser, L.A. Modeling Collegial Courts I: Path Dependence. *International Review of Law and Economics*, 1992a, p. 169-85.

Kornhauser, L.A. Modeling Collegial Courts. II. Legal Doctrine. *Journal of Law, Economics and Organization*, 1992b, p. 441-70.

Kornhauser, L.A. Adjudication by a Resource-Constrained Team: Hierarchy and Precedent in a Judicial System. *Southern California Law Review*, 1995, p. 1605 e.v.

Kötz, H. Civil justice systems in Europe and the United States. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, No. 3, 2003, 61-78.

Kremer, M., Rehbock, E. Discovery en andere wegen der (ge)lijdelijkheid. *Ars Aequi*, 1998, p. 448 e.v.

Kritzer, H.M., Felstiner, W.L.F., Sarat, A. en Trubek, D.M. The impact of fee arrangement on lawyer effort. *Law and Society Review* 19, 1985, p. 251-278.

Kritzer, H.M. Contingency Fee Lawyers as Gatekeepers in the American Civil Justice System. *Judicature* 81, 1987, p. 22-29.

Kritzer, H.M. The Wages of Risk: The Returns of Contingency Fee Legal Practice. *DePaul University Law Review* 47, 1998, p. 267-319.

Kritzer, H.M. Contingent-Fee Lawyers And Their Clients: Settlement Expectations and Settlement Realities. *Law & Social Inquiry* 23 , 1998, p. 795-821.

Landes, W.M. An Economic Analysis of the Courts. *Journal of Law and Economics*, 1971, p. 61-107.

Landes, W.M., Posner, R.A. Adjudication as a Private Good. *Journal of Legal Studies*, 1979, p. 235-284.

Landes, W.M., Posner, R.A. Legal Change, Judicial Behavior and the Diversity Jurisdiction. *Journal of Legal Studies*, 1980, p. 367 e.v.

Landes, W. Sequential versus unitary trials : an economic analysis. *Journal of Legal Studies* 22, 1993, p. 99-134.

Langbein, J. The German advantage in civil procedure. *University of Chicago Law Review*, 1985, 823-866.

Langerwerf, E., Van Loon, F., De rechtbanken in de jaren 70 : Een explosie van zaken ?

La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer en Vishny The quality of government. *The Journal of Law, Economics and Organization*, 1999, 222-279.

Lew, J. *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards.* Dobbs Ferry. New York, Oceana Publications, 1978.

Long, S. en Swingen, J. The role of legal complexity in shaping taxpayer compliance. In : J. van Koppen, D. Hessing en G. Van den Heuvel, *Lawyers on psychology and psychologists on law*, Lisse, Swets en Zeitlinger, 1988.

Mahoney, P. The Common Law and Economic Growth: Hayek Might be Right. *Journal*

of Legal Studies, 2001, p. 503 e.v.

Malsch, M. Advocaten voorspellen de uitkomst van hun zaken. Amsterdam/Lisse, Swets en Zeitlinger, 1990, p. 42 e.v.

Marcus, R. Retooling American Discovery for the 21st century : towards a new world order ? In : Taruffo, M. (red.), *Abuse of procedural rights : comparative standards of procedural fairness*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 370 p.

Marcus, R. Malaise of the litigation superpower. In : Zuckerman, A.A.S. (red.), *Civil justice in crisis*, Oxford University Press, 1999, 71-116.

Marques, M.M.L., Gomes, C. en Pedroso, J. The Portugese system of civil procedure. In : Zuckerman, A.A.S. (red.), *Civil justice in crisis*, Oxford University Press, 1999, 413-441.

Mauro, P. Corruption and Growth. *Quarterly Journal of Economics* 110, 1995, p. 681-721.

Meier, I. Swiss civil justice : with an emphasis on the laws of the Canton Zurich. In : Zuckerman, A.A.S. (red.), *Civil justice in crisis*, Oxford University Press, 1999, 464-485.

Mercier, V. , McKenney, D. Obtaining evidence in France for use in United States litigation. *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2, 1994, p. 91 e.v.

Messick, R. Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues. *World Bank Research Observer* 14(1), 1999, p. 117-36.

Miceli, T.J., Segerson, K. Contingent Fees for Lawyers: The Impact on Litigation and Accident Prevention. *Journal of Legal Studies*, 1991, p. 381-399.

Miceli, T.J. Do Contingent Fees Promote Excessive Litigation? *Journal of Legal Studies*, 1994, p. 211-224.

Miceli, T.J. Settlement Delay as a Sorting Device. *International Review of Law and Economics*, 1999, p. 265-274.

Michalik, P. Justice in crisis : England and Wales. In : Zuckerman, A.A.S. (red.), *Civil justice in crisis*, Oxford University Press, 1999, 117-166.

Michel, J.F. European litigation procedure : comparative notes.

<http://www.businessandlaw.be/article37.html>, 2002.

Milgrom, P. en Roberts, J. Relying on the information of interested parties. *RAND Journal of Economics* 17, 1986, p. 18-32.

Miller, G.P. An economic analysis of Rule 68. *Journal of Legal Studies*, 1986, p. 93-125.

Miller, G.P. Some agency problems in settlement. *Journal of Legal Studies*, 1987, p. 189-215.

Miller, G.P. The Legal-economic analysis of comparative civil procedure. *American Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 45, nr. 3.

Mnookin, R.H. Why negotiations fail : an exploration of barriers to the resolution of conflict. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1993, p. 235-49.

Mnookin, R.H. Alternative dispute resolution. In : P. Newman (red.), *The New Palgrave Dictionary of Law and Economics*, London, Macmillan, 1998, 56-60.

Nalebuff, B. Credible Pretrial Negotiation. *Rand Journal of Economics* 18, 1987, p. 198-210.

Niemic, R. *Mediation & conference programs in the Federal Court of Appeals. A sourcebook for judges and lawyers*, z.pl., Federal Judicial Center, 1997.

North, D. C. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Cambridge, U.K., Cambridge University Press, 1990.

Olson, W. Sue city : the case against the contingency fee. *Policy Review*, 1991.

Osborne, E. Who should be worried about asymmetric information in litigation? *International Review of Law and Economics*, 1999, p. 399-409.

Parisi, F. Rent-seeking through litigation : adversarial and inquisitorial systems compared. *International Review of Law and Economics*, 2002, 193-216.

Parker, J.S., Kobayashi, B.H. Evidence. In : B. Bouckaert en G. De Geest (red.), *The Bibliography of Law and Economics*, Cheltenham, UK, Edward Elger, 2000, 290-306.

Pfennigstorf, W. The European experience with attorney fee-shifting. *Law and Contemporary Problems*, 47, 1984, p. 37-124.

Pistor, K. Law Meets the Market: Matches and Mismatches in Transition Economies. Background paper prepared for *World Development Report 1996: From Planto Market*, 1995.

Plapinger, E., Stienstra, D. *ADR and settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges and lawyers*. A joint project of the Federal Judicial Center and the CPR Institute for dispute resolution, 1996.

Png, I.P.L. Strategic Behavior in Suit, Settlement, and Trial. *Bell Journal of Economics*, 1983, p. 539-550.

Polinsky, A., Shavell, S. The optimal trade-off between the probability and magnitude of fines. *American Economic Review*, 1979, p. 880-891.

Polinsky, A., Shavell, S. The optimal use of fines and imprisonment. *Journal of Public Economics*, 1984, p. 89-99.

Polinsky, A., Shavell, S. Enforcement costs and the optimal magnitude and probability of fines. *Journal of Law and Economics*, 1992, p. 133-148.

Polinsky, A., Rubinfeld, D. The deterrent effects of settlements and trials. *International Review of Law and Economics*, 1988, p. 109-116.

Polinsky, A., Che, Y-K Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation. *Rand Journal of Economics*, 1992, p. 562-570.

Polinsky, A., Shavell, S. Public Enforcement of Law. In : Bouckaert, B. en De Geest, G. (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, vol. V, p. 307-344.

Polinsky, A. Private versus public enforcement of fines. *Journal of Legal Studies*, 1980, p. 105-127.

Polinsky, M., Rubinfeld, D. Aligning the interests of lawyers and clients. *American Law and Economics Review*, 2003, p. 165-188.

Posner, R.A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *Journal of Legal Studies*, 1973, p. 399-458.

Posner, R.A. *The Federal Courts: Crisis and Reform*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

Posner, R.A. *Economic analysis of law*, vierde editie, Boston, Little, Brown & Company, 1992.

Posner, R.A. *Overcoming Law*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995.

Posner, R.A. Creating a Legal Framework for Economic Development. *The World Bank Research Observer* 13, 1998, p. 1–13.

Posner, R.A. An Economic Approach to the Law of Evidence. *Stanford Law Review*, 1999, p. 1477 e.v.

Prais, V. Legal expenses insurance. In : A. Zuckerman en R. Cranston (red.), *Reform of Civil Procedure*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 431 e.v.

Prichard, J. A Systematic Approach to Comparative Law: The Effect of Cost, Fee, and Financing Rules on the Development of the Substantive Law. *Journal of Legal Studies*, 1988, p. 451-75.

Priest, G.L. Regulating the content and volume of litigation : an economic analysis. *Supreme Court Economic Review*, 1982, p. 163-183.

Priest, G.L. and Klein, B. The Selection of Disputes for Litigation. *Journal of Legal Studies*, 1984, p. 1-55.

Priest, G.L. Measuring Legal Change. *Journal of Law, Economics and Organization*, 1987, p. 193-226.

Priest, G.L. Private litigants and the court congestion problem, *B.U.L. rev.*, 1989, p. 527 e.v.

Rechberger, W.H., Klicka, T. *Procedural law on the treshold of a new millennium*. Wenen, Center for Legal Competence, International Association of Procedural Law, 2002.

Reinganum, J., Wilde, L. Settlement and litigation and the allocation of litigation costs. *RAND Journal of Economics*, 1986, p. 557-566.

Reynolds, R. A., Rizzo, J. A., Gonzalez, M. L. The cost of medical

professional liability. *Journal of the American Medical Association*, 1987, p. 2776—2781.

Romer, P. Increasing returns and long term growth. *Journal of Political Economy*, 1986, 1002-1037.

Rose-Ackerman, S. en Geistfeld, M. The divergence between social and private incentives to sue : a comment on Shavell, Menell and Kaplow. *Journal of Legal Studies*, 1987, p. 483-491.

Rosenberg, D. en Shavell, S. A model in which suits are brought for their nuisance value. *Journal of Legal Studies*, 1985, p. 113-120.

Rottleuthner-Lutter, M., Rottleuthner, H. Evaluation der ZPO-Vereinfachungs novelle. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jhg 10, Heft 1, 1989, p. 28-49.

Rubin, P.H. Why is the Common Law Efficient? *Journal of Legal Studies*, 1977, p. 51-63.

Rubin, E.L. The Nonjudicial Life of Contract: Beyond the Shadow of the Law. *Northwestern University Law Review*, 1995, p. 107-131.

Rubinfeld, D. Discovery. In : P. Newman (red.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, MacMillan, 1998, 609-614.

Schlesinger, R.N., Baade, H.W., Herzog, P.E. en Wise, E.M. *Comparative Law*. New York, Foundation Press, 1998.

Schwartz, M.L. en Mitchell, D.J.B. An economic analysis of the contingent fee in personal injury litigation. *Stanford Law Review* 22, 1970, p. 1125-1162.

Schwartz, G.T. Reality in the economic analysis of tort law : does tort law really deter ? *UCLA L. Rev.*, 1994, p. 377 e.v.

Scotchmer, S. en Rubinfeld, D. Contingency fees for attorneys : an economic analysis. *RAND Journal of Economics* 24, 1993, p. 343-356.

Shavell, S. Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs. *Journal of Legal Studies*, 1982, p. 55-81.

Shavell, S. Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent. *Columbia Law Review*, 1985, p. 1232-1262.

Shavell, S. The optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent. *American Economic Review*, 1987, p. 584-592.

Shavell, S. Specific versus general enforcement of law. *Journal of Political Economy*, 1991, p. 1088-1108.

Shavell, S. The optimal structure of law enforcement. *Journal of Law and Economics*, 1993, p. 255-287.

Shavell, S. Suits versus Settlement when Parties Seek Nonmonetary Judgments. *Journal of Legal Studies*, 1993, p. 1-13.

Shavell, S. Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis. *Journal of Legal Studies*, 1995, p. 1-28.

Shavell, S. The appeals process as a means of error correction. *Journal of Legal Studies*, 1995, p. 379-426.

Shavell, S. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, 1997, p. 575-612.

Shavell, S. The level of litigation : private versus social optimality of suit and of settlement. *International Review of Law and Economics*, 1999, p. 99-115.

Shavell, S. *Foundations of economic analysis of law*. Harvard University Press, 2004, 768 p.

Shepherd, G. An Empirical Study of the Economics of Pretrial Discovery. *International Review of Law and Economics*, 1999, 245-263.

Sheppard, B.H., Vidmar, N. Adversary pretrial procedures and testimonial evidence : effect of lawyers role and Macchiavellianism. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1980, p. 320-332.

Sherwood, R. Judicial Systems and National Economic Performance. Paper delivered at the Inter-American Development Banks Second Annual Conference on Justice and Development in Latin America and the Caribbean, Montevideo, Uruguay. Processed. Spanish version, Sistema Judicial y Desarrollo Económico. In Emundo Jarquin and Fernando Carrillo, eds., *La Economía Política de la Reforma Judicial*. Inter-American Development Bank, 1995.

Sherwood, R., Shepherd, G., de Souza, C.M. Judicial Systems and Economic Performance. *The Quarterly Review of Economics and Finance* 34 (Special Issue), 1994, p. 101-116.

Shin, H.S. Adversarial and inquisitorial procedure in arbitration. *RAND journal of Economics*, 26(2), 1998, p. 378-405.

Slemrod, J. Complexity, compliance costs, and Tax Evasion. In : Roth, J.A. en Scholz, J.T. (red.), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1989, p. 156-181.

Snyder, E.A., Hughes, J.W. The English Rule for Allocating Legal Costs : Evidence Confronts Theory. *Journal of Law, Economics and Organization*, 1990, p. 345-380.

Solow, R. A contribution to the theory of economic growth. *Quarterly Journal of Economics*, 1956, 65-94.

Solow, R. Technical change and the aggregate production function. *Review of Economics and Statistics*, 1957, 312-320.

Spier, K. The Dynamics of Pretrial Negotiation. *Review of Economic Studies*, 1992, p. 93-108.

Spier, K. Pre-trial bargaining and the design of fee-shifting rules. *RAND Journal of Economics*, 1994, p. 197-214.

Spier, K. Settlement bargaining and the design of damage awards. *Journal of Law, Economics and Organization*, 1994, p. 84-95.

Spurr, S. The duration of litigation. *Law and Policy*, Vol. 19, 1997, p. 285- 316.

Taelman, P. Abuse of procedural rights : regional report for Belgium-The Netherlands. In : Taruffo, M. (red.), *Abuse of procedural rights : comparative standards of procedural fairness*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999.

Taruffo, M. *Abuse of procedural rights : comparative standards of procedural fairness*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999.

Theeuwes, J., van Velthoven, B. Een economische visie op de ontwikkeling van criminaliteit. *Justitiële Verkenningen*, 1994, p. 42-65.

Thibaut, J.W., Walker, L. *Procedural Justice : a psychological analysis*. Hillsdale, H.J., Laurence Erlbaum Associates, 1975.

Thomason, T. Are attorneys paid what they're worth ? Contingent fees and the settlement process. *Journal of Legal Studies* 20, 1991, p. 187-223.

Trakman, L.E. *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*. Littleton, Colo., Fred B. Rothman and Company, 1983.

Trubek, D. Studying courts in context. *Law and Society Review*, no 3-4, 1980-81, p. 485-501.

Trubek, D., Grossman, J., Felstiner, W., Kritzer, H., Sarat, H. *Civil Litigation Research Project. Final Report*. Madison, Wis., Institute for Legal Studies, 1983.

Tullock, G. On Effective Organization of Trials. *Kyklos*, 1975, p. 745-762.

Tullock, G. *Trials on trial*. New York, Columbia University Press, 1980.

Ulen, T. A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law. *University of Illinois Law Review*, 2002.

Van den Reek, W. *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*. Deventer, Tjeenk Willink, 1997.

Van der Torre, A., van Tulder, F. *Een model voor de strafrechtelijke keten*. Den Haag, Sociaal en Cultureel Planbureau, 2001.

Van Loon, F., Langerwerf, E. en Wouters, Y. De partijenconfiguratie in burgerlijke rechtszaken in eerste aanleg. *Rechtskundig Weekblad*, 1990-1991, p. 209-218.

Van Tulder, F. en Janssen, S. De prijselasticiteit van het recht. *Economische Statistische berichten*, 1988, p. 19-22.

Van Velthoven, B.C.J., Van Wijck, P.W. et al. *Recht en Efficiëntie*. Deventer, Kluwer, 1997, 337 p

Van Wijck, P.W., Van Velthoven, B.C.J. An economic analysis of the American and the Continental rule for allocating legal costs. *European Journal of Law and Economics*, 2000, p. 115-125.

Van Velthoven, B.C.J., Van Wijck, P.W. Legal cost insurance and social welfare. *Economic Letters*, 2001, p. 387-396.

Van Velthoven, B.C.J. *Civiele en administratieve rechtspleging in Nederland 1951-2000, deel 1; tijdreeksdata*, 2002.

Van Velthoven, B.C.J. *Civiele en administratieve rechtspleging in Nederland 1951-2000, deel 2; tijdreeksanalyse*, 2002.

Van Velthoven, B.C.J. en ter Voert, M.J. *Geschilbeslechtingsdelta 2003*. Den Haag, Ministerie van Justitie, WODC, 2004, Onderzoek en Beleid, nr. 219.

Van Zeeland, C.M.C. en Barendrecht J.M. *Gefinancierde rechtsbijstand vergeleken*. Tilburg, Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, 2003.

Von Mehren, A. T. Some comparative reflections on first instance civil procedure : recent reforms in German civil procedure and in the Federal Rules. *Notre Dame Law Review*, 1988, nr. 63, 609 e.v.

Waldfoegel, J. The selection hypothesis and the relationship between trial and plaintiff victory. *Journal of Political Economy*, 1995, p. 229-260.

Waldfoegel, J. Selection of cases for trial. In : P. Newman (red.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Londen, Macmillan, 1998, 419-424.

Weder, B. Legal Systems and Economic Performance: The Empirical Evidence. In : Rowat, M., Malik, W. en Dakolias, M. (red.), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, Washington, World Bank Technical Paper 280, 1995.

Weiler, P. C., Hiatt, H. H., Newhouse, J. P., Johnson, W. G., Brennan, T. A. &

Leape, L. *A Measure of Malpractice: Medical Injury, Malpractice Litigation and Patient Compensation*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1993.

Williamson, O.E. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics*, 1979, p. 233-261.

Williamson, O.E. The Institutions and Governance of Economic Development and Reform. In : M. Bruno en B. Pleskovic (red.), *Proceedings of the Annual World Bank Conference on Development Economics 1994*, Washington, D.C., World Bank, 1995.

Wissler Court-Connected Mediation in General Civil Cases : What We Know from Empirical research. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2002, p. 641.

World Bank. *World Development Report 1997: The State in a Changing World*. New York, Oxford University Press, 1997.

Würfel, J. Verspätete Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz. *N.J.W.*, 1992, p. 543.

X. *Les chiffres clés de la justice*, online in te zien op de website van de Direction de l'Administration générale et de l'équipement, 2003.

X. *Jaarverslag van de Raad voor de Rechtspraak 2003*, ook op internet verkrijgbaar op de website van de Raad voor de Rechtspraak, 2003.

Zeisel en Callahan. Trials and time saving : a statistical analysis. *Harv. L. Rev.*, 1967, p. 1606 e.v.

Zuckerman, A.A.S. *Civil justice in crisis*. Oxford University Press, 1995, 485 p.

Zweigert, K. en Kötz, H. *An introduction to comparative law*. Oxford, Clarendon Press, 1996, 714 p.

BIJLAGE 1 : SAMENSTELLING BEGELEIDINGSCOMMISSIE

Voorzitter : Prof. Dr. N. Huls (Universiteit Rotterdam)

Leden: P. van Wijck (Ministerie van Justitie, DAJS)

B. Van Velthoven (Universiteit Leiden)

Y. Visser (Ministerie van Justitie, WODC)

P. Albers (Ministerie van Justitie)

E. Bauw (Raad voor de Rechtspraak)

BIJLAGE 2 : INFORMATIE OVER DE ONDERZOEKERS

Jef De Mot is licentiaat rechten en kandidaat in de fysica. Hij bereidt een proefschrift voor over economische analyse van het procesrecht (Universiteit Gent). Hij is secretaris van het Center for Advanced Studies in Law and Economics (CASLE, Universiteit Gent). Hij heeft publicaties over rechtseconomische onderwerpen in Belgische en Nederlandse tijdschriften over procesrecht (tegenvorderingen), regulatory competition en aansprakelijkheidsrecht. Hij werkte mee aan twee projecten van de Vlaamse overheid over reguleringsmanagement : een opdracht omtrent “Law & Economics” en reguleringsimpactanalyse en een opdracht ter ontwikkeling van een instrumentarium voor de reguleringsimpactanalyse.

Gerrit De Geest is licentiaat (Gent, 1983) en doctor in de rechten (op een rechtseconomisch proefschrift over contracten- en quasi-contractenrecht, Gent, 1993). Hij is thans hoogleraar rechtseconomie aan de Universiteit Utrecht. Hij doceert een rechtsvergelijkend/rechtseconomisch vak in het LL M programma van de Universiteit Gent (Economic analysis of European private law), en was visiting professor aan de University of Virginia en George Mason University (aan beide law schools doceerde hij het vak ‘Comparative contract law’). Hij is voorzitter van de European Association of Law and Economics en publiceerde onder andere over de economische analyse van het contractenrecht, het eigendomsrecht, het arbeidsrecht en het aansprakelijkheidsrecht. Hij is editor (met B. Bouckaert) van de Encyclopedia of Law and Economics (Edward Elgar 5 vol, 2000, met een uitgebreid deel over procesrecht), editor (met Roger Van den Bergh) van de anthologie Comparative Law and Economics (Edward Elgar, 3 volumes, forthcoming, met een uitgebreide delen over procesrecht, en over het verband tussen instituties en economische groei). Daarnaast is hij general editor (met Tom Ulen en Roger Van den Bergh) van de boekenserie New Horizons in Law and Economics (Edward Elgar). Hij werkte mee aan diverse projecten voor de Vlaamse overheid (Oprichting Kenniscel Reguleringsmanagement, 2001 en Juridisch-technische vereenvoudiging, 2003) en de Belgische overheid (DWTC project verkeersveiligheid, 2002-2003).

Bijlage 3:

Lijst geraadpleegde experts

- **Nederland :** prof. Giesen (Universiteit Utrecht)
- **België :** advocaat mr R. Devloo
(tevens verbonden aan de Universiteit Gent)
- **Engeland :** prof. A. Ogus (universiteit Manchester)
- **V.S.:** prof. F. Parisi (universiteit George Mason)
- **Frankrijk :** prof. B. Deffains (universiteit Nancy 2)
- **Duitsland :** prof. Adams (universiteit Hamburg)