



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wolfsbergen en de rechtseconomie

Bloembergen, A.R.

Citation

Bloembergen, A. R. (1996). *Wolfsbergen en de rechtseconomie*. *Bw-Krant Jaarboek*, 25-38. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36638>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36638>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Wolfsbergen en de rechtseconomie

*A.R. Bloembergen**

1. INLEIDING

Toen het boek van Wolfsbergen verscheen, studeerde ik in Utrecht. Ik weet zeker dat ik het tijdens mijn studie niet in handen heb gehad, niet omdat Leidse geschriften in Utrecht niet welkom zouden zijn, maar omdat onze geestelijke bagage voor het verbintenissenrecht niet meer omvatte dan het bekende leerboek van Van Brakel, voor zover nodig aangevuld door wijsheid van de in Utrecht al even bekende repetitor Schenk. Maar ik weet ook zeker dat ik kort na mijn afstuderen met het boek heb kennis gemaakt. In 1952 schreef ik — ter beantwoording van een door de toenmalige Nederlandse Advocaten Vereniging uitgeschreven prijsvraag — als eersteling een opstel over De omvang der schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad¹; in het notenapparaat hiervan zijn herhaaldelijk verwijzingen naar Wolfsbergen te vinden.

Weer enige jaren later mocht ik, alweer in Utrecht, onderwijs geven over onrechtmatige daad. Wolfsbergens boek zal daarbij niet vaak ter sprake gekomen zijn (al gebruikte ik het natuurlijk wel bij mijn voorbereiding). Maar ik herinner mij dat ik aan het eind van de serie heb aangehaakt aan zijn voorwoord. Hij schrijft daarin (blz. VII) dat er ook in Nederland aanleiding is om degenen die zich ertoe zet het recht der onrechtmatige daad te gaan studeren met De Page (II no. 901) Dantes voor de hellepoort bestemde woorden toe te roepen: *Lasciate ogni speranza, voi che entrate*. Maar ik heb mijn studenten toegeroepen dat een tocht door het aansprakelijkheidsrecht niet een

* Mr. A.R. Bloembergen is raadsheer in buitengewone dienst in en waarnemend advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

1. Bijlage bij het Advocatenblad van 15 oktober 1952 blz. 36 e.v.

hellevaart is, maar veeleer een bezoek aan een *lawyers' paradise*, aan een stuk recht dat ook voor beginners fascinerend kan zijn.

Zie hier ter introductie een paar persoonlijke herinneringen aan Wolfsbergens boek. Maar ik moet natuurlijk niet in het verleden blijven verwijlen. De opdracht van de redactie is om naar aanleiding van het boek over de huidige stand van zaken te schrijven. Ik kies daarvoor een, althans in mijn ogen, bij uitstek modern thema, te weten de rechtseconomie (al was het maar om me zelf te dwingen het een en ander op dit terrein te lezen). Mijn veronderstelling is dat iemand anno 1996 een nieuwe, geheel herziene uitgave van de Wolfsbergen mag bezorgen (voor een mooi nieuw boek over de onrechtmatige daad is er best nog plaats!). En mijn vraagstelling is of deze bezorger — anders dan Wolfsbergen, begrijpelijkerwijze, heeft gedaan — aandacht moet besteden aan de rechtseconomie (en, zo ja, hoeveel aandacht). Daarbij ga ik ervan uit dat de bewerker niet alleen het positieve recht bespreekt, maar ook iets gaat doen aan de context van de onrechtmatige daad.

2. IETS OVER DE (RECHTS-)ECONOMIE

Het is evident dat mijn vraagstelling mij dwingt mijn aandacht te richten op de rechtseconomie en meer in het bijzonder op haar toepassing in het (buiten-contractuele) aansprakelijkheidsrecht.² Het zal voorts duidelijk zijn dat ik binnen het mij toegemeten bestek geen enkele aanspraak op volledigheid kan maken. Dat geldt ook voor de door mij geraadpleegde literatuur.³

Het is allereerst nodig onderscheid te maken tussen de (gewone) economie als hulpwetenschap van het recht en de eigenlijke rechtseconomie, tussen de Old Law and Economics en de New Law and Economics.⁴

De (gewone) economie kan in het aansprakelijkheidsrecht in het

2. De contractuele aansprakelijkheid laat ik rusten.

3. Wat Nederland betreft steun ik vooral op R.W. Holzhauser en R. Teijl, Inleiding rechtseconomie, Arnhem 1995, Themanummer Rechtseconomie, AA 1990, blz. 603 e.v. en E.H. Hondius e.a. (red.) Rechtseconomie en recht, Zwolle 1991. Voor Amerika raadpleegde ik het klassieke handboek R.A. Posner Economic analysis of law, Boston 1992. Zie voor meer op het ongevalrecht toegespitste literatuur hierna noot 10.

4. Zie over dat onderscheid bijv. R. van den Bergh, Rechtseconomie en recht blz. 10 e.v.

algemeen en in het schadevergoedingsrecht in het bijzonder een nuttig hulpmiddel zijn. Zo is tijdens de parlementaire behandeling van art. 6:96 de bedrijfseconomie te hulp geroepen om het omstreden probleem van de aan het gereedhouden van reservematerieel verbonden kosten op te lossen.⁵ Zo kan de bedrijfseconomie (de leer van de kostprijs) steun bieden bij de berekening van de gedeerde winst, bijv. die als gevolg van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten.⁶ Overigens zal bij dit soort exercities, net als bij de fiscale winstberekening,⁷ de jurist het laatste woord houden.

De economie kan ook nuttig, zo niet onmisbaar, zijn in het debat over meer algemene vragen. Ik vind me al vele jaren op over de regresrechten van sociale verzekeraars (en volksverzekeraars).⁸ Een van de argumenten tegen deze regresrechten is dat regres een buitengemeen kostbare operatie is. Hoe kostbaar het is, kan je als jurist ook wel berekenen, maar het kan prettig zijn, als economen over de schouder meekijken. In het debat over deze regresrechten, maar ook meer algemeen in het debat over de vernieuwing van vooral het verkeersongevallenrecht spelen, zoals we hierna (onder 5) nog zullen zien, ook andere meer economisch getinte vragen een rol. Het spreekt vanzelf dat economen in dit soort discussies van harte welkom zijn, al was het alleen maar omdat zij vaak betere rekenmeesters zijn dan juristen.

Het hier aangestipte belang van de economie voor het aanspraaklijkeheidsrecht is, dunkt me, niet omstreden. Ook de bewerkster van Wolfsbergen zou dus, als hij de genoemde vragen zou gaan bespreken, hierbij steun kunnen zoeken.

Maar nu de eigenlijke rechtseconomie, de New Law and Economics,

5. Zie MvA, PG Boek 6, blz. 335 e.v. Ik laat nu daar dat de poging weinig geslaagd is. Zie over dit probleem Schadevergoeding (Hartlief/Tjittes) aant. 48 op art. 96 met verdere gegevens.
6. Zie hierover Schadevergoeding (Deurvorst) aant. 96 op art. 96.
7. Vergelijk HR 8 mei 1957, BNB 1957, 208: 'dat een stelsel van jaarlijkse winstberekening voor de belastingheffing (...) behoort te worden aanvaard, indien dat stelsel is gegrond op hetgeen de bedrijfseconomie (...) leert, doch deze regel uitzondering moet lijden niet alleen in geval (dit) tot strijd met enig voorschrift der belastingwetgeving zou voeren, maar evenzeer indien daardoor aan de algemene opzet of een beginsel van de belastingwet te kort zou worden gedaan.' Zie ook Hofstra/Stevens Inkomstenbelasting, Deventer 1994 nr. 17.2, die uitgaan van autonoom fiscaal winstbegrip.
8. Zie laatstelijk NJB 1994, blz. 117 e.v.

die verdergaande pretenties heeft. Zij is in de jaren zestig en zeventig in de Verenigde Staten, vooral in Chicago, opgekomen en vandaar uit naar Europa en uiteindelijk ook naar Nederland is overgewaaid. Deze tak van wetenschap beoogt, ontoelaatbaar kort gezegd, de meest uiteenlopende rechtsverschijnselen — van de regeling van sex en prostitutie tot het civiele proces, van adoptie tot de doodstraf — door te lichten om te bekijken of zij al dan niet efficiency bevorderen. Met efficiency wordt dan bedoeld de grootst mogelijke bevrediging van menselijke verlangens, zoals die wordt uitgedrukt in de bereidheid te betalen voor goederen en diensten. Waaraan ik meteen toevoeg dat rechtseconomen, waaronder de grote Posner, tegenwoordig — het is wel eens anders geweest — begrijpen dat ‘there is more to justice than economics’.⁹

Ik laat de algemene theorie rusten en maak een grote sprong naar het aansprakelijkheidsrecht. Aldaar aangekomen constateer ik dat vooral de Nederlandstalige literatuur¹⁰ (vrijwel) uitsluitend aandacht besteedt aan het ongevallenrecht, aan de gevallen van dood, letsel en zaaksbeschadiging. Zoals men weet, is dat maar een segment, zij het ook een belangrijk segment, van het hele aansprakelijkheidsrecht: grote terreinen, zoals de overheidsdaad, de ongeoorloofde mededinging en de bescherming van de eer en goede naam, blijven aldus buiten het beeld. Niettemin zal ik mij ook tot het ongevallenrecht

9. Posner a.w. blz. 27.

10. Zie voor wat betreft Nederland Holzhauser/Teijl a.w. Hoofdstuk 6, M. Faure Rechtseconomie en privaatrecht: kunnen rechtsregels bijdragen tot de reductie van ongevalskosten?, Rechtseconomie en recht, blz. 51-93, E. Mackaay, Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal, Economische kanttekeningen in M.J.P. Verburgh (red), Schade lijden en schade dragen, Zwolle 1980, blz. 147-174 en de opstellen van Mackaay en Van Schilfgarde in het hiervoor genoemde bijzondere nummer van *Ars Aequi* 1990.

Het standaardwerk in de Verenigde Staten is S. Shavell *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass)/Londen, 1987. Zie voorts het klassieke G. Calabresi, *The Cost of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, New Haven/Londen 1970 (waarover ik al iets heb gezegd in *NJB* 1971, blz. 998 e.v. en in *NJB* 1973, blz. 968; wellicht ben ik inderdaad, zoals E.H. Hondius, *Rechtseconomie en recht*, blz. 997 heeft opgemerkt, een voorloper op het terrein van de rechtseconomie). Zie voorts — voortreffelijk, maar vooral ten aanzien van de theorieën van Calabresi zeer kritisch — P. Cane, *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, Londen enz. 1993, blz. 374-394.

Overigens besteedt Posner a.w. wel kort aandacht aan enige andere onderwerpen, zoals *Intentional Torts* en *Defamation* (par. 6.15 en 6.16).

beperken. Het is niet aan mij om nieuwe terreinen in kaart te brengen! Bovendien is dat voor mij efficiënt, nu ik me al tientallen jaren bezig houdt met het ongevallenrecht.

Welke boodschap brengt de nieuwe economische theorie ons over het ongevallenrecht? In het meest eenvoudige model wordt uitgegaan van de volgende veronderstellingen: dat — overeenkomstig het hiervoor al genoemde uitgangspunt — de betrokken partijen (potentiële daders en slachtoffers) hun verwachte nut proberen te maximaliseren; dat daders en slachtoffers inspanningen kunnen doen, die de kans dat zich een ongeval voordoet verminderen en die waardeerbaar zijn in geld; en dat er een omgekeerde relatie bestaat tussen de preventiekosten en de verwachte ongevalskosten (meer zorg zal het ongevalsrisico doen dalen). Uitgaande van deze veronderstellingen wordt bekeken of de rechtsregels, vooral de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, de efficiency-doelstelling dienen. Die doelstelling kan hier aldus worden geconcretiseerd dat het besteden van meer zorg efficiënt is zolang de marginale kosten van het uitoefenen van deze additionele zorg lager zijn dan de additionele reductie in verwachte ongevalskosten. Het is dus niet efficiënt om zo veel zorg te eisen dat alle of vrijwel alle ongevallen worden voorkomen. Als we de snelheid van het gemotoriseerde verkeer zouden terugbrengen tot die van de trekschuit, zouden we het aantal verkeersongevallen waarschijnlijk drastisch verlagen, maar efficiënt is deze handelwijze niet; de maatschappelijk kosten die met deze verlaging zijn gemoeid, zijn te hoog. Dat een constatering als deze voor een jurist 'schokkend' kan zijn, zoals Faure zegt,¹¹ zie ik niet zo direct. Juristen zijn niet zo wereldvreemd dat zij denken dat alle ongevallen moeten worden vermeden.

Ik ga geen algemene beschouwingen ten beste geven over deze theorie, maar ga, overeenkomstig mijn bestek, vertellen wat ik met de theorie aan zou moeten in een handboek over onrechtmatige daad. Ik doe dat aan de hand van een drietal thema's.

3. PREVENTIE

In de nieuwe Wolfsbergen zal iets moeten worden gezegd over de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht. Waarschijnlijk zal de bewerkster de verschillende doelstellingen, zoals het aansprakelijk

11. Rechtseconomie en recht, blz. 57/8.

stellen van schulddigen, slachtofferbescherming, allocatie van risico's, preventie van ongevallen enz. de revue laten passeren. Zal hij hierbij ook de rechtseconomie ter sprake brengen?

Dat ligt wel voor de hand, want in de rechtseconomie wordt het aansprakelijkheidsrecht gezet in de sleutel van de efficiency-doelstelling. En bij de uitwerking hiervan is de preventie-gedachte uitgangspunt: potentiële daders — mensen die activiteiten ondernemen, welke tot schade kunnen leiden — zullen een min of meer rationele keuze maken en additionele zorg toevoegen, zolang de kosten hiervan lager zijn dan de additionele reductie van ongevalskosten waarvoor zij aansprakelijk zullen zijn.

Bij dit uitgangspunt komen mijn juristentwijfels op. Ik heb er begrip voor dat rechtseconomen werken met modellen waarin de werkelijkheid vereenvoudigd wordt weergegeven. Maar het moet toch wel blijven gaan om de werkelijkheid. Wat is het realiteitsgehalte van een theorie die ervan uitgaat dat mensen zich in hun handelen laten leiden door de mogelijkheid van aansprakelijkstelling?

In mijn denken en schrijven over het ongevallenrecht heb ik mij regelmatig bezig gehouden met de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.¹² Bij anderen is dat niet anders.¹³ Door-gaans leidt al deze arbeid tot de slotsom: (i) dat over het algemeen het aansprakelijkheidsrecht — zeker nu de aansprakelijkheid, als die iets om het lijf heeft, vrijwel altijd wordt gedekt door een verzekering — als financiële prikkel tot het voorkomen van ongevallen (en schade) weinig effectief is (wat onverlet laat dat het op onderdelen anders kan zijn); en (ii) dat andere prikkels, zoals ethische overwegingen van

12. Zie de bibliografie in Bloembergens Werk, Deventer 1992, onder 9. Meer specifiek verwijs ik naar Bloembergens Werk blz. 59 e.v., 186 en 402 e.v. en voorts naar mijn Praeadvies NJV 1967, i.h.b. nr. 23, NJB 1980 blz. 925 e.v., i.h.b. nr. 16 en naar VR 1995 blz. 1 e.v., i.h.b. onder 3.

13. Ik verwijs voor een mooie samenvatting naar Atiyah, i.h.b. blz. 361-369. Hij vat de stand van zaken aldus samen dat 'there are reasons to doubt the effectiveness of tort law as a deterrent to negligent conduct and as an effective mechanism for reducing accidents and injuries.' Over de aansprakelijkheidsverzekering schrijft hij: 'There is no doubt that the prevalence of liability insurance greatly reduces the deterrent potentiality of tort law.' En: 'There is no real evidence that fear of the loss of a no-claims bonus or of having to pay the excess under a policy has any significant effect on the incidence of accidents.' Zie voor ons land eveneens genuanceerd (maar wellicht iets positiever dan Atiyah) C.C. van Dam Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid, diss. Utrecht 1989, Hoofdstuk 15.

potentiële daders, de angst voor eigen lijf en goed en de angst voor straf- en tuchtsancties, als regel veel belangrijker zijn.

Als deze slotsom juist is, is het fundament van de rechtseconomie voor het ongevallenrecht niet deugdelijk, in ieder geval niet voor al die terreinen waar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht zwak of afwezig is. De rechtseconomie gaat ervan uit dat mensen rationele keuzes maken en dat die keuzes voor een flink deel worden bepaald door de kans dat zij aansprakelijk worden gesteld. Maar zo er al sprake zou zijn van rationele keuzes en van prikkels die de keuzen beïnvloeden, speelt de kans van aansprakelijkstelling daarbij veelal maar een marginale rol. Een automobilist kijkt niet of er verkeer van rechts komt, omdat hij anders wel eens aansprakelijk gesteld zou kunnen worden. Ik heb jaren geleden het vijftertje in mijn tuin dichtgegooid (echt waar!), maar echt niet omdat ik wel eens aansprakelijk zou kunnen worden gesteld door ouders van bevriende kindertjes die in de vijver zouden kunnen verdrinken. Een piloot vliegt niet accuraat, omdat hij anders wel eens aansprakelijk zou kunnen zijn voor schade op de grond.¹⁴ Natuurlijk zijn er terreinen (zoals waarschijnlijk de produktaansprakelijkheid), waar aansprakelijkheid wel preventief werkt. Maar dat neemt niet weg dat het model niet klopt op al die terreinen waar dat niet geval is.

Hebben rechtseconomen dit fundamentele bezwaar niet gezien? Belangrijke auteurs, zoals Posner, Shavel en Faure/Van den Bergh¹⁵ hebben het wel gezien (en anderen misschien ook wel), maar zij doen

14. In zijn Rotterdamse oratie over Verzekering en aansprakelijkheidsrecht zegt H. Drion (Geschriften van Drion Deventer 1982 blz. 57/8): ‘Zet men tegenover het voorbeeld van het parkeerterrein (waar er wel preventieve werking zou kunnen zijn; A.R.B.) het geval van de vlieger die door roekeloos te vliegen met zijn vliegtuig naar beneden stort en schade op de grond veroorzaakt. Slechts een schrijver die voor de juistheid van zijn theorieën over de rechtsgrond der aansprakelijkheid irrelevant acht of de mensheid bereid is zich aan zijn theorieën te houden — en zulke schrijvers bestaan er — kan volhouden dat de vlieger, door de kans van aansprakelijkheid voor mogelijke schade op de grond, geremd zou worden in zijn neiging om te pletter te vallen.’ Faure/Van den Bergh a.w. lijken enigszins in de richting van de door Drion gewraakte schrijvers te denken. Aan het slot van hun bespreking van het Verdrag van Rome (betreffende door luchtvaartuigen aan derden op de grond veroorzaakte schade) zeggen zij immers (nr 257) dat aan ‘de aansprakelijkheidsregels uit het Verdrag van Rome, een functie van ongevallenpreventie’ toekomt!

15. Zie Posner a.w. blz. 203 e.v., Shavell a.w. blz. 292 en Faure/Van den Bergh a.w. nr 18.

het, gezien de fundamentele karakter van het bezwaar, merkwaardig kort af. Zij zeggen eigenlijk niet veel meer dan dat het met die preventieve werking van de aansprakelijkheid wel meevalt en dat er enige, zij het weinig, empirische steun voor die werking is.¹⁶ Ik moet helaas zeggen dat een en ander voor mij voorlopig veel te mager is tegenover alles wat er door juristen is gezegd over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Ik blijf denken dat het op vele terreinen volstrekt irreëel is om tot uitgangspunt te nemen dat de kans op aansprakelijkstelling het menselijk gedrag in belangrijke beïnvloedt. Maar misschien kan een rechtseconoom mij nog eens uitleggen dat ik het allemaal verkeerd zie.

Wat hiervan ook zij, in ieder geval zou de bewerker van Wolfsbergen bij zijn bespreking van de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht iets over de invalshoek van de rechtseconomie moeten zeggen.

4. ZORGVULDIGHEID

De rechtstoepasser — vooral de rechter — die wordt geroepen tot het concretiseren van de zorgvuldigheidsnorm zal zo veel mogelijk naar objectieve aanknopingspunten voor zijn beslissing zoeken. Een auteur van een eigentijds boek over de onrechtmatige daad zal er goed aan doen iets over die aanknopingspunten te zeggen. Hartkamp doet dat dan ook in zijn meest recente bewerking van Asser.¹⁷ De vraag rijst of ook de rechtseconomie in dit verband ter sprake zou moeten komen.

Nederlandse rechtseconomen plegen, op het voetspoor van hun Amerikaanse broeders, de zorgvuldigheidsnorm, zoals die in de rechtspraak is uitgewerkt, in hun beschouwingen te betrekken. Neem bijvoorbeeld de Inleiding van Holzhauser en Teijl.¹⁸ Zij zetten eerst

16. Overigens vermeldt Atiyah Amerikaans onderzoek op het terrein van de arbeidsongevallen dat in andere richting wijst. Bovendien zou het kunnen zijn dat de Amerikaanse bevindingen niet gelden voor Europa, omdat de claims consciousness in Amerika waarschijnlijk groter is dan in Europa.
17. Asser-Hartkamp IV-3 nr. 51h e.v. Achtereenvolgens passeren de revue: wets- en verdragsbepalingen, algemene rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen, branchegebruiken e.d. en de vergelijking met verwante gevallen.
18. Hoofdstuk 6, i.h.b. 6.4. Zie ook het opstel van E. van Schilfgaarde, AA 1990, blz. 750 e.v. Van de juristen heeft vooral C.C. van Dam a.w., i.h.b. Deel III, aandacht besteed aan de economische analyse van de zorgvuldigheidsnorm. Zie

uiteen hoe in een economische analyse van ongevalsituaties het niveau van efficiënte zorg wordt bepaald en gaan daarna in op de vraag hoe de rechter in de praktijk met deze optimale zorg omgaat. Uitgangspunt bij dit laatste is een beroemde beslissing van Learned Hand (niet, zoals ik ooit heb gedacht, het wijze opperhoofd van een legendarische Indianenstam, maar een bekende Amerikaanse federale rechter van vlees en bloed). De beslissing¹⁹ gaat over een duwbak die als gevolg van een storm los raakt en aanzienlijke schade veroorzaakt. Hand oordeelt dat een beslissing in een geval als dit afhankelijk is van drie variabelen, te weten de waarschijnlijkheid van schade, de ernst van een mogelijke schade en de kosten van voorzorgsmaatregelen (het neerzetten van een uitkijkpost) en legt dat neer in een formule: 'if the probability be called P, the injury L and the burden B, liability depends upon whether B is less than L multiplied by B; i.e. whether $B < PL$ '. Holzhauer en Teijl zeggen dat de Hand-formule opgevat kan worden als een economisch criterium, dat echter uitgedrukt zou moeten worden in marginale termen (en niet in absolute getallen). Vervolgens laten zij de Nederlandse rechtspraak, te beginnen met het bekende kelderluik-arrest,²⁰ de revue passeren en komen tot de conclusie dat ook in deze rechtspraak de factoren kunnen worden herkend die in de economische analyse zijn gevonden.

Wat moet ik als jurist met deze conclusie (zelfs als ik veronderstellenderwijs de efficiency tot enig richtsnoer neem en uitga van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht)? Het is natuurlijk prettig te horen dat rechtseconomen kunnen instemmen met regels die juristen — op basis van common sense en niet gehinderd door enige kennis van de rechtseconomie — hebben ontwikkeld. Wellicht kan ook de economische analyse iets beter zichtbaar maken wat juristen hier aan het doen zijn. Maar biedt de economische analyse de rechter — of een andere rechtstoepasser — nu werkelijk nieuwe aanknopingspunten om de zorgvuldigheidsnorm te concretiseren? Ik beantwoord deze vraag bij de huidige stand van de rechtseconomie ontkennend. Als ik moet zeggen of degene die de zorg heeft voor een terrein, moet waarschuwen voor een voor het publiek niet steeds waarneembaar natuurlijk gevaar, dan wel of een buurvrouw voor

hierover — nog al kritisch — mijn bespreking in WPNR 5994 (1991), onder 4.

19. US v. Carroll Towing 159 F 2d 169.

20. HR 5 november 1965, NJ 166, 136 (GJS).

paarden giftige taxus mag gooien op een mestvaalt, grenzend aan buurmans paardenwei (om twee moeilijke gevallen te noemen, waar ik in de praktijk mee heb moeten worstelen),²¹ heb ik weinig of niets aan de rechtseconomische theorie. Ik denk dat dit vooral komt doordat de theorie, die zich beweegt op een nog al abstract niveau, in de praktijk niet of nauwelijks extra informatie geeft, omdat de rechtstoepasser niet de beschikking heeft over de voor de toepassing nodige kwantitatieve gegevens.²² De rechtstoepasser moet dan zijn heil zoeken bij de in de rechtspraak ontwikkelde, vagere formules en andere aanknopingspunten die het recht hem aanreikt.

Maar ondanks deze bezwaren zou ik denken dat de mijn Wolfsbergen-bewerker bij de behandeling van de zorgvuldigheidsnormen in het algemeen en bij de veiligheids- en verkeersnormen in het bijzonder, al was het maar voor de theorie, iets zou kunnen zeggen over de Hand-formule als mogelijk aanknopingspunt.

5. VERKEERSONGEVALLEN EN VERZEKERING

Rechtseconomen plegen vrij uitvoerig te schrijven over de verhouding van schuld- (fout-) en risico-aansprakelijkheid. Korthedshalve ga ik hier niet op in. In ons land (maar ook in het buitenland) wordt er al tientallen jaren een verwant debat gevoerd. Dat gaat over de vraag of we met name in het wegverkeer niet de aansprakelijkheid achter ons moeten laten en moeten overgaan tot de invoering van een verkeersverzekering. Beschouwingen over die vraagstelling van de hand van Nederlandstalige rechtseconomen ben ik niet tegengekomen. Maar ik wil er hier iets over zeggen, omdat het onderwerp mij dierbaar is.

Ik stel voorop dat in ieder geval de klassieke economie hier steun kan bieden. Aan schadevergoedingssystemen zijn uitvoeringskosten (in het jargon van rechtseconomen: transactiekosten) verbonden. Deze kosten kunnen, vooral in een klassiek aansprakelijkheidssysteem, hoog oplopen; zij zouden bijna even hoog kunnen zijn als de aan de slachtoffers ten goede komende bedragen. Juristen kunnen deze

21. HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (G) en HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (CJHB) met mijn conclusie.

22. In deze geest ook Posner a.w. blz. 550: 'Of course, as with the Hand Formula itself, it is rarely possible (or at least efforts are not made) to quantify the terms. But the formula is valuable even when used qualitatively rather than quantitatively'.

kosten wel benaderen, maar het behoeft geen betoog dat economen hierbij behulpzaam kunnen zijn. Verder is er het moeilijke probleem van de allocatie van kosten.²³ Men vindt dat de kosten van het gemotoriseerde verkeer, waaronder de kosten van verkeersongevallen, aan dat verkeer moeten worden toegerekend: motoring should pay its way. Anders gezegd: deze kosten mogen niet worden geëxternaliseerd. Het beginsel is wel duidelijk, maar de uitwerking is moeilijk. Opnieuw spreekt het vanzelf dat economen vanuit hun discipline een nuttige bijdrage aan de discussie kunnen leveren.

Maar nu de echte rechtseconomie. De discussie over de verkeerschade spitst zich de laatste tijd vooral toe op de vraag of er voor persoonlijke schade een risico-aansprakelijkheid dan wel een verkeersverzekering moet komen.²⁴ (Misschien heeft de discussie, als dit jaarboek verschijnt, zelfs al een voorlopig eindpunt bereikt in de vorm van een wetsvoorstel, maar daarmee kan ik nu nog geen rekening houden.) Deze vraag spitst zich weer toe op de positie van de bestuurders van motorrijtuigen (en die van hun levenspartners en minderjarige kinderen, maar die laat ik verder buiten beschouwing). Want een ook door fietsers en voetgangers af te sluiten verkeersverzekering is weinig aantrekkelijk; dus zal er jegens hen wel een risico-aansprakelijkheid van het gemotoriseerde verkeer moeten komen. Voor passagiers geldt iets dergelijks.

Schadevergoedingssystemen zijn in onze tijd goeddeels verzekeringsystemen. Tegen deze achtergrond kan onze vraag ook als een vraag van verzekering worden geformuleerd: is het beter te verzekeren aan de kant van de bestuurder als potentieel slachtoffer dan wel aan de kant van de potentiële wederpartij? Anders gezegd: is een first party- dan wel een third partyverzekering te prefereren? Ik heb in het verleden betoogd²⁵ dat een (verkeers-)verzekering aan de kant van het slachtoffer verre te prefereren is.

Ook de rechtseconomie houdt zich, onder meer op het terrein van de ongevallen, bezig met verzekeringen,²⁶ ook met de vraag aan

23. Ik heb in de loop der jaren veel over dit soort kostenproblemen geschreven. Zie de bibliografie in Bloembergens Werk (onder 9). Zie recentelijk nog mijn opstel Het SER-rapport over regresrechten: een fout verhaal, NJB 1994, blz. 117 e.v.

24. Ik volsta op dit punt met een algemene verwijzing naar de Notitie Verkeersaansprakelijkheid (TK 21528 1989-1990 nr 2).

25. Zie met name Bloembergens Werk 1992, blz. 416 e.v.

26. Zie met name R. van den Bergh en M. Faure De invloed van verzekering op de

welke kant er het beste kan worden verzekerd. Het aardige is nu dat sommige van de door juristen gebruikte argumenten in meer gearticuleerde vorm in de rechtseconomische literatuur zijn terug te vinden. Ik stip een paar punten aan.

(i) Rechtseconomen wijzen erop dat het van groot belang is dat verzekeraars hun risicogroepen zo eng mogelijk houden, vooral om averechtse selectie te vermijden; een enge definitie van risicogroepen is makkelijker te realiseren bij first party-verzekeringen, omdat daarbij veel meer omtrent de potentiële slachtoffers bekend is dan bij aansprakelijkheidsverzekeringen (waarbij men tevoren niet weet wie het slachtoffer is).

(ii) Verzekeringen, aldus de rechtseconomie, kunnen de welvaart verhogen doordat zij risico wegnemen van personen die een afkeer van risico hebben. Dit in aanmerking genomen kan een *verplichte* verzekering makkelijk contra-productief (welvaartsverminderend) werken. Zij kan immers mensen dwingen tot het afdekken van risico's die zij best zelf willen dragen (ook al omdat het afdekken gepaard gaat met aanzienlijke transactiekosten). Deze benadering wijst in de richting van een verkeersverzekering. Een aansprakelijkheidsverzekering moet haast wel verplicht worden gesteld. Maar bij een verkeersverzekering kan het aan bestuurders worden overgelaten of en, zo ja, in hoeverre zij zich en de zijnen willen verzekeren. Zoals gezegd werkt dat welvaartsverhogend. Maar bovendien, zeg ik als jurist, wordt aldus aan mensen meer vrijheid gelaten. Dat was een van mijn argumenten voor een verkeersverzekering.

(iii) De aansprakelijkheidsverzekering heeft, vergeleken met een verkeersverzekering, ook een niet te verwaarlozen herverdelend effect. De door alle houders van motorrijtuigen, dus door vrijwel het hele Nederlandse volk, opgebrachte premies zullen voor een niet onbelangrijk deel worden gebruikt om de inkomensschade van hogere inkomensgroepen te vergoeden. Kortom, de lagere inkomensgroepen betalen voor de hogere. In een verkeersverzekering is dat anders: de bestuurder zal dan een premie betalen die is aangepast aan *zijn* inkomen.

Hopelijk zijn deze (te) korte kanttekeningen voldoende om te laten zien dat de rechtseconomie een waardevolle bijdrage aan de discussie

civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse, Praeadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 1990 en M. Faure VA 1993 blz. 1 e.v.

over de verkeersverzekering kan leveren. Voor mij persoonlijk is het een aardige bijkomstigheid dat de rechtseconomie mijn vroegere betogen lijkt te ondersteunen.

6. SLOTSOM

De vraagstelling is: wat moet mijn legendarische Wolfsbergen-bewerker doen aan de rechtseconomie? Aan het einde van mijn verkenningstochtje durf ik nu een antwoord te geven.

Ik zou bij enige onderwerpen — de besproken, maar ook nog wel andere onderwerpen, zoals de produktenaansprakelijkheid — een plaatsje inruimen voor de rechtseconomische benadering. Ik zou hier en daar iets zeggen over de rechtseconomische invalshoek en haar betekenis voor de rechtsvorming en de rechtstoepassing.

Aldus zou ik de rechtseconomie in ieder geval niet minder eer geven dan in haar land van herkomst, de Verenigde Staten, gebruikelijk is. In het nog altijd gezaghebbende handboek van Prosser²⁷ wordt, als ik goed heb gezien, vrijwel niets gezegd over de rechtseconomie; zelfs de Hand-formule wordt in een noot afgedaan. In zijn meer op studenten gerichte boek zegt Fleming hier en daar iets over de rechtseconomische benadering, maar niet zo heel veel.²⁸ Ik denk dat de grote goeroe van de rechtseconomie, Posner, hier niet tevreden mee zal zijn, want hij heeft meer pretenties:²⁹ ‘The economic theory of law is the most promising positive theory of law extant. While anthropologists, sociologists, psychologists, political scientists, and other social scientists beside economists also make positive analyses of the legal system, their work is insufficiently rich in theoretical or empirical context to create serious competition for the economist.’ Maar de goeroe is ook charmant, want hij voegt er tussen haakjes aan toe: ‘The reader is challenged to adduce evidence contradicting this presumptuous, sweeping and perhaps uninformed judgment.’ Enig bewijs heb ik misschien in dit opstel aangedragen. Maar wat hiervan zij, het zou in de nieuwe Wolfsbergen gaan om een bescheiden plaatsje, omdat in mijn ogen de betekenis van de rechtseconomie voor de onrechtmatige daad vooralsnog bescheiden is. Het ongevallenrecht,

27. Prosser and Keeton on the Law of torts, St. Paul Minn. 1984. De in de tekst genoemde noot is noot 46 op blz. 173.

28. J.G. Fleming The law of torts 8e druk 1992. Zie blz. 11/2 en 118/9.

29. A.w. blz. 26.

waar de rechtseconomie zich hier vooral op richt, is maar een segment van de onrechtmatige daad en in dit segment moet de betekenis van de rechtseconomie niet worden overschat. Bovendien zou het in de nieuwe Wolfsbergen, evenals in de oude, vooral moeten gaan over (de theorie van) het positieve recht. Voor de kontekst zou er maar in beperkte mate ruimte zijn. Wat dit betreft is er verschil met het prachtige boek van Atiyah, dat binnen 25 jaar vijf drukken beleefde: hij behandelt alleen het ongevallenrecht en dat in een brede kontekst en kan dan ook aan de rechtseconomie meer aandacht besteden.

Nederlandstalige rechtseconomen zullen, net als Posner, wel meer willen. Ik hoop dat zij, als zij dit opstel lezen (wat niet zo waarschijnlijk is), daaruit zullen begrijpen dat ik — naast kritiek — ook waardering voor hun werk heb. Die waardering zou groter kunnen worden, als onze rechtseconomen zich iets meer zouden kunnen ontworstelen aan hun Amerikaanse broeders, als zij ter toetsing van hun theorieën met eigen empirisch onderzoek zouden komen, als zij zouden willen kennis nemen van het werk van juristen en als zij zo veel mogelijk zouden proberen in voor gewone juristen begrijpelijke taal te schrijven. Maar wie ben ik dat ik aan rechtseconomen zou mogen vertellen wat zij moeten doen...