

Tilburg University

Empirical Legal Studies (ELS)

van Dijck, G.

Published in:

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

Publication date:

2011

Document Version

Peer reviewed version

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

Citation for published version (APA):

van Dijck, G. (2011). Empirical Legal Studies (ELS). *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 142(6912), 1105-1112.

General rights

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

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

Take down policy

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

Empirical Legal Studies (ELS)

Abstract

Empirical Legal Studies (ELS) is een beweging waarin empirisch onderzoek wordt gedaan naar effecten van het recht. Het typische van ELS is dat het zich in de praktijk voor een belangrijk deel, in ieder geval meer dan andere empirische tradities, richt op kwantitatief onderzoek op basis van relatief grote databases en datasets. Het toepassingsgebied strekt zich uit over verschillende terreinen van het privaatrecht. Mede door de verbinding met, en haar relevantie voor, zowel beleid (wetgeving) als rechtspraktijk (rechtspraak en advocatuur), heeft ELS een vlucht genomen, vooral in de Verenigde Staten. Aan de hand van voorbeelden op onder meer privaatrechtelijke schikkingen, het aansprakelijkheidsrecht en het faillissementsrecht wordt geïllustreerd wat ELS bijdraagt of kan bijdragen aan de beoefening en bestudering van het privaatrecht. Besloten wordt met een schets van de kansen en bedreigingen van ELS, alsook met verdere verwijzingen naar tijdschriften en handboeken.

1. Inleiding en omschrijving ELS

Deze bijdrage behandelt de opkomst en betekenis van *Empirical Legal Studies* (ELS) voor de bestudering van het privaatrecht, inclusief de betekenis voor (wetgevings)beleid en voor kwesties waarmee de rechtspraktijk zich geconfronteerd ziet of kan zien. ELS is een beweging die zich vooralsnog voornamelijk afspeelt binnen het Amerikaanse, juridische onderzoek. Zij laat zich moeilijk precies omschrijven, onder meer vanwege de verschillende definities die ELS-beoefenaars aan het begrip ‘empirisch onderzoek’ geven. Sommigen spreken over ‘observaties van de werkelijkheid’, maar deze definitie maakt empirisch-juridisch onderzoek tot een niet-onderscheidend begrip: onder deze definitie is vrijwel al het

¹ Werkzaam bij Tilburg Law School. Ten tijde van het schrijven van dit artikel als visiting professor verbonden aan Stanford University. E-mail: g.vandijck@tilburguniversity.edu.

juridisch onderzoek als empirisch aan te merken.² Een andere manier om empirisch-juridisch onderzoek te omschrijven is door het te definiëren als het op basis van waarnemingen systematisch analyseren van de effecten van het recht (wat het recht ‘doet’).³ Andere omschrijvingen van empirisch onderzoek beperken zich vaak tot het gebruik van statistische of kwantitatieve methoden. Deze laatste omschrijving lijkt het beste aan te sluiten bij hoe ELS-onderzoek in de praktijk gestalte krijgt, maar hierin schuilt wel het nadeel dat alle vormen van kwalitatief onderzoek worden uitgesloten, zoals case-studies en interviews.⁴

In ieder geval onderscheidt ELS zich van doctrinair onderzoek, want doctrinair onderzoek richt zich doorgaans niet op analyses van hoe privaatrechtelijke regels in de praktijk werken. Bovendien wijkt doctrinair onderzoek qua werkwijze af van ELS. Het analyseren van wetten, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur zoals dat gebruikelijk is in privaatrechtelijk onderzoek, wordt binnen ELS meestal niet beschouwd als een vorm van empirisch onderzoek⁵, tenzij op een systematische wijze wordt onderzocht wat het recht doet of hoe het werkt.

ELS onderscheidt zich voorts van *New Legal Realism* (NLR). ELS stelt pragmatischere vragen, dit wil zeggen vragen die beleids- of praktische relevantie hebben, en is mede hierdoor minder theoriegedreven dan NLR.⁶ Verder richt ELS zich in belangrijke mate op datasets en databases, in ieder geval meer dan bij bijvoorbeeld NLR. Zo zullen “papers that describe data, without significant analysis” over het algemeen niet worden geaccepteerd voor de jaarlijkse *Conference on Empirical Legal Studies*.⁷ Mede hierdoor is ELS kwantitatiever (statistischer) dan NLR. Een scherpe grens tussen ELS en NLR is echter niet altijd te trekken. Niet iedere publicatie laat zich als uitsluitend ELS of NLR kwalificeren; soms valt voor beide kwalificaties wat te zeggen.⁸

² Zo ook Korobkin 2002, p. 1035, voetnoot 3; Van Hoecke 2010.

³ In vergelijkbare zin Diamond & Mueller 2010, Schneider & Teitelbaum 2006; Diamond 2002, p. 805.

⁴ Zie bijvoorbeeld Heise 1999, p. 810-811; Nard 1995, p. 348-361.

⁵ Zo ook Korobkin 2002, p. 1035; Burns & Hutchinson 2009, p. 155-156.

⁶ Voor meer informatie over NLR, zie de bijdrage van Vranken in deze special.

⁷ Zie bijvoorbeeld <http://www.law.yale.edu/news/CELSsubmissions.htm> (laatst geraadpleegd 30 augustus 2011).

⁸ Zie uitgebreider over de verhouding tussen ELS en NLR, ondersteund door empirische gegevens, Mertz & Suchman 2010.

ELS richt zich op verschijnselen, kwesties en problemen die beleidsmakers, procespartijen en rechters informeren over hoe het juridische systeem werkt.⁹ En hoewel wordt gesteld dat ELS is ontstaan en zich vooral afspeelt binnen juridische faculteiten, laat onderzoek zien dat de meerderheid van het empirische werk binnen ELS niet afkomstig is van law professors, maar van economen, politicologen en psychologen.¹⁰ Dit maakt het onderscheid met NLR nog diffuser.

Deze bijdrage vervolgt met een schets van de opkomst en het toepassingsgebied van ELS (*par. 2*), gevolgd door de relevantie van ELS voor beleid (wetgeving) en voor de rechtspraktijk (rechtspraak, advocatuur) (*par. 3*). Aan de hand van voorbeelden zal worden geïllustreerd wat ELS hiervoor te bieden heeft. Aan de orde komen voorbeelden over schikkingen, het aansprakelijkheidsrecht en het faillissementsrecht. Deze bijdrage besluit met het schetsen van de kansen en bedreigingen van ELS (*par. 4*). Tevens worden verdere verwijzingen gegeven voor geïnteresseerden die zich verder willen verdiepen in ELS.

2. Opkomst en toepassingsgebied ELS

De eerste tekenen van het ontstaan van ELS zijn gelegen rond het jaar 2000. ELS is vooralsnog vooral populair in de Verenigde Staten, waar het een grote vlucht heeft genomen.¹¹ Het onderzoek kan op vrijwel ieder onderwerp betrekking hebben, zolang het maar raakvlakken heeft met het juridische en zolang de methodologie aansluit bij wat gangbaar is binnen ELS (meestal statistisch onderzoek op basis van een dataset).

Het valt op dat een groot deel van het onderzoek privaatrechtelijk van aard is. Het aandeel strafrechtelijk en bestuursrechtelijk onderzoek is relatief klein, hoewel ook dat voorkomt. Het is gissen naar een verklaring hiervoor. Mogelijk heeft het te maken met het feit dat voor deze typen onderzoek al fora bestaan, bijvoorbeeld binnen policy making (bestuursrecht) en de rechtspsychologie en criminologie (strafrecht).

⁹ Eisenberg 2002, p. 1741.

¹⁰ Mertz & Suchman 2010.

¹¹ Heise 2002; McAdams & Ulen 2002. Voor een overzicht van ELS vóór 1940, zie Kritzer 2009.

In verschillende Amerikaanse studies is getracht de toename van empirisch-juridisch onderzoek in kaart te brengen. Hieruit blijkt dat het gebruik van kwantitatieve sociaalwetenschappelijke methoden, in vergelijking met andere typen onderzoek (dogmatisch, rechtseconomisch etc.), in de loop der jaren substantieel was toegenomen¹², dat een groot deel (46%) van de geanalyseerde artikelen gepubliceerd in *law reviews* tussen 1998 en 2008 empirisch onderzoek bevat, maar dat eigen empirisch onderzoek minder gebruikelijk is (5,7%)¹³.

Vershillende factoren hebben bijgedragen aan de opmars van ELS. Genoemd worden de introductie van tijdschriften die specifiek zijn gericht op het publiceren van empirisch-juridisch onderzoek (Amerikaanse), zoals *Journal of Empirical Legal Studies* (JELS), tijdschriftredacties die in toenemende mate empirisch onderzoek zijn gaan publiceren, faculteiten die empirisch geschoolde onderzoekers in dienst zijn gaan nemen, de toename van het aantal empirisch georiënteerde vakken dat, zij het nog in beperkte mate, wordt gedoceerd aan de verschillende (Amerikaanse) universiteiten, en de opkomst van datasets waarover meerdere onderzoekers kunnen beschikken.¹⁴ Dat er meer data beschikbaar komen, statistische programma's gebruiksvriendelijker worden en vooraanstaande rechtswetenschappers en rechters het verrichten van empirisch-juridisch onderzoek aanmoedigen, zal volgens verschillende auteurs leiden tot een verdere toename van empirisch-juridische studies.¹⁵

Het voorgaande heeft er onder meer toe geleid dat in 2004 het *Journal of Empirical Legal Studies* werd geïntroduceerd door de *Society for Empirical Legal Studies* en *Cornell Law School*. In 2009 stond dit tijdschrift op plaats 62 in de ranking van alle law journals in de Verenigde Staten.¹⁶ Daarnaast zijn verschillende centra van empirisch-juridisch onderzoek opgericht, onder meer aan Berkeley, Cornell, Harvard, UCLA en Washington University. Ook

¹² Ellickson 2000, p. 528-529. Vergelijk George 2006, p. 147, waarin aan de hand van de resultaten uit het onderzoek van Ellickson een prognose is gemaakt voor de jaren 2000-2006.

¹³ Diamond & Mueller 2010, p. 581, 587. Er zijn meer studies op komst, onder meer van Heise, maar die zijn nog niet gepubliceerd.

¹⁴ Heise 2002; McAdams & Ulen 2002.

¹⁵ Lindgren 2006; Heise 2002.

¹⁶ Zie <<http://lawlib.wlu.edu/lj/index.aspx>> (laatst geraadpleegd 16 januari 2011). Resultaat op basis van de 'combined impact & citations' optie. Na een geweldig begin – het tijdschrift stond op nummer 29 in 2006 – is het tijdschrift dalende in de rankings (nr. 45 in 2007, nr. 55 in 2008, nr. 62 in 2009), mogelijk mede vanwege de groter wordende mogelijkheid om empirische studies in andere juridische tijdschriften te publiceren.

aan andere grote Amerikaanse universiteiten, zoals Harvard, Stanford en Yale, is een belangrijk onderdeel van het onderzoek empirisch, maar omdat die universiteiten zich niet als centrum of groep naar buiten presenteren, springt dit niet onmiddellijk in het oog.¹⁷

Hoewel ELS-beoefenaars zeggen open te staan voor het toepassen van verschillende vormen van empirisch onderzoek, komt het onderzoek in de praktijk vooral neer op het verzamelen van relatief veel data en het toepassen van statistische analyses (met name regressieanalyse) op die data.¹⁸ Voorbeelden zijn het verzamelen van gegevens over schikkingen (zie hieronder), over hoe vaak punitive damages worden gevorderd en opgelegd¹⁹ en over massaschade²⁰. Het is met name deze vorm van empirisch onderzoek die, vanwege de vele coëfficiënten, voor niet-empirisch geschoolde juristen moeilijk te volgen is. Dit neemt niet weg dat de resultaten wel degelijk van belang zijn voor de bestudering en beoefening van het privaatrecht.

3. Voorbeelden en relevantie voor doctrinaire bestudering en beoefening van privaatrecht

Het is niet mogelijk om binnen het bestek van dit artikel in te gaan op wat ELS te bieden heeft voor alle onderdelen van het privaatrecht. Ik beperk mij tot een drietal onderwerpen waar relatief veel studies naar zijn gedaan die bovendien interessante uitkomsten bieden. Achtereenvolgens komen schikkingen, de effecten van aansprakelijkheid op gedrag en het aantal claims, alsook kwesties in het insolventierecht aan de orde. Deze drie thema's zijn slechts illustraties; er zijn veel meer voorbeelden waarin empirisch onderzoek een rol speelt. Het in eind 2010 uitgekomen *Oxford Handbook of Empirical Legal Research* bevat beschrijvingen en voorbeelden ten aanzien van veel andere onderwerpen.²¹

¹⁷ Zie bijvoorbeeld Gordon 2010; Gordon 2010, te raadplegen via <http://stanfordlawyer.law.stanford.edu/2010/05/the-empiricists/> (laatst geraadpleegd 30 augustus 2011).

¹⁸ Zie Mertz & Suchman 2010, met verdere verwijzingen.

¹⁹ Bijvoorbeeld Eisenberg e.a. 2006; Eaton & Mustard & Talarico 2005; Eisenberg e.a. 2002.

²⁰ Bijvoorbeeld Fitzpatrick 2010; Eisenberg & Miller 2004.

²¹ Cane & Kritzer 2010.

3.1 Schikkingen

Voor Nederland is bekend dat 6,5% van de potentiële juridische problemen in Nederland uitmonden in een officiële procedure.²² Daarvan haalt slechts een fractie de Hoge Raad of de Raad van State: rond de 0,2%.²³ Van degenen met een potentieel juridische claim geldt dat in het civiele recht ongeveer 10% het erbij laat zitten, dat 45% het zelf oplost ('doe het zelve') en dat 45% juridische bijstand zoekt.

Naar het aantal schikkingen en schikkingsgedrag zijn verder weinig empirische studies gedaan. Wel is het algemeen bekend dat juridische geschillen veel vaker worden geschikt dan dat ze leiden tot een juridische procedure. Dat beeld bestond ook in de Verenigde Staten. Daar werd aangenomen dat ongeveer 90% of meer van de juridische geschillen op de een of andere wijze worden geschikt. Dit percentage was mede gebaseerd op eerder empirisch onderzoek, dat veelal beperkt was in aantal en focus (bijvoorbeeld op een enkel rechtsgebied). Een voorbeeld hiervan is een studie uit 1980 waarin in 95,8% van de 2.216 zaken een schikking is gevonden.²⁴ De onderzochte zaken hadden echter betrekking op verkeersongevallen waarbij een verzekeraar in het spel was. Bovendien bevatte dit percentage tevens de gevallen waarin eisers geen vergoeding hebben ontvangen omdat zij het erbij hebben laten zitten. In andere oudere studies werden meestal schikkingspercentages van tussen de 60% en 75% gevonden.²⁵

Resultaten uit recentere studies geven een preciezer beeld. Dat komt doordat het aantal studies is toegenomen, de steekproeven soms (maar lang niet altijd) groter zijn en een groter aantal rechtsgebieden wordt bestreken. Een studie van Clermont & Schwab onderzocht alle zaken verzameld door de *Administrative Office of the U.S. Courts* van tussen 1979 en 2006.²⁶ Onder een ruime definitie van het begrip 'case terminations' komen zij tot de conclusie dat ongeveer 70% van zowel arbeidszaken als (civielrechtelijke) discriminatiezaken leidt tot een schikking. Die omschrijving is door anderen niet als realistisch beschouwd.²⁷ Het percentage zou dan ook waarschijnlijk lager liggen bij het hanteren van een andere, engere definitie. Dat bleek

²² Van Velthoven/Ter Voert 2004, p. 117.

²³ Van Velthoven/Ter Voert 2004, p. 124. Vergelijk Van Velthoven 2007.

²⁴ Ross 1980, p. 179.

²⁵ Schwab & Eisenberg 1988; Trubek e.a. 1983, I-58 en I-72; BJS 1995. Voor verwijzingen naar meer en oudere studies, zie Eisenberg & Lanvers 2009, p. 115-125..

²⁶ Clermont & Schwab 2009.

²⁷ Eisenberg & Lanvers 2009, p. 117-118.

ook uit eerder onderzoek van Hadfield, die onder een engere definitie kwam tot schikkingspercentages in civiele zaken van 64% in 1970 en 42,5% in 2000.²⁸

Een studie uitgevoerd door Eisenberg & Lanvers onderzocht 3.300 zaken in twee federale court districts.²⁹ Daaruit volgt een algemeen schikkingspercentage van 66,9% in de jaren 2001-2002, met verschillen tussen districten (71,6% versus 57,8%). De hoogste schikkingspercentages zijn gevonden binnen onrechtmatige daad (87,2%), gevolgd door conflicten over contracten, discriminatie in arbeidszaken en *constitutional tort cases*.

Onderzoek uit Taiwan laat voorts zien dat het hebben van juridische bijstand van invloed is op schikkingspercentages. Het onderzoek vond schikkingspercentages van ongeveer 11% als partijen juridisch worden bijgestaan en dat de kans op een schikking het grootst is als geen van de partijen juridisch wordt bijgestaan.³⁰ Het onderzoek concludeert dit op basis van een analyse van meer dan 100.000 civielrechtelijke zaken in Taiwan uit de periode 2000 tot 2006.

Een studie van dezelfde auteur suggereert dat vroegtijdige *discovery*, waarbij procespartijen in civiele zaken bij aanvang van het proces hun bewijs aandragen, leidt tot een toename van het aantal schikkingen.³¹ Hij onderzocht dit door 175.000 Taiwanese, civielrechtelijke zaken te analyseren die tussen 1996 en 2006 zijn beëindigd. Daarbij is een vergelijking gemaakt tussen gevallen van voor het jaar 2000 en zaken van daarna; in 2000 had een wetwijziging plaatsgevonden waarin *discovery* was geïntroduceerd. Waar in de jaren voor de wetwijziging sprake was van een afname van het schikkingspercentage, nam dit toe na het jaar 2000, zij het langzaam.³²

Bestaand onderzoek naar schikkingspercentages en schikkingsgedrag geeft zicht op de werkelijke aantallen, op verschillen tussen rechtsgebieden of type claims, en op welke interventies leiden tot hogere schikkingspercentages. Deze inzichten hebben niet alleen theoretische relevantie, maar ook praktische relevantie. Zij laten zien waar nog relatief veel ruimte is om de kans op een schikking te vergroten, en waar die ruimte klein is. Ook geven zij

²⁸ Hadfield 2004.

²⁹ Eisenberg & Lanvers 2009.

³⁰ Huang 2008.

³¹ Huang 2009.

³² Er is in het onderzoek rekening gehouden met het type zaak, de locatie (welke rechtbank) en het belang van de zaak.

soms, zoals bij het onderzoek naar *discovery* en juridische bijstand, inzicht in of bepaalde maatregelen tot gevolg hebben dat vaker wordt geschikt.

3.2 *Effecten van aansprakelijkheid op gedrag en claims*

Een belangrijk onderwerp, zowel in de privaatrechtelijke rechtspraak als in de literatuur daarover, is de vraag naar de effecten van het (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht op het gedrag van individuen en organisaties, alsook op het aantal claims waarin een schadeveroorzaker aansprakelijk wordt gesteld voor de ontstane schade. In rechtspraak spelen deze elementen een rol bij de beslissing van de rechter om al dan niet aansprakelijkheid aan te nemen. Soms expliciet,³³ soms impliciet³⁴.

Ook in Nederlandse beleidsstukken en in de juridische literatuur wordt regelmatig gewezen op de mogelijke (negatieve) effecten van aansprakelijkheid en oplossingen daarvoor. Zo is onder meer gerefereerd aan een vloedgolf aan claims³⁵, Amerikaanse toestanden³⁶, mogelijk bange bestuurders³⁷, de (on)wenselijkheid van immuniteit van de overheid³⁸ en aan de rol die 'repeat players' en verzekeringen spelen bij aansprakelijkheid³⁹. Beweringen die in dit verband worden geuit missen over het algemeen een empirische onderbouwing, waardoor niet alleen de juistheid van die beweringen twijfelachtig is, maar ook de op die beweringen gebaseerde aanbevelingen en normatieve oordelen.

Empirische studies over de effecten van het aansprakelijkheidsrecht worden in de Verenigde Staten vaak uitgevoerd door staten met een verschillend aansprakelijkheidsregime met elkaar te vergelijken. De analyses gebeuren daarom meestal op basis van bestaande regelgeving. Zij

³³ Bijvoorbeeld HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 (refererend aan de defensieve overwegingen van bestuurders bij een ruime aansprakelijkheid) en HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (*Taxibus*) (over de onaanvaardbaarheid van de gevolgen van een te ruime aansprakelijkheid).

³⁴ Bijvoorbeeld HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 (*Duwbak Linda*) (verwijzend naar de 'onbeperkte groep van derden' die voor schadevergoeding in aanmerking zou komen bij een te ruime aansprakelijkheid). Zo ook Vranken 2005, nr. 24-38.

³⁵ Van Maanen & De Lange 2005, p. 53 – 54; Giesen 2005, p. 145, 154-155; Vranken 2005, nr. 45; Hartlief 2005, p. 830 – 831, 834.

³⁶ Rapport Claimcultuur, Kamerstukken II 1998-1999, 26 630, nr. 1.

³⁷ Kroeze 2005.

³⁸ Stolker & Levine & De Bel 2001, p. 110 – 115; Hartlief 2010, Van Dam 2010, Giesen e.a. 2009.

³⁹ Van Boom 2006, p. 288 – 292.

leveren vaak interessante en relevante resultaten op. Er zijn in de V.S. vooral veel studies verricht op het gebied van de aansprakelijkheid van artsen (*medical malpractice*). Dergelijke studies bestaan al langer, maar omdat ze in hoeveelheid zijn toegenomen, mede doordat de techniek vooruitgang heeft geboekt en er meer gegevens beschikbaar zijn gekomen, is de massa van het type studies groot genoeg om van een beweging (ELS) te kunnen spreken.

ELS-studies over effecten van aansprakelijkheid richten zich vooral op het aantal claims dat tegen artsen wordt ingediend, waarbij een vergelijking wordt gemaakt tussen staten en hun aansprakelijkheidsregimes. Deze studies zijn om verschillende redenen interessant, maar een bespreking van al die studies is complex en verdient een artikel op zich.⁴⁰ Ik beperk mij daarom tot een meer overzichtelijk onderwerp: de effecten van immuniteit. Immuniteit voor aansprakelijkheid is in het bijzonder interessant in het kader van overheidsaansprakelijkheid, vrijwilligers en bepaalde beroepsbeoefenaars (bijvoorbeeld medici).

In een Amerikaans onderzoek uit 2009 analyseerden de onderzoekers het uitsluiten of beperken van de aansprakelijkheid van vrijwilligers voor schade die ontstaat in de uitoefening van hun vrijwilligerswerkzaamheden een effect heeft op de bereidheid om vrijwilligerswerk te doen.⁴¹ Zij baseerden zich op een survey onder duizenden geënquêteerden en lieten hier statistische analyses op los. De onderzoekers maakten gebruik van beschikbare gegevens afkomstig uit grootschalige Amerikaanse enquêtes onder vrijwilligers. Door vervolgens Amerikaanse staten met en zonder vormen van immuniteit met elkaar te vergelijken, konden zij toetsen of een beperking van de aansprakelijkheid een effect had op het aantal vrijwilligers. Dit bleek het geval. In de staten met immuniteit bleek de kans dat de respondenten vrijwilligerswerk deden 9% hoger dan in staten zonder immuniteit. Voorts lieten de uitkomsten zien dat het aantal vrijwilligers in 'high level immunity states' (staten met beperkte aansprakelijkheid) hoger lag dan het aantal vrijwilligers in 'low level immunity states'. Verder viel op dat het aantal vrijwilligers in staten waarin relatief vaak wordt geprocedeerd lager lag dan in staten waarin minder vaak wordt geprocedeerd.⁴² Eén zwaluw

⁴⁰ Ik volsta hier, mede om de omvang van dit artikel beperkt te houden, met een verwijzing naar het overzicht dat Floortje van Tilburg in haar in 2011/2012 te verwachten proefschrift geeft. Zij gaat tevens in op, en geeft verwijzingen naar, empirische studies over de effecten van aansprakelijkheid bij de brandweer (Engeland) en bij therapeuten (Verenigde Staten).

⁴¹ Horwitz & Mead 2009.

⁴² Een toename van één claim per 1.000 inwoners bleek gepaard te gaan met 7% minder vrijwilligers, zie Horwitz & Mead 2009, p. 614-615.

maakt nog geen zomer, maar het onderzoek is op zijn minst een indicatie dat er een effect uitgaat van aansprakelijkheid op de bereidheid om vrijwilligerswerk te doen. Dit is relevant voor het beoordelen en reguleren van de aansprakelijkheid van vrijwilligers. Er is echter nog niet mee gezegd dat immuniteit van aansprakelijkheid ook in andere situaties een effect heeft.⁴³

3.3 *Insolventierecht*

Het insolventierecht is een gebied waar relatief veel empirisch onderzoek is gedaan. In het Nederlandse faillissementsrecht is de legeboedelproblematiek actueel. Zo wordt geclaimd dat het aantal boedels dermate groot is dat de kwaliteit van de afwikkeling van faillissementen in het geding is.⁴⁴ Deze uitspraken zijn aanleiding geweest om te onderzoeken hoe het met de financiering van afwikkeling van faillissementen in Nederland is gesteld. Het onderzoek bevestigde dat er inderdaad een substantieel aantal faillissementen (minstens 30% in kort- en middellanglopende faillissementen) wordt afgewikkeld met geen of nauwelijks actief. Het suggereerde tevens dat daartegenover een hoeveelheid faillissementen staat met een behoorlijke omvang van het actief die het nog altijd lucratief kan maken voor curatoren om faillissementen af te wikkelen, zij het mogelijk niet voor de kantoren die hoge tarieven rekenen.⁴⁵

Voorts heeft in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur een discussie gewoed over de fundamentele vraag welke belangen het faillissementsrecht dient dan wel behoort te dienen. Dit debat kwam op naar aanleiding van een aantal arresten dat suggereerde dat maatschappelijke belangen, met name werkgelegenheid, in sommige gevallen mochten prevaleren boven de (financiële) belangen van de schuldeisers.⁴⁶ Verschillende auteurs stelden dat belangen van maatschappelijke aard (in sommige situaties) inderdaad mochten prevaleren boven de belangen van de schuldeisers, maar deze opvatting werd niet door de meerderheid

⁴³ Zie bijvoorbeeld Schwartz 2010, die laat zien dat binnen instanties die te maken krijgen met *civil rights claims*, de beleidsmakers beperkte informatie hebben over deze claims, soms omdat de informatie verloren gaat, wordt 'gesaboteerd', en soms omdat de informatie blijft 'hangen' bij de werknemers.

⁴⁴ Zie onder meer Kraamwinkel 2008, p. 1-2; Rosenberg Polak 2006, p. 39; Art. 6.1.2 Voorontwerp Insolventiewet <http://www.justitie.nl/images/VoorontwerpInsolventiewet_tcm34-87549_tcm34-90173.pdf>.

⁴⁵ Van Dijk & Gramatikov 2010.

⁴⁶ HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (*Sigmacon II*); HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (*Maclou*).

gedeeld.⁴⁷ Empirisch onderzoek op dit punt wekt op zijn minst de indruk dat de vraag, die fundamenteel lijkt, in de praktijk in zeer beperkte mate aan de orde is: de vraag welk belang dient te prevaleren kan zich volgens het onderzoek in slechts maximaal 6,85% van de faillissementen voordoen omdat daar sprake is van een doorstart met behoud van (een deel van de) werknemers.⁴⁸

Daarnaast kan naar aanleiding van empirisch onderzoek worden betwijfeld of de verhaalsbelangen van schuldeisers het voornaamste doel zijn van het afwickelen van faillissementen. In het merendeel van de faillissementen wordt het grootste deel van het actief uitgekeerd aan de curator.⁴⁹ Hierdoor, en omdat er in veel gevallen weinig activa zijn, zijn de *recovery rates* van schuldeisers – het deel van hun vordering dat zij uitgekeerd krijgen – in het algemeen laag, te weten rond de 4% (concurrente schuldeisers) en 8% (preferente schuldeisers).⁵⁰ Vergelijkbare resultaten zijn gerapporteerd in bijvoorbeeld de Verenigde Staten.⁵¹ Sterker nog, onderzoek suggereert dat het grootste deel van het actief, in ieder geval in kort- en middellanglopende faillissementen, aan de faillissementscurator wordt uitgekeerd.⁵²

Voorgaande studies en resultaten geven zowel een feitelijke onderbouwing voor bestaande discussies (lege boedels, taak van de curator, doelen van het faillissementsrecht) als dat zij het probleem dat in het debat aan de orde is in perspectief weten te plaatsen. Voor de discussie over het behoud van werkgelegenheid is het immers van belang te weten hoe vaak de vraag zich voordoet, hoe veel werknemers gemoeid zijn met een overgang van onderneming in faillissement en wat de impact is op de uitkeringen aan de schuldeisers. Hetzelfde geldt voor het doel van het faillissementsrecht: als blijkt dat verhaalsbelangen van schuldeisers nauwelijks worden gediend en dat het grootste deel van het actief aan curatoren wordt uitgekeerd, moet een curator zich dan nog altijd primair laten leiden door verhaalsbelangen van schuldeisers? Empirische studies maken het, kortom, mogelijk om beter onderbouwde, en

⁴⁷ Luttikhuis 2007 p. 26-28, met verdere verwijzingen naar voor- en tegenstanders.

⁴⁸ Luttikhuis 2007, p. 43. Het onderzoek baseert zich op gegevens uit 2004.

⁴⁹ Van Dijck & Gramatikov 2010. Het onderzoek baseert zich op gegevens van kort- en middellang lopende faillissementen van de rechtbank Amsterdam uit de periode 2006/2007.

⁵⁰ Luttikhuis 2007, p. 47.

⁵¹ Lawless & Ferris 1997, p. 1207-1236.

⁵² Van Dijck & Gramatikov 2010.

daarmee betere normatieve uitspraken te doen. Bij het voorbereiden van een wetswijziging kan hiervan gebruik worden gemaakt.

4. Kansen en bedreigingen

ELS staat als beweging nog in de kinderschoenen, maar heeft desondanks al verschillende interessante studies geproduceerd, onder andere op het gebied van schikkingen, het aansprakelijkheidsrecht en het faillissementsrecht. ELS zal dat, gezien de toename van het aantal studies en een toenemend aantal deelnemers aan bijvoorbeeld de *Conference on Empirical Legal Studies*, naar verwachting blijven doen. In deze bijdrage heb ik een aantal Amerikaanse en Nederlandse privaatrechtelijke voorbeelden aangestipt en toegelicht welke bijdrage ELS-studies hebben geleverd aan empirische vragen en kwesties die binnen het juridische discours aan de orde zijn.

Interessant aan ELS is dat de beweging zich positioneert als aanvulling op de doctrinaire bestudering van het recht en dat zij zich mede daardoor richt op vragen die relevant zijn voor die doctrinaire bestudering, alsook voor de rechtspraktijk. Geen alternatief voor doctrinaire-juridisch onderzoek, maar een aanvulling erop. Hierdoor kan ELS informatie aandragen die het normatieve en doctrinaire privaatrechtelijk onderzoek vooruit kan helpen bij het evalueren van het privaatrecht en bij het ontwikkelen van oplossingen voor geconstateerde problemen. Tegelijk staat ELS open voor onderzoekers met een andere achtergrond dan een strikt juridische.⁵³ Die samenwerking en kruisbestuiving lijken belangrijk, want, eenvoudig gezegd, juristen hebben de (empirische) vragen en de sociale wetenschap heeft de methoden om empirische vragen goed te onderzoeken. In het toelaten van sociale wetenschappers schuilt echter tevens een risico: de ondergang van ELS ligt op de loer zodra de samenwerking tussen juristen en sociale wetenschappers ertoe leidt dat de vragen die worden gesteld en worden onderzocht niet aansluiten bij datgene wat relevant is in de rechtspraktijk en doctrinair onderzoek.⁵⁴ Mede hierom is het belangrijk dat meer juristen zich meer empirisch gaan

⁵³ Zo ook Mertz & Suchman 2010.

⁵⁴ Vergelijk de kritiek van Brian Leiter, 'On So-Called "Empirical Legal Studies" and Its Problems', Brian Leiter's Law School Reports blog (7/6/2010) en, in reactie daarop, Josh Wright, 'ELS, Technical Fetishization

scholen.⁵⁵ Dit geeft niet alleen de mogelijkheid om zelf empirisch-juridisch onderzoek te starten, maar bekendheid met beide werelden vergemakkelijkt ook de samenwerking met sociale wetenschappers en het vertalen van inzichten uit empirische studies naar de juridische werkelijkheid. Het laatste heeft ook praktische relevantie, onder meer voor rechters die empirisch onderzoek moeten beoordelen en advocaten die het willen gebruiken.

Het mes snijdt echter aan twee kanten. Het succes van ELS zal mede afhangen van de mate waarin de rechtspraak bereid en in staat zal zijn om feitelijke gegevens te verschaffen. Datasets en databases zijn onontbeerlijk voor empirisch-juridisch onderzoek. Rechtbanken, gerechtshoven, maar ook advocaten beschikken over talloze gegevens die interessant kunnen zijn om te onderzoeken: feitelijke informatie uit dossiers, opvattingen en ervaringen van cliënten en van henzelf. Informatie over welke claims onder welke omstandigheden succesvol zijn, wat voor type geschillen leiden tot procedures, welke argumenten worden gebruikt en welke succesvol zijn, hoe vaak hoger beroep wordt ingesteld, de redenen voor hoger beroep, trends binnen procedures, noem maar op: allemaal interessante en relevante informatie. Om hier (beter) zicht op te krijgen, is het essentieel dat onderzoekers toegang hebben of krijgen tot gegevens. Hier draagt aan bij het publiceren van (alle!) uitspraken, het geven van inzage in dossiers door onderzoekers en door het digitaliseren en coderen van dossiers. Dit alles lijkt veel werk, en dat is het ook, maar het grote voordeel is dat zowel onderzoekers als de wetgever als de rechtspraak beter in staat zullen zijn het recht in kaart te brengen en juridische kwesties en procedures beter te evalueren. Een dergelijke *evidence based* benadering draagt tevens bij aan meer transparantie over hoe het huidige privaatrecht werkt en, daarmee, of dan wel welke aanpassingen gewenst zijn.

Verdere verwijzingen

vs. Legal Relevance, and a Partial Defense of the Perfectly Proportional Mediocrity of Legal Empiricists', Truth on the Market blog (7/8/2010).

⁵⁵ En/of dat sociale wetenschappers kennis van de juridische aanpak en nuances opdoen. Het ontbreken van een citation index, impact factor en een ranking van tijdschriften vormt hierbij een belangrijke belemmering.

Voor degenen die zich verder in ELS willen verdiepen, geef ik een aantal verdere verwijzingen. Het gaat om blogs, journals, conferenties en (hand)boeken:

- *Empirical Legal Studies Blog*, <http://www.elsblog.org/>. Deze blog bevat actueel nieuws van ontwikkelingen en publicaties op het gebied van ELS.
- *Journal of Empirical Legal Studies* (JELS). Een gerenommeerd, peer-reviewed tijdschrift met empirische studies.
- *Conference on Empirical Legal Studies* (CELS). Een jaarlijkse conferentie met 300-400 deelnemers waar in vele workshops presentaties worden gehouden over empirische studies.
- Peter Cane, Herbert M. Kritzer (red.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford/New York: Oxford University Press 2010. Dit boek biedt onder meer overzichten van empirische studies voor verschillende onderwerpen.
- Robert M. Lawless, Jennifer K. Robbennolt, and Thomas S. Ulen, *Empirical Methods in Law*, New York: Aspen Publishers 2010. Het boek geeft een elementaire introductie in empirische onderzoeksmethoden. Het geeft vooral een beschrijving van de analysetechnieken en de statistiek die er achter schuilgaat.

Literatuurverwijzingen (van verkort geciteerde werken in voetnoten)

BJS 1995

BJS, 'Bureau of Justice Statistics Bulletin: Civil Justice Survey of State Courts, 1992: Tort Cases in Large Counties'.

Burns & Hutchinson 2009

Kylie Burns & Terry Hutchinson, 'The impact of "empirical facts" on legal scholarship and legal research training', *The Law Teacher* 2009, p. 153-178.

Cane & Kritzer 2010

Peter Cane & Herbert M. Kritzer, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford / New York: : Oxford University Press 2010.

Clermont & Schwab 2009

Kevin M. Clermont & Stewart J. Schwab, 'Employment Discrimination Plaintiffs in Federal Court: From Bad to Worse?', *Harvard Law & Policy Review* 2009, p. 3-35.

Diamond 2002

Shari Seidman Diamond, 'Empirical marine life in legal waters: clams, dolphins, and plankton', *Univ. Ill. Law Rev.* 2002, p. 803-818.

Diamond & Mueller 2010

Shari Seidman Diamond & Pam Mueller, 'Empirical Legal Scholarship in Law Reviews', *Annual Review of Law and Social Science* 2010, p. 581-599.

Eaton, Mustard & Talarico 2005

Thomas A. Eaton, David B. Mustard & Susette M. Talarico, 'The Effects of Seeking Punitive Damages on the Processing of Tort Claims', *Journal of Empirical Legal Studies* 2005, p. 343-369.

Eisenberg 2002

Theodore Eisenberg, 'Why do empirical legal scholarship?', *San Diego Law Rev.* 2002, p. 1741-1746.

Eisenberg e.a. 2006

Theodore Eisenberg e.a., 'Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data', *Journal of Empirical Legal Studies* 2006, p. 263-295.

Eisenberg e.a. 2002

Theodore Eisenberg e.a., 'Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study', *Cornell L. Rev.* 2002.

Eisenberg & Lanvers 2009

Theodore Eisenberg & Charlotte Lanvers, 'What is the Settlement Rate and Why Should We Care?', *Journal of Empirical Legal Studies* 2009, p. 111-146.

Eisenberg & Miller 2004

Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, 'The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues', *Vanderbilt Law Review* 2004, p. 1529-1567.

Ellickson 2000

Robert C. Ellickson, 'Trends in Legal Scholarship: a Statistical Study', *Journal of Legal Studies* 2000, p. 517-555.

Fitzpatrick 2010

Brian T. Fitzpatrick, 'An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards', *Journal of Empirical Legal Studies* 2010, p. 811-846.

George 2006

Tracey E. George, 'An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: the Top Law Schools', *Indiana Law Journal* 2006, p. 141-160.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005.

Giesen e.a. 2009

I. Giesen e.a., *Aansprakelijkheid in internationaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders gezien vanuit de internationale dimensie*: Ministerie van Financiën 2009.

Gordon 2010

Leslie A. Gordon, 'The Empiricists: Legal Scholars at the Forefront of Data-Based Research', *Stanford Lawyer*, 2010, 82.

Hadfield 2004

Gillian K. Hadfield, 'Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases', *Journal of Empirical Legal Studies* 2004, p. 705-734.

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, p. 830-834.

Hartlief 2010

T. Hartlief, *Anno 2010. Beschouwingen over Aansprakelijkheid en Verzekering*, Amsterdam: Uitgeverij deLex 2010.

Heise 2002

Michael Heise, 'The Past, Present, And Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism', *University of Illinois Law Review* 2002, p. 819-860.

Heise 1999

Michael Heise, 'The Importance of Being Empirical', *Pepp. L. Rev.* 1999, p. 807-834.

Horwitz & Mead 2009

Jill. R. Horwitz & Joseph Mead, 'Letting Good Deeds Go Unpunished: Volunteer Immunity Laws and Tort Deterrence', *Journal of Empirical Legal Studies* 2009, p. 585-635.

Huang 2008

Kuo-Chang Huang, 'How Legal Representation Affects Case Outcomes: An Empirical Perspective from Taiwan', *Journal of Empirical Legal Studies* 2008.

Huang 2009

Kuo-Chang Huang, 'Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer', *Journal of Empirical Legal Studies* 2009, p. 241-278.

Korobkin 2002

Russell Korobkin, 'Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls', *University of Illinois Law Review* 2002, p. 1033-1066.

Kraamwinkel 2008

M.O. Kraamwinkel, 'Efficiënte curator kost minder, maar wat doet hij met een lege boedel', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2008, p. 1-2.

Kritzer 2009

Herbert M. Kritzer, 'Empirical Legal Studies Before 1940: A Bibliographic Essay', *Journal of Empirical Legal Studies* 2009, p. 926-968.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange bestuurders (oratie Rotterdam)*, Deventer: Kluwer 2005.

Lawless & Ferris 1997

Robert M. Lawless & Stephen P. Ferris, 'Professional Fees and Other Direct Costs in Chapter 7 Business Liquidations', *Washington University Law Quarterly* 1997, p. 1207-1236.

Lindgren 2006

James Lindgren, 'Predicting the Future of Empirical Legal Studies', *B.U. L. Rev.* 2006, p. 1447-1460.

Luttikhuis 2007

K. Luttikhuis, *Corporate recovery: De weg naar effectief insolventierecht (diss. Tilburg)*: 2007.

McAdams & Ulen 2002

Richard H. McAdams & Thomas S. Ulen, 'Introduction to the Symposium on Empirical and Experimental Methods in Law', *University of Illinois Law Review* 2002.

Mertz & Suchman 2010

Elizabeth Mertz & Mark C. Suchman, 'A New Legal Empiricism? Assessing ELS and NLR', *Annual Review of Law and Social Science* 2010, p. 555-579.

Nard 1995

Craig A. Nard, 'Empirical Legal Scholarship: Reestablishing a Dialogue Between the Academy and the Profession', *Wake Forest Law Review* 1995.

Rosenberg Polak 2006

J. Rosenberg Polak, '(Redelijke) beloning van curatoren', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2006, p. 39.

Ross 1980

H. Laurence Ross, *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment*, Chicago: Aldine Publishing 1980.

Schneider & Teitelbaum 2006

Carl E. Schneider & Lee E. Teitelbaum, 'Life's golden tree: empirical scholarship and American law', *Utah Law Review* 2006, p. 53-106.

Schwab & Eisenberg 1988

Stewart J. Schwab & Theodore Eisenberg, 'Explaining Constitutional Tort Litigation: The Influence of the Attorney Fees Statute and the Government as Defendant', *Cornell Law Review* 1988, p. 719-784.

Schwartz 2010

Joanna C. Schwartz, 'Myths and Mechanics of Deterrence: The Role of Lawsuits in Law Enforcement Decisionmaking', *UCLA Law Review* 2010, p. 1023-1094.

Stolker, Levine & De Bel 2001

C.J.J.M. Stolker, D.I. Levine & C.L. De Bel, 'Defensive bureaucracy? Rampen, de overheid en de preventieve rol van het aansprakelijkheidsrecht', in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: BJu 2001, p. 105-126.

Trubek e.a. 1983

D. Trubek e.a., 'Civil Litigation Research Project: Final Report, Part A'.

Van Boom 2006

W.H. Van Boom, 'Compensating and preventing damage: is there any future left for tort law?', in: *Festschrift till Bill W. Dufwa - Essays on Tort, Insurance Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa*, Stockholm: Jure 2006, p. 287-293.

Van Dam 2010

C.C. Van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera - over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank', *NTBR* 2010, p. 224-246.

Van Dijck & Gramatikov 2010

Gijs Van Dijck & Martin Gramatikov, 'De beloning van curatoren empirisch onderzocht', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2010, p. 3-13.

Van Hoecke 2010

Mark Van Hoecke, *Is de rechtswetenschap een empirische wetenschap? (oratie UvT)*, Den Haag: BJu 2010.

Van Maanen & De Lange 2005

G.E. Van Maanen & R. De Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer: Kluwer 2005.

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel***: een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.
