

EMPIRISCHE KENNIS ALS INSTRUMENT

DOOR / PETRA JONKERS

De civilologie dient zich in het privaatrecht aan als evenknie van de criminologie in het strafrecht. Advocaten kunnen er hun voordeel mee doen.

Ruim tien jaar geleden begonnen Nederlandse wetenschappers hun studies naar de praktijk van het privaatrecht te publiceren onder de noemer 'civilologie'. Civilologen toetsen veronderstellingen in het privaatrecht over hoe mensen zich gedragen. Ook advocaten hebben baat bij de nieuwe inzichten: gemakkelijker zoeken naar relevante jurisprudentie, voorspellingen over rechterlijke uitspraken en argumenten in de pleitnota om de rechtsvorming een zetje te geven. Wel is prudentie geboden in het gebruik en oplettendheid op de psychologische argumenten van de wederpartij.

SNELLER ZOEKEN

Hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht, Gijs van Dijk vertelt dat met computatienele methoden grote hoeveelheden uitspraken binnen een specifiek rechtsgebied kunnen worden onderzocht. 'In Maastricht kijken wij naar citaties: welke rechtsregels zijn relevant? In welke eerdere uitspraken is daarvan gebruikgemaakt? Wat is het leidende precedent? Nu duikt

Rechterlijke besluitvorming over huisuitzettingen

Michel Vols, hoogleraar Openbare-orderecht in Groningen, onderzoekt rechterlijke besluitvorming over ontruimingsvorderingen na huurachterstand of overlast. Op basis van een tenzij-clausule in artikel 6:265 BW toetst de rechter of ontbinding van een huurovereenkomst en huisuitzetting proportioneel zijn. Huurders kunnen de rechter ook persoonlijke omstandigheden voorleggen en de vraag is: welke verweren slagen? Vols doorzocht honderden (uit 15.000) vonnissen: in ongeveer twee derde van de onderzochte casus wijst de rechter de ontruimingsvordering van de verhuurder toe. Dat gebeurt vaker in de ruim tachtig procent van de zaken waarin de huurder geen gemachtigde heeft of verstek laat gaan. Dat is opmerkelijk, omdat opkomt kansen vergroot. Ook materieel verweer verhoogt significant de kans dat de rechter een vordering afwijst, vooral als hij de ernst van de huurachterstand kan 'minimaliseren', een ontruiming disproportioneel acht of de belofte van beterschap van de huurder gelooft. Het hebben van kinderen, een kleine huurachterstand of een lange woonduur wordt zelden aangevoerd; vermoedelijk filteren verhuurders hun zaken daar al op. Sowieso gebruiken ze een vonnis vaak niet voor ontruiming, maar om een 'laatste-kans-arrangement' bij huurders af te dwingen. En dat weten rechters. 'Wel een dure methode om dat voor elkaar te krijgen, de rechtsgang,' zegt Vols die een formule ontwikkelt om uitspraken te voorspellen. 'Maar naast data is kwalitatief onderzoek naar de context nodig. De database rekt met het geschreven woord en niet met de aanname van rechters dat een huurder nog een kans krijgt.'



WILLEM VAN BOOM

een advocaat in de handboeken of hij baseert zich op eigen kennis. Met een tool die we hebben gemaakt, kun je met steekwoorden in twintig minuten precedenten zoeken in meer dan duizend uitspraken. We willen ook datasets van Europese rechtspraak analyseren. Hoe pakt de implementatie van een regel in Duitsland bijvoorbeeld uit en welke uitspraken zijn daar leidend? Nu stuur je een paralegal de boeken in of bel je een Duitse collega. Door *machine learning* toe te passen op uitspraken en correlaties te berekenen, kun je ook voorspellingen doen, al is de betrouwbaarheid niet altijd even hoog. Voorspellingen worden beter als alle uitspraken in een database staan. Het hele beroepsveld zal veranderen als advocaten daar straks hun argumenten mee opbouwen.'

RETORIEK

Willem van Boom, hoogleraar Privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden, bedacht de term *civilologie*. Hij merkt dat advocaten verzot zijn op de vraag welke argumenten uit empirisch onderzoek het best werken

bij de rechter. Een klassiek voorbeeld waarbij advocaten zelf enquêtes houden, is verwarringsgevaar bij consumenten door merkbreuk in IE-zaken. Van Boom ziet het risico dat de rechter er niet in mee wil gaan als empirie te veel van het goede wordt of slordig wordt gebruikt. Het is delicaat. Onderzoeksstatistieken en deskundigeninformatie bieden voorlopig meer kans. 'Die worden niet optimaal gebruikt en lijken me een tussenstap. Neem mechanismen achter ongevallen. Er is zoveel meer

empirische kennis over ongevalsmechanismen dan rechters van partijen krijgen. Die kennis kan echt helpen om perspectief op de zaak te krijgen, al moet je oppassen voor een *battle of the experts*.' Advocaat en gedrags-econoom Rosalie Schoenmakers van DEH Advocaten studeerde zelf bij Van Boom af aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam (EUR) op een experimenteel privaatrechtelijk onderzoek. 'In de praktijk gebruik ik weinig empirie, maar voordat ik een processtuk schrijf of een bewijs- ►

Belang van emoties

Excuses voor aangedaan leed maken niet uit voor het bedrag dat slachtoffers willen claimen, stelde Schoenmakers vast in online-onderzoek waarin zij deelnemers vroeg zich bepaald leed in te denken. In arbeidszaken merkt ze nu dat geldsommen een grotere rol spelen in verstoorde relaties dan wanneer er nog iets te lijmen valt. Oprechtheid van de wederpartij speelt ook een rol: wie het gevoel heeft dat het de ander niks kan schelen, wil zeker gecompenseerd worden. Uit haar studie trekt Schoenmakers vooral de les dat een cliënt in het voorgesprek ruimte nodig heeft voor emoties en niet-materiële belangen die in het conflict spelen. 'Wat vindt de cliënt het belangrijkste? Als gevoel de ruimte krijgt, zijn er meer mogelijkheden om te schikken.'

Wel of geen excuses aanbieden?

Kunnen excuses opgevat worden als erkenning van aansprakelijkheid? Ja, zegt Van Dijck op basis van onderzoek naar een groot aantal misbruikzaken in de katholieke kerk. Excuses van de kerk voor seksueel misbruik blijken te leiden tot een grotere kans op toewijzing van een claim, zij het niet automatisch tot een hogere schadevergoeding. Ook gaat niet iedereen met een gegrondverklaring van een klacht door naar de compensatiecommissie; sommigen stoppen. Eerder onderzoek leert dat het ontvangen van excuses al kan bijdragen aan psychisch herstel, als het slachtoffer de excuses serieus kan nemen. Anders werken ze averechts.

aanbod doe, lees ik hoe rechters gebruikmaken van bewijsmiddelen. Wat vindt de rechter precies interessant in het getuigenbewijs? En ik lees de columns van Pieter Desmet en de blogs van professor Van Boom. Verder is het toch zoeken welk onderzoek bruikbaar is voor een procedure in Nederland. En wat is heel Amerikaans onderzoek? Het ene wil ik proberen en het andere niet. Ik volg ook het onderzoek naar rechterlijke besluitvorming. Ik vertrouw op de professionaliteit van rechters, maar ik wil graag weten wanneer ze precies hun oordeel vormen en wanneer ze het best te beïnvloeden zijn. Welke rol speelt het eerste processtuk bijvoorbeeld?

WEDERPARTIJ

Onderzoekers zijn niet altijd blij met de wijze waarop hun resultaten slim worden ingezet. Vorig jaar wees het Gerechtshof Den Haag in de zaak van Clean Air Nederland tegen de staat op een artikel van rechtssocioloog Willem Bantema dat bij de processtukken zat. Bantema promoveerde op de handhaving van het rookverbod en citeerde in het artikel een caféhouder die soms niet-rokers in zijn rookruimte zag. Het Gerechtshof volgde de argumentatie dat niet-rokers onder sociale druk staan om zich in rookruimtes te begeven, ook omdat de staat de juistheid van het artikel niet ter discussie stelde. Bantema zelf vertelde voor de radio

dat hij sociale druk op niet-rokers helemaal niet had onderzocht. Ook Van Dijck ziet risico's in het gebruik van psychologische inzichten, al valt er met die inzichten ook tegenwicht te bieden. 'Het allerbelangrijkst is dat je empirie ethisch verantwoord gebruikt. Neem de *normality bias*: mensen zijn negatiever over alles wat "abnormaal" is. Je kunt het verwijt krijgen dat je zelf schuld draagt aan bijvoorbeeld een aanrijding of verkrachting omdat je kennelijk iets abnormaals deed door, ik zeg maar iets, af te wijken van jouw gebruikelijke route. Daaraan refereren doet iets met de rechter, weten we. En al claim je een extreem hoog bedrag, het vormt toch een referentiepunt voor de rechter. Maar de wederpartij kan de rechter voor dit fenomeen van *anchoring* weer waarschuwen.'

Rechters lijken trouwens al beter dan leken in staat zich tegen bepaalde *biases* te verweren. Toch spelen persoonlijke neigingen van rechters een niet te onderschatten rol, zegt Pieter Desmet, universitair hoofddocent in *Behavioural Law and Economics* aan de EUR. Hij doet laboratoriumonderzoek naar afwegingen van rechters en naar excuses en compensatie bij schade. Desmet: 'Dat is primair interessant voor beleidsmakers: moet het aanbieden van excuses bijvoorbeeld gestimuleerd worden? De resultaten uit het laboratorium kunnen advocaten namelijk niet direct toepassen op individuele cliënten. Maar het helpt

cliënten wel als advocaten onderzoeken kunnen interpreteren en invloeden begrijpen.'

'Resultaten van onderzoek zijn geaggregeerde data die niet voor jouw cliënt hoeven te gelden,' zegt ook Van Dijck. 'Wat als iets werkt voor zestig procent van de mensen, maar jouw cliënt zit bij die overige veertig procent? In de PostcodeLoterijzaak werd gewezen op het psychologische principe van geanticiperde spijt; daar zou misbruik van gemaakt zijn. Maar ondervond dié mevrouw daar hinder van? Een advocaat kan die zestig procent verheffen tot honderd procent, maar de rechter bepaalt wat hij daarmee doet. Al had de rechter in dit geval ook kunnen bepalen dat het gedrag van de PostcodeLoterij wel onrechtmatig was.'

GOEDE AARDE

Empirisch onderzoek biedt ook een ander perspectief op problemen: 'Je kunt bijvoorbeeld berekenen hoeveel uren er waarschijnlijk in een faillissement gaan zitten,' zegt Van Dijck, 'onder meer door data uit het faillissementsproces te koppelen aan informatie van de Kamer van Koophandel. Nu beginnen duurbetaalde curatoren vaak zonder informatie. Het scheelt enorm als de tijdsduur voorspelbaar is. Waar resultaten van empirisch onderzoek ook in goede aarde kunnen vallen, zijn de gerechtshoven en vooral de Hoge Raad. 'In eerste aanleg is het misschien niet zo verstandig om met empirie aan te komen zetten,' zegt Van Boom, 'maar juist door een nieuw licht op een zaak te werpen, kunnen empirische inzichten van pas komen. Raadsheren willen die nieuwe informatie graag hebben, en daar ligt een kans voor advocaten. Je moet niet te enthousiast op het orgel gaan, maar empirie biedt wel een extra instrument in de gereedheidskist van de advocaat. Als je er beter recht mee kunt creëren, dan is er iets gewonnen.' ■