



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Over emotionele eigendomsrechten, dure advocaten en afhakende gynaecologen

Velthoven, B.C.J. van

Citation

Velthoven, B. C. J. van. (2009). Over emotionele eigendomsrechten, dure advocaten en afhakende gynaecologen. *Recht Der Werkelijkheid*, 30(1), 121-127. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15822>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15822>

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

Bron: B.C.J. van Velthoven (2009), 'Over emotionele eigendomsrechten, dure advocaten en afhakende gynaecologen', *Recht der Werkelijkheid*, vol. 30, nr. 1, pp. 121-127.

Over emotionele eigendomsrechten, dure advocaten en afhakende gynaecologen Een signalement van de *Journal of Empirical Legal Studies* 2008

Ben van Velthoven

Met dit signalement wil ik u graag attenderen op de *Journal of Empirical Legal Studies* (*JELS*). Hoewel het blad pas sinds 2004 bestaat, heeft het zich in korte tijd ontwikkeld tot een toonaangevend tijdschrift, met een zodanig brede inhoud dat alle lezers van *Recht der Werkelijkheid* er hun voordeel mee kunnen doen. *JELS* kent geen disciplinaire, nationale of thematische grenzen, zolang de bijdragen maar empirisch en rechtswetenschappelijk zijn, beide in de breedste zin van het woord.

Jaargang 5 (2008) telt maar liefst 32 artikelen, verspreid over 4 nummers en 1017 pagina's. Daaronder zijn zowel bijdragen te vinden met een duidelijk (rechts)-sociologische, als met een (rechts)economische, psychologische of politicologische inslag. De meeste artikelen gaan over de VS, niet onlogisch omdat dat land met zijn 50 staten nu eenmaal een unieke bron voor empirisch vergelijkend onderzoek vormt; maar er is ook aandacht voor Burkina Faso, Engeland, Mexico, Taiwan en, jawel, Nederland. En de onderwerpen lopen uiteen van familierecht tot strafrecht, en van belastingrecht tot industriële organisatie. Over die onderwerpen wil ik het hier echter niet hebben. In dit signalement wil ik een aantal in 2008 verschenen artikelen uitlichten die wat dichter bij elkaar liggen, doordat ze alle te maken hebben met facetten van de civiele rechtspleging.¹

Common law versus civil law

In de rechts- en ontwikkelingseconomie is een stevige discussie gaande over de betekenis van 'legal origin', naar aanleiding van een serie artikelen van La Porta, Lopez-de Silanes, Shleifer and Vishny (LLSV) in de jaren '90. Gebleken zou zijn dat landen die tot de 'civil law' familie behoren, en dan met name de Franse variant daarvan, te maken hebben met relatief onzekere eigendomsrechten, hogere belastingen, slechtere regulering, een minder efficiënte overheid en minder politieke vrijheid. Kortom: de common law zou superieur zijn aan de civil law. In een zeer lezenswaardig artikel vat VOIGT² de discussie tot nu toe samen en wijst hij op een aantal tekortkomingen in de analyses. Zeker zo interessant is dat hij de stelling van LLSV ook zelf aan een empirische test onderwerpt. Als inderdaad het Franse recht minder bescherming en zekerheid biedt voor particuliere eigendomsrechten dan het rechtsstelsel van de common law, dan zou je verwachten dat dat zichtbaar wordt bij die transacties waar het bedrijfsleven een keuzemogelijkheid heeft. Voigt wijst vervolgens op internationale handelstransacties, waar het bedrijfsleven voor de beslechting van eventuele geschillen in het algemeen arbitrage verkiest boven rechtspraak. Daarbij moet ook worden vastgelegd welk recht van toepassing zal zijn. Gebruik makend van gegevens van het International Court of Arbitration laat Voigt zien

¹ Daarbij ga ik vanwege de beperkte ruimte nog voorbij aan een drietal artikelen met een sterk politicologische inslag, waarin de besluitvorming rond het US Supreme Court wordt bestudeerd.

² Voor de bibliografische gegevens van de besproken artikelen verwijs ik naar het overzicht aan het eind.

dat het Franse recht (evenals het Zwitserse, dat sterk door het Franse is beïnvloed) in de praktijk aanzienlijk vaker wordt gekozen dan verwacht, en het recht van de VS juist minder vaak. Dit resultaat betekent duidelijk tegengas voor de stelling van LLSV.

Psychologie van eigendomsrechten

Ook over eigendomsrechten, maar dan vanuit rechtspsychologisch perspectief, handelt de bijdrage van NADLER & DIAMOND. Eigendom is weliswaar “het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben”, maar het is niet heilig, zelfs niet als het om eigen huis en haard gaat. Zo kan de overheid overgaan tot onteigening, wanneer een perceel nodig is voor een project van algemeen belang. Probleem daarbij is dat de subjectieve waarde voor de eigenaar aanzienlijk hoger kan liggen dan de faire marktprijs die als uitgangspunt voor de compensatie dient. In de VS is de kwestie in 2005 weer actueel geworden door een uitspraak van het Supreme Court in de zaak *Kelo v. City of New London*. Daarin keurt het Supreme Court een (her)ontwikkelingsplan goed waarin een flink aantal woonhuizen moet verdwijnen ten gunste van de vestiging van de onderzoeksafdeling van Pfizer. Geoordeeld wordt dat onteigening is toegestaan, omdat het project van algemeen belang is. Het zorgt immers voor extra werkgelegenheid en belastinginkomsten. De uitspraak heeft in de VS brede stormen van protest opgeroepen. Nadler en Diamond willen weten waarom. Worden de emoties vooral losgemaakt door het beoogde doel van de onteigening, of is het de verbondenheid met eigen huis en haard? Voor de beantwoording van die vraag baseren ze zich op experimenteel onderzoek. Uit de bevindingen komt naar voren dat het doel van de onteigening wel enige invloed heeft op de mate waarin men onteigening gerechtvaardigd vindt, maar niet of nauwelijks op de bereidheid om het eigen bezit te verkopen. De persoonlijke verbondenheid met het eigen bezit heeft daarentegen wel een sterk effect. Sommige mensen gaven zelfs aan dat geen enkel bedrag hoog genoeg zou zijn om te compenseren voor het verlies van hun bezit. “The results, overall, suggest that current eminent domain jurisprudence has failed to address some deep concerns that ordinary people have about the eminent domain power.”

Over schikkingen en rechtszaken

In veel gevallen proberen partijen hun geschillen buiten de rechtszaal om af te handelen. Dat is zeer begrijpelijk. Het feit dat de soms zeer aanzienlijke proceskosten kunnen worden uitgespaard, creëert in het algemeen een behoorlijke onderhandelingsruimte. Met verstandig geven en nemen kunnen partijen een deal sluiten die wederzijds voordelig uitpakt ten opzichte van de verwachte netto-uitkomst van een rechtsgang. Er zijn echter ook verschillende redenen te bedenken waarom overleg over een schikking zou kunnen mislukken. Zo kan er asymmetrische informatie in het spel zijn, waardoor de ene partij geheel anders tegen de zaak aankijkt dan de andere. Ook kan er sprake zijn van ‘gezamenlijk optimisme’, wat inhoudt dat partijen hun winstkansen bij de rechter overschatten, zoal niet elk individueel, dan toch in ieder geval gezamenlijk. Met een te harde opstelling van een (of beide) van de partijen kan het overleg gemakkelijk stuk lopen. Interessante vragen voor empirisch onderzoek zijn dan: (1) Waarom loopt het overleg over een schikking eigenlijk precies mis? en (2) Zijn de partijen met een schikking inderdaad beter af dan met een rechtsgang?

KISER ET AL. proberen een antwoord te vinden op de eerste vraag. Ze gebruiken gegevens over ruim 2.000 rechtszaken uit Californië waarin partijen weliswaar met elkaar overlegd hebben, maar uiteindelijk het laatste bod van de tegenpartij hebben verworpen en hebben aangestuurd op een rechterlijke uitspraak. Door het laatste bod van elk van de partijen te vergelijken met de uiteindelijke uitspraak van de rechter wordt duidelijk of en in welke mate partijen fouten maken bij het inschatten van hun positie. En dat blijkt op grote schaal te gebeuren. In 61,2% van de zaken concludeert de eisende partij ten onrechte dat een rechtsgang een betere optie is dan een schikking, en in 24,3% van de zaken overschat de gedaagde de eigen positie. Kortom, slechts in 14,5% van de zaken maakt geen van beide zo'n inschattingsfout (en is er blijkbaar een andere reden waarom het overleg is mislukt). Deze bevindingen sluiten aan op eerder onderzoek, met dien verstande dat het foutenpercentage in de loop van tijd alleen maar lijkt toe te nemen. Aardig nieuwtje is dat in zaken waar ten minste één van de advocaten ook ervaring heeft als mediator, het aantal zaken zonder inschattingsfout op 22,5% uitkomt, wat duidelijk gunstiger is dan de eerder genoemde 14,5% overall.

KAPLAN ET AL. presenteren materiaal waarmee ze de tweede vraag te lijf kunnen. Het geval wil namelijk dat partijen bij een arbeidsrechtelijk geschil in Mexico een eventuele schikking moeten laten registreren en ratificeren, voordat deze een bindend karakter krijgt. Daardoor kunnen ze zowel over gegevens van schikkingen als van rechtszaken beschikken en die onderling vergelijken. Interessante bevinding is dat de uiteindelijk aan werknemers toegekende bedragen bij schikkingen hoger uitvallen dan bij rechtszaken. Verder blijkt dat bedrijven die te maken hebben met meer eisers, minder vaak schikken en uiteindelijk lagere bedragen betalen. Omdat de inzet hoger is, stellen ze zich blijkbaar harder op. Ten slotte blijken werknemers die hun claim overdrijven, minder vaak met een schikking weg te komen, zodat ze mogelijk voor hun overdrijving gestraft worden in een uiteindelijk lager bedrag.

Nut van advocaten

HUANG onderzoekt de betekenis van procesbijstand door advocaten in Taiwan. Hij beschikt over gegevens van alle gewone civiele rechtszaken in de periode 2000 t/m 2006. Die data zijn interessant, omdat partijen in alle gevallen de vrije keuze hebben om zelf te procederen dan wel zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat. Van die keuzevrijheid blijkt volop gebruik gemaakt te worden: bij liefst 53% van de rechtszaken opereren beide partijen pro se, terwijl bij slechts 21% beide partijen zich laten vertegenwoordigen. Logische vervolgvraag is of het voor het resultaat iets uitmaakt. Huang vindt dat zaken waarin ten minste een van de partijen zich laat vertegenwoordigen, in mindere mate worden geschikt dan pro se zaken. Verder heeft bij rechtszaken een vertegenwoordigde gedaagde een significant hogere winstkans dan de gedaagde die niet vertegenwoordigd is. Daarentegen is er nauwelijks verschil tussen de winstkansen voor eisers met en zonder vertegenwoordiger. Een en ander suggereert dat advocaten een belemmering vormen voor het tot stand komen van een schikking, en dat proces-vertegenwoordiging wat kan toevoegen. Huang maakt echter aannemelijk dat die gevolgtrekkingen onjuist zijn. Hij beargumenteert dat het effect van vertegenwoordiging als zodanig waarschijnlijk gering is en dat zijn bevindingen toegeschreven moeten worden aan selectie-effecten. Immers, doordat partijen de vrije keuze hebben om al dan

niet een advocaat in te schakelen en de beloning voor de advocaat in het algemeen een vast tarief kent, zullen ze niet zo snel een beroep doen op een advocaat wanneer ze perspectief zien voor een minnelijke schikking. Verder zal een gedaagde geneigd zijn om alleen dan een advocaat in te schakelen wanneer de eiser hem daarin is voorgegaan en hij zichzelf goede kansen toedicht. Huang concludeert dan ook “that not only are parties apt to make deliberate and reasonable decisions on whether to seek legal representation, but also pro se cases actually proceed quite well.” Hij ziet dan ook niet veel in verplichte procesvertegenwoordiging.

Daarbij aansluitend verdient ook de bijdrage van KRITZER de aandacht. Hij buigt zich over de presumptie dat het inkomen bij de lagere inkomensklassen een drempel vormt voor het inschakelen van een advocaat. Een advocaat is immers duur. Maar is het inkomen wel echt een drempel? Kritzer loopt er een tiental bestaande Legal Needs/Access to Justice studies op na, uit een reeks van landen. Hij vindt een consistent patroon: inkomen heeft relatief weinig invloed op de beslissing om voor advies of bijstand naar een advocaat te stappen. Voor zover het inkomen al een rol speelt, is die zeer klein vergeleken met de aard (en de omvang) van het geschil. Hij heeft ook een verklaring. Bij de afweging voorafgaand aan het inschakelen van een advocaat wordt ongetwijfeld naar de kosten gekeken, maar dat is slechts een deel van het verhaal. Zeker zo belangrijk zijn de baten die ervan verwacht kunnen worden. Als die baten beperkt zijn, kan het heel goed zijn dat mensen met (ruim) voldoende draagkracht er toch voor kiezen geen advocaat in te huren. Natuurlijk, zo stelt Kritzer vast, is dat dan een keuze uit luxe, een luxe die de lagere inkomensklassen niet hebben. Maar het geeft hem wel aanleiding tot het stellen van twee indringende vragen. (1) Komt het ècht voor, en in welke mate, dat mensen met beperkte middelen ervan afzien een advocaat in te schakelen wanneer dat substantiële baten zou opleveren? En omgekeerd: (2) Als mensen in de lagere inkomensklassen bij geschillen geen beroep doen op rechtsbijstand, is er dan (altijd) sprake van ‘unmet legal need’? Ook als mensen met (meer dan) voldoende draagkracht een zelfde afweging zouden hebben gemaakt? Kortom, het probleem van de ‘unmet legal needs’ vraagt overdenking.

Medische aansprakelijkheid

Een bijzonder type geschillen dat de pennen in beweging houdt, is dat van de medische aansprakelijkheid. Enerzijds is er de zorg dat met het oplopen van de claims de kosten volstrekt uit de hand lopen. Anderzijds is er de vraag welke invloed de medische aansprakelijkheid eigenlijk heeft op de kwaliteit en beschikbaarheid van medische zorg.

HART & PETERS presenteren gegevens over medische aansprakelijkheidsclaims in de Amerikaanse staat New York over de periode 1980 t/m 1993. Tussen districten blijkt er een aanzienlijke variatie in claimcultuur te zijn. Het aantal claims per inwoner is in sommige districten 5x hoger dan in andere. Bij het zoeken van een verklaring voor de verschillen komt het mediane huishoudinkomen in het district als belangrijkste factor naar voren. Helaas geeft het onderzoek geen houvast voor het bepalen van de juiste norm. “On the one hand, additional claims made in the high-rate counties may be meritorious claims that get overlooked in the other counties.” “On the other hand, the extra claims could be frivolous ones produced by a local “lottery” attitude or an overeager bar.”

Om medische aansprakelijkheidsclaims in een vroeg stadium te kunnen scheiden in

terechte en onterechte claims, en de proceskosten beheersbaar te houden, zijn in de jaren '70 in een flink aantal Amerikaanse staten zogenoemde review panels ingesteld. Sindsdien zijn er twijfels gerezen over de effectiviteit. WHITE ET AL. vergelijken de resultaten in 2002 in de staten met en zonder review panel. Ze vinden geen significante verschillen in de kosten van het aansprakelijkheidsstelsel noch in de afhandelingsduur van claims. Kortom: de bestaande twijfel over de effectiviteit is niet onterecht.

YANG ET AL. ten slotte gaan na in hoeverre hoge en/of stijgende kosten van medische aansprakelijkheid effect hebben op het aanbod van medische zorg. Dat zou dan zeker zichtbaar moeten worden bij verloskundigen/gynaecologen, die tot de specialisten met de hoogste aansprakelijkheidsrisico's behoren. De bevindingen van eerder onderzoek zijn niet eenduidig. In een eigen analyse van Amerikaanse gegevens over de periode 1992-2002 vinden ze evenmin een statistisch significant verband. Ze zien drie redenen die met elkaar een afdoende verklaring kunnen bieden voor het ontbreken van een verband. Ten eerste zijn de stijgende premies voor de aansprakelijkheidsverzekeringen in het totaal van de praktijkkosten geen post van doorslaggevende betekenis. Ten tweede zijn artsen in staat de stijgende premies door te berekenen aan patiënten en zorgverzekeraars. Ten derde zijn de kosten van het verplaatsen van een praktijk of het overschakelen naar een ander specialisme veelal prohibitief hoog.

Methodologie

Tussen alle inhoudelijke onderzoek is er ook aandacht voor methodologische kwesties.

KASTELLE EN LAX brengen nog eens op niet mis te verstane wijze de betekenis van selectie-effecten onder de aandacht. Wie uit de feitelijke set zaken van een gerecht probeert af te leiden (i) welke zaakskenmerken ertoe doen en hoeveel, (ii) hoe het zit met de preferenties van individuele rechters en het gerecht als geheel, of (iii) in welke mate lagere gerechten de lijn van hogere gerechten volgen, dient zich ervan bewust te zijn dat de set zaken in kwestie niet aselekt gekozen is. (Zie ook de bijdrage van Huang hiervoor). Met een mooie simulatiestudie laten de auteurs zien dat er ernstige fouten in afleidingen en gevolgtrekkingen kunnen ontstaan, wanneer onvoldoende rekening wordt gehouden met de aanwezige bias in de gegevens als gevolg van selectie-effecten.

En LEMPERT behandelt de algemene vraag: Wat is eigenlijk de betekenis van het empirische rechtswetenschappelijke onderzoek voor beleid en wetgeving? Hij stelt vast dat de tijdschriften vol staan met aanbevelingen voor een nieuwe wet hier en een beleidswijziging daar. Maar hij heeft het gevoel dat juristen en andere rechtswetenschappers zich te gemakkelijk laten meeslepen. Aan de hand van drie concrete studies bespreekt hij vervolgens de mogelijkheden, maar vooral ook de beperkingen van empirisch onderzoek.

Tot slot

Ik sluit dit signalement af met een leuke uitsmijter, de veronderstelde band tussen onderwijs en onderzoek bij academische opleidingen. Bevruchten die elkaar? Of zitten ze elkaar juist in de weg, in een strijd om de schaarse tijd van het personeel? BARTON doet verslag van empirisch onderzoek op 19 Amerikaanse law schools, waarbij hij gegevens heeft verzameld over de volledige wetenschappelijke staf met (uitzicht op) een vaste aanstelling, 623 personen in totaal. Zijn onderzoek naar de correlatie tussen de onderwijs-

beoordeling door studenten enerzijds en de wetenschappelijke productiviteit in termen van publicaties en citaties anderzijds leidt tot een ontnuchterend resultaat. “Statistically speaking, it is unwise to conflate correlation and causation, and sometimes even correlation numbers can be misleading if there is a factor outside of those studied that is driving the numbers. Nevertheless, a finding of no or very slight correlation makes it unlikely that teaching and scholarship are having a large effect on each other one way or the other.”

Referenties (alle afkomstig uit de *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 5, 2008)

- BARTON, Benjamin, ‘Is There a Correlation Between Law Professor Publication Counts, Law Review Citation Counts, and Teaching Evaluations? An Empirical Study’, 619-644.
- HART, Kevin D., & PETERS, Philip G., ‘Cultures of Claiming: Local Variation in Malpractice Claim Frequency’, 77-107.
- HUANG, Kuo-Chang, ‘How Legal Representation Affects Case Outcomes: An Empirical Perspective from Taiwan’, 197-238.
- KAPLAN, David S., SADKA, Joyce, & SILVA-MENDEZ, Jorge Luis, ‘Litigation and Settlement: New Evidence from Labor Courts in Mexico’, 309-350.
- KASTELLEK, Jonathan P., & LAX, Jeffrey R., ‘Case Selection and the Study of Judicial Politics’, 407-446.
- KISER, Randall L., ASHER, Martin A., & McSHANE, Blakeley B., ‘Let’s Not Make a Deal: An Empirical Study of Decision Making in Unsuccessful Settlement Negotiations’, 551-591.
- KRITZER, Herbert M., ‘To Lawyer or Not to Lawyer: *Is that the Question?*’, 875-906.
- LEMPERT, Richard, ‘Empirical Research for Public Policy: With Examples from Family Law’, 907-926.
- NADLER, Janice, & DIAMOND, Shari Seidman, ‘Eminent Domain and the Psychology of Property Rights: Proposed Use, Subjective Attachment and Taker Identity’, 713-749.
- VOIGT, Stefan, ‘Are International Merchants Stupid? Their Choice of Law Sheds Doubt on the Legal Origin Theory’, 1-20.
- WHITE, Frederick J. III, PETTIETTE, Lawrence W. Jr., WIGGINS, Rendi B., & KISS, Alexander, ‘Medical Malpractice Review Panels and Medical Liability System Cost, Timeliness, and Efficiency: A Cross-Sectional Study’, 375-405.
- YANG, Y. Tony, STUDDERT, David M., SUBRAMANIAN, S.V., & MELLO, Michelle M., ‘A Longitudinal Analysis of the Impact of Liability Pressure on the Supply of Obstetrician-Gynecologists’, 21-53.