

Empirisch-juridisch onderzoek en de sprong van feit naar norm

Tom Bouwman¹

De empirische bestudering van het recht is nodig vanwege de *reality-check* die het biedt. Bij de empirische bestudering van het recht is echter wel van groot belang dat men bewust is van de rechtvaardiging die nodig is voor de sprong van feit naar norm. Is een rechtvaardiging voor de sprong van feit naar norm afwezig en maakt men deze sprong alsnog, dan wordt miskend dat het recht inherent normatief is en feiten daarom geen juridische normen en regels dicteren. In dit artikel wordt een stappenplan gepresenteerd aan de hand waarvan bepaald kan worden of in het recht een premisse aanwezig is die de sprong van feit naar norm rechtvaardigt.

1. Inleiding

In steeds meer juridisch onderzoek wordt door een empirische bril naar het recht gekeken.² Onder de noemer *Empirical Legal Studies* wordt met gebruikmaking van empirie onder meer onderzocht welke effecten het recht sorteert,³ hoe het recht ervaren wordt,⁴ en of de assumpties kloppen die in het recht worden gebruikt.⁵ Dit type onderzoek – dat ook op institutioneel niveau steeds meer voet aan de grond krijgt⁶ – beoogt een *reality-check* te bieden voor het recht vanuit de premisse dat het recht daarvoor uiteindelijk beter kan functioneren.⁷

De empirische bestudering van het recht roept een aantal vragen op. Eén daarvan is welke betekenis empirische informatie over het recht kan hebben voor het recht.⁸ Het recht is namelijk inherent normatief, terwijl empirisch onderzoek de feitelijke werkelijkheid beschrijft. Daar waar rechtsregels worden veranderd naar aanleiding van de feitelijke werkelijkheid, wordt een sprong gemaakt van feit naar norm. Deze sprong kan echter niet altijd worden gemaakt omdat feiten geen normen dicteren.⁹

In dit artikel wordt de vraag beantwoord hoe in het recht kan worden bepaald of de sprong van feit naar norm kan worden gemaakt. Dit wordt gedaan door een stappenplan te presenteren waarmee de voorwaarden voor de sprong kunnen worden achterhaald. Een dergelijk stappenplan ontbreekt vooralsnog,¹⁰ maar is nodig om ervoor te zorgen dat empirisch-juridisch onderzoek en normatief-juridisch onderzoek elkaar versterken in plaats van beconcurreren. Zonder inzicht in de voorwaarden voor de sprong van feit naar norm bestaat namelijk zowel het risico dat aan empirische informatie over het recht teveel waarde wordt gehecht waardoor de waarde van

empirisch-juridisch onderzoek wordt overschat, als dat er te weinig waarde aan wordt gehecht waardoor de waarde van normatief-juridisch onderzoek juist wordt overschat.

In dit artikel analyseer ik eerst de kloof tussen feit en norm. Op basis van die analyse beargumenteer ik dat de wijze waarop de voorwaarden voor de sprong kunnen worden bepaald, besloten ligt in de methode van intern normatief-juridisch onderzoek. Het driedelig stappenplan dat op basis van die methode kan worden geconstrueerd, illustreer ik aan de hand van de vraag of gedragswetenschappelijke inzichten gebruikt mogen worden bij het bepalen van het handelen van de maatmens, de 'gemiddelde consument.' Ik rond af met een reflectie op het stappenplan.

2. De kloof tussen feit en norm

De kloof tussen feit en norm laat zich illustreren aan de hand van het werk van de Engelse socioloog en filosoof Spencer (1820-1903), een aanhanger van het sociaal-darwinisme. Op basis van de evolutietheorie van de Engelse bioloog Darwin (1809-1882) concludeerde Spencer dat het moreel onjuist is om de *survival of the fittest* tegen te gaan.¹¹ Uit het feit dat natuurlijke selectie plaatsvindt, leidde hij af dat iemand die niet voor zichzelf kan zorgen daarbij ook niet geholpen mag worden. Deze redenering is veelvuldig bekritiseerd vanwege een redeneerfout waarvan de ontdekking doorgaans wordt toegeschreven aan de Schotse filosoof Hume (1711-1776). Hume observeerde in zijn werk 'A Treatise of Human Nature' namelijk het volgende:

'In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reaso-

ning [...]; when of a sudden I am surprized to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; [...] it is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it.¹² [cursivering TB]

De fout die ook Spencer maakte, was aldus dat hij uit de beschrijvende theorie van Darwin een normatieve stelling afleidde zonder daarbij duidelijk te maken waarom uit het feit dat de *survival of the fittest* plaatsvindt, moet worden afgeleid dat het moreel onjuist is om die tegen te werken.

In het recht wordt dezelfde fout gemaakt als naar aanleiding van een empirisch gegeven over het recht, het recht direct – zonder nadere toelichting – wordt veranderd. Uit het enkele feit dat uit psychologisch onderzoek blijkt dat voor het ontstaan van een hevige emotionele schok geen waarneming van een ongeval of directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan nodig is,¹³ kan bijvoorbeeld niet zonder nadere toelichting worden afgeleid dat dit daarom ook niet langer een vereiste moet zijn voor de vergoeding van shockschade.¹⁴ Er kunnen per slot van rekening redenen zijn om het vereiste te behouden, ondanks zijn in dit opzicht empirische onjuistheid.

Een sprong van feit naar norm kan in het recht pas worden gemaakt – zo illustreert ook het citaat van Hume – als die gerechtvaardigd wordt. Net zoals bij een syllogisme altijd twee premissen nodig zijn voor een conclusie – denk aan het bekende voorbeeld: alle mensen zijn sterfelijk, Socrates is een mens, dus Socrates is sterfelijk – heeft een feit ook een tweede premisse nodig om de sprong naar een norm te kunnen maken. Het feit dat voor het ontstaan van een hevige emotionele schok geen waarneming van een ongeval of directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan nodig is, kan bijvoorbeeld pas tot

Een sprong van feit naar norm kan in het recht pas worden gemaakt als die gerechtvaardigd wordt

de normatieve conclusie leiden dat voor de vergoeding van shockschade dit ook geen vereiste moet zijn als er voor die sprong een rechtvaardigende premisse bestaat. Die rechtvaardigende premisse dient te bepalen dat wanneer voor het ontstaan van een hevige emotionele schok geen waarneming van een ongeval of directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan nodig is, dit ook geen juridisch vereiste behoort te zijn.

3. Drie stappen voor de sprong van feit naar norm

Om te bepalen of in het recht een dergelijke rechtvaardigende premisse bestaat, moet worden gekeken naar de methode van intern normatief-juridisch onderzoek. Deze methode onderscheidt zich van de methode van extern normatief-juridisch onderzoek doordat het de vraag hoe het recht dient te luiden beantwoordt aan de hand van het recht zelf en niet aan de hand van een externe normatieve bron, zoals een filosofisch werk als 'A Theory of Justice' van Rawls.¹⁵ Men kan er overigens wel voor kiezen om de voorwaarden voor de sprong van feit naar norm te bepalen middels een externe normatieve bron, maar dan worden niet de voorwaarden onderzocht voor de sprong van feit naar norm *in het recht*.

De methode van intern normatief-juridisch onderzoek bestaat, zoals Smits beschrijft, uit twee activiteiten: allereerst het in kaart brengen van argumenten die voor en tegen een juridische oplossing pleiten en vervolgens het wegen van die argumenten.¹⁶ Voor het wegen van argumenten moet de doctrine van het rechtssysteem in kwestie beschouwd worden als informatie over zowel het gewicht

Auteur

1. Mr. T. Bouwman is als promovendus verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law van de Universiteit Utrecht. De auteur dankt Anne Keirse, Emanuel van Dongen en Shosha Wiznitzer voor hun opmerkingen op eerdere versies van dit artikel.

Noten

1. I. Giesen & W. van Boom, 'Tien jaar civilologie: hoe ver staan de luiken open?', in: J. Baeck (red.), *Privaatrecht in actiel*, Brugge: Die Keure 2018, p. 28-36. Zie anders: G. van Dijk, S. Sverdllov & G. Buck, 'Empirical Legal Research in Europe: Prevalence, Obstacles and Interventions', *Erasmus Law Review* 2018, p. 105-118.
2. Zie bijv. S. Wiznitzer, 'Defensieve geneeskunde: werk in uitvoering', *Recht der Werkelijkheid* 2018, p. 798-84.
3. Zie bijv. H. Grootelaar & K. van den Bos,

'How Litigants in Dutch Courtrooms Come to Trust Judges: The Role of Perceived Procedural Justice, Outcome Favorability, and Other Sociolegal Moderators', *Law & Society Review* 2018, p. 234-268.

5. Zie bijv. I. Giesen e.a. (red.), *Assumpties annoteren: rechterlijke veronderstellingen empirisch en juridisch getoetst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2019.

6. Zo is de 'Nationale Stimuleringsactie Empirical Legal Studies' gefinancierd door NWO en is er binnen het Sectorplan Rechtsgeleerdheid ook financiering voor Empirical Legal Studies.

7. W. van Boom, 'Empirisch Privaatrecht. Enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2013, p. 49.

8. *Asser/Vranken Algemeen Deel***** 2014/174; I. Giesen, 'The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning', *Utrecht Law Review* 2015, afl. 1,

p. 4-17; F. Leeuw, 'Empirical Legal Research: The Gap Between Facts and Values and Legal Academic Training', *Utrecht Law Review* 2015, afl. 2, p. 19-33.

9. Zie uitgebreid par. 2.

10. Zie voor een overzicht van de bestaande juridische literatuur over de sprong van feit naar norm: Giesen 2015, p. 4-11; Leeuw 2015, p. 23-28. Doorgaans is er meer aandacht voor de vertaalslag van empirische gegevens naar normatieve argumenten dan voor de sprong van feit naar norm, zie bijv. het merendeel van de literatuur over evidence-based regulation. In par. 3 ga ik verder in op dit onderscheid.

11. H. Spencer, *The Study of Sociology*, Londen: Williams & Norgate 1874.

12. D. Hume, *A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*, Auckland: The Floating Press 2009

(Londen, 1740), p. 715.

13. E. Engelhard & I. Engelhard, 'Shockschade', in: W. Van Boom, I. Giesen & A. Verheij (red.), *Capita Civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 527.

14. HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240. m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 3.4.

15. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge: Belknap 1971.

16. J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 135. Hij noemt deze methode zelf de 'empirisch-normatieve' methode. Om ten aanzien van de sprong van feit naar norm in het recht naar het werk van Smits te kijken is reeds gesuggereerd door Leeuw, maar door hem anders uitgewerkt. Zie Leeuw 2015, p. 28-29.



dat aan (verschillende typen) argumenten moet worden toegekend, als welk (type) argument dient te prevaleren wanneer argumenten elkaar tegenspreken. Met die informatie kan namelijk worden bepaald hoe de argumenten die in kaart zijn gebracht, moeten worden gewogen en hoe daarom het recht dient te luiden.¹⁷ Of zoals Smits het samenvat: 'elk argument moet door de filter van het rechtssysteem heen voordat het kan worden aanvaard.'¹⁸

Om de methode van normatief-juridisch onderzoek te gebruiken om te bepalen in hoeverre in het recht een premisse aanwezig is die de sprong van feit naar norm rechtvaardigt, moeten mijns inziens drie stappen worden doorlopen.¹⁹ Voor de eerste stap moet het empirische gegeven in kwestie vertaald worden naar een argument dat voor of tegen een (nieuwe) juridische norm of regel pleit. Het feit dat een gestandaardiseerd informatiedocument een consument slechts beperkt beschermt bij de aanschaf van een complex financieel product, kan bijvoorbeeld vertaald worden naar het argument dat consumenten bij de aanschaf van dergelijke producten indringender beschermd moeten worden.²⁰ Het vertalen van een empirisch gegeven naar een argument kan verschillende vragen oproepen van methodologische aard. Zo kan de vraag zich voordoen of een empirisch gegeven robuust genoeg is om een argument te dragen. Elke empirische methode heeft immers zijn eigen voor- en nadelen, waardoor keuzes ten aanzien van de gekozen methode op verschillende manieren invloed hebben op de betrouwbaarheid van empirische gegevens en de mate waarin ze geëxtrapoleerd kunnen worden.²¹ De vraag in hoeverre een empirisch gegeven robuust genoeg is om een argument te dragen staat echter los van de sprong van feit naar norm. De vraag of de sprong van feit naar norm kan worden gemaakt, doet zich namelijk pas voor als het empirische

gegeven op verantwoorde wijze vertaald kan worden naar een argument dat voor of tegen een juridische norm of regel pleit.²²

Voor de tweede stap dienen andere argumenten in kaart te worden gebracht die voor of tegen de juridische norm of regel pleiten. Immers, de mate waarin gewicht kan worden toegekend aan het argument dat gebaseerd is op het empirisch gegeven kan afhankelijk zijn van het gewicht dat aan andere argumenten toekomt. Het maakt in principe niet uit waaraan de argumenten die in kaart worden gebracht zijn ontleend en wat voor typen argumenten het zijn. Van belang is wel dat in elk geval de argumenten in kaart worden gebracht waaraan op basis van de doctrine van het rechtssysteem gewicht kan worden toegekend. Omdat niet altijd direct duidelijk is welke argumenten dat zijn, kan het soms nodig zijn om tijdens de derde stap terug te keren naar de tweede stap.

Voor de derde en tevens laatste stap moeten de argumenten die in kaart zijn gebracht – waaronder ook het argument dat gebaseerd is op het empirische gegeven – gefilterd worden door de doctrine van het rechtssysteem in kwestie. Blijkt dat aan het argument dat gebaseerd is op het empirische gegeven gewicht kan worden toegekend op basis van de doctrine, dan duidt dat erop dat in het recht een premisse aanwezig is die, voor zover aan dat argument gewicht kan worden toegekend, de sprong van feit naar norm rechtvaardigt. Niet alleen wetten en jurisprudentie zijn uitingen van de doctrine van een rechtssysteem, maar ook beginselen en waardes zijn als zodanig aan te merken.²³ Met name wetten en jurisprudentie bieden echter informatie over het antwoord op de vraag aan welke (verschillende typen) argumenten gewicht moet worden toegekend en welk (type) argument prevaleert wanneer argumenten elkaar tegenspreken.²⁴ Beginselen

en waarden zijn op zichzelf namelijk vaak te abstract om te voorzien in dergelijk concrete informatie.²⁵

Dat de reeds bestaande doctrine het uitgangspunt is bij de derde stap betekent niet dat het gebruik van het stappenplan verandering in het recht op basis van nieuwe empirische inzichten tegenwerkt of niet faciliteert. Illustratief is het aangehaalde voorbeeld van shockschade. Stel dat het enige argument dat ervoor pleit om de waarneming van een ongeval of directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan te erkennen als een vereiste voor het toekennen van shockschade is dat – onterecht – wordt gedacht dat dit nodig is voor het ontstaan van een hevige emotionele schok. Het argument dat kan worden ‘vertaald’ op basis van het psychologisch inzicht dat voor het ontstaan van een hevige emotionele schok geen waarneming van een ongeval of directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan nodig is, ontkracht dit argument volledig waardoor de weging van argumenten verandert. Als echter bijvoorbeeld het enige argument dat door de doctrine erkend wordt, is dat door dat vereiste het aantal shockschadeclaims kan worden beperkt – een *floodgate*-argument – dan komt er geen gewicht toe aan het argument dat gebaseerd is op het psychologisch inzicht en verandert het recht ook niet naar aanleiding van dat inzicht. Verandering in het recht op basis van empirische inzichten is binnen het stappenplan kortom wel degelijk mogelijk. Gebruik van het stappenplan zorgt er alleen voor dat het recht bepaalt wanneer verandering mogelijk is en niet enkel de feiten. Overigens beschikken de wetgever en in een bepaalde mate ook de rechter over de institutionele bevoegdheid om de doctrine aan te passen, wat – doordat het een nieuwe normatieve afweging van argumenten doet gelden – tot gevolg kan hebben dat de sprong sneller of juist minder snel kan worden gemaakt dan voorheen.

4. De ‘gemiddelde consument’ ter illustratie van de stappen

In deze paragraaf worden, in aanvulling op de hiervoor gegeven voorbeelden, de drie stappen geïllustreerd aan de hand van de ‘gemiddelde consument’ zoals die als maatmens onder meer geldt bij de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (hierna: Richtlijn OHP).²⁶ Door het *Teekanne*-arrest uit 2015 van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) is de vraag ontstaan in hoeverre inzichten uit gedragswetenschappen over de begrensde rationaliteit van consumenten gebruikt mogen worden bij het bepalen van het handelen van de gemiddelde consument.²⁷ Voor het antwoord op deze vraag

Blijkt dat aan het argument dat gebaseerd is op het empirische gegeven gewicht kan worden toegekend op basis van de doctrine, dan duidt dat erop dat in het recht een premisse aanwezig is die de sprong van feit naar norm rechtvaardigt

moet zoals het stappenplan voorschrijft eerst het empirische gegeven – de gedragswetenschappelijke inzichten – vertaald worden naar een argument dat voor of tegen een bepaalde invulling van de gemiddelde consument pleit. Daartoe worden eerst zowel de juridische functie van de gemiddelde consument als de inzichten uit gedragswetenschappen nader toegelicht.

Artikel 5 lid 2 Richtlijn OHP bepaalt dat een handelspraktijk oneerlijk is als zij in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en het economisch gedrag van de gemiddelde consument wezenlijk verstoort of kan verstoren. Voor het antwoord op de vraag of een handelspraktijk oneerlijk is, is daarom niet beslissend of een consument daadwerkelijk beïnvloed is, maar of de gemiddelde consument zich erdoor zou laten beïnvloeden. Het niveau van bescherming waarop een consument op basis van de Richtlijn OHP aanspraak maakt, is daardoor direct afhankelijk van de eigenschappen van de gemiddelde consument. Wordt de gemiddelde consument als volledig rationeel gezien, dan maakt een consument pas aanspraak op bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken indien hij volledig rationeel heeft gehandeld maar desondanks beïnvloed is door een handelspraktijk. Wordt daarentegen de gemiddelde consument als zeer onoplettend gezien, dan maakt een consument reeds aanspraak op bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken als hij zeer onoplettend is geweest en daardoor door een handelspraktijk is beïnvloed.

Inzichten uit gedragswetenschappen laten zien dat mensen – en dus ook consumenten – slechts begrensd rationeel zijn doordat zij beperkte cognitieve capaciteiten

17. Smits 2015, p. 133-138.

18. Smits 2015, p. 134.

19. Zelf toont Smits zich overigens geen groot voorstander van het gebruik van empirische inzichten bij het beantwoorden van de vraag hoe het recht dient te luiden omdat die nog een vertaalslag behoeven, zie Smits 2015, p. 103-107, 115.

20. C. de Jager, *Consumentenbescherming door informatie?* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 173-261.

21. Zie over de vraag hoe hier in het recht mee om wordt gegaan *Asser/Vranken Algemeen Deel***** 2014/171-173.

22. Zie instemmend ondanks dat hier andere terminologie gebruikt wordt *Asser/Vranken Algemeen Deel***** 2014/174.

23. Zie hierover verder R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Bloomsbury Academic 2013 (Cambridge, 1977).

24. Smits 2015, p. 124.

25. J. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van*

contractenrecht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 40-41.

26. Richtlijn 2005/29/EG.

27. HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361 (*Teekanne*), r.o. 40-41. Zie voor de discussie over die vraag H. Schebesta & K. Purnhagen, ‘The Behaviour of the Average Consumer: A Little Less Normativity and a Little More Reality in CJEU’s Case Law? Reflections on *Teekanne*’, *European Law Review* 2016, p. 590-598; V.

Mak, ‘De ‘gemiddelde consument’: van fictie naar feit?’, *Ars Aequi* 2017, p. 597-598; C. de Jager & A. Verheij, ‘Wanneer is een voedsel etiket misleidend? Uitspraken van de Nederlandse rechter en de Reclame Code Commissie na *Teekanne*’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2019, p. 264.

hebben.²⁸ Ter voorkoming van cognitieve overbelasting gebruiken mensen regelmatig heuristieken – ook wel cognitieve *shortcuts* of vuistregels genoemd. Dat is nuttig, maar maakt tegelijkertijd ook kwetsbaar aangezien heuristieken niet altijd even accuraat zijn. De verschillende structurele en grotendeels voorspelbare denkfouten die heuristieken tot gevolg hebben, worden *biases* genoemd. Een voorbeeld van een *bias* is het referentieniveau-effect (*anchoring effect*). Dit effect laat zien dat mensen bij het maken van inschattingen onbewust als referentiepunt gebruikmaken van willekeurige gegevens.²⁹ Een experiment dat is uitgevoerd door Wansink, Kent en Hoch illustreert de werking van dit effect in de praktijk.³⁰ Voor dat experiment werd een aantal supermarkten aangewezen waar per persoon maximaal vier blikken van een actieproduct mochten worden gekocht, een aantal supermarkten waar per persoon maximaal twaalf blikken mochten worden gekocht van datzelfde actieproduct en een aantal supermarkten waar geen maximum gold voor het aantal actieproducten dat mocht worden gekocht. Wat bleek: consumenten kochten in de supermarkten waar geen maximum gold gemiddeld 3,3 blikken, in de supermarkten waar een maximum van vier blikken gold gemiddeld 3,5 blikken en in de supermarkten waar een maximum van twaalf blikken gold maar liefst gemiddeld zeven blikken. Een experiment dat is uitgevoerd door Purnhagen & Van Herpen laat daarnaast zien dat consumenten door het referentieniveau-effect het voordeel van een verpakking overschatten wanneer een verpakking die tien procent groter is dan normaal niet alleen de tekst ‘+10% gratis’ bevat maar ook een gekleurd vlak dat suggereert de tien procent extra uit te beelden, maar in werkelijkheid groter is.³¹

Als deze gedragswetenschappelijke inzichten vertaald worden naar een argument dat voor of tegen een bepaalde invulling van de gemiddelde consument pleit, is het voor de hand liggend om te stellen dat de gemiddelde consument ook als begrensd rationeel moet worden gezien. Het niveau van bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken waarop een consument dan aanspraak maakt, sluit dan namelijk niet alleen aan bij de bescherming die hij nodig heeft om autonoom keuzes te kunnen maken, maar ook bij één van de doelen van de Richtlijn OHP, namelijk het realiseren van een hoog niveau van consumentenbescherming.³²

Wordt de gemiddelde consument als volledig rationeel gezien, dan maakt een consument pas aanspraak op bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken indien hij volledig rationeel heeft gehandeld maar desondanks beïnvloed is door een handelspraktijk

Voor de tweede stap moeten vervolgens andere argumenten in kaart moeten worden gebracht die voor of tegen de juridische norm of regel in kwestie pleiten, in dit geval dat de gemiddelde consument als begrensd rationeel moet worden gezien. Het belangrijkste argument daartegen is dat het hoge niveau van consumentenbescherming waarop de consument dan aanspraak maakt, de marktwerking op de Europese interne markt kan verstoren.³³ Een hoog niveau van bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken zorgt er namelijk voor dat er voor handelaren minder ruimte is om elkaar te beconcurreren.³⁴ Dit terwijl de tweede doelstelling van de Richtlijn OHP is om belemmeringen voor marktwerking op de Europese interne markt tegen te gaan.³⁵

Voor de derde en tevens laatste stap moet worden onderzocht hoeveel gewicht er op basis van de doctrine van de Richtlijn OHP toegekend moet worden aan de argumenten die in kaart zijn gebracht. Als blijkt dat aan het argument dat gebaseerd is op de gedragswetenschappelijke inzichten gewicht kan worden toegekend, is er, voor zover dat kan, een premisse aanwezig die de sprong van feit naar norm rechtvaardigt. Uit de doctrine van de Richtlijn OHP blijkt dat zowel gewicht moet worden toegekend aan het argument dat de gemiddelde consument als begrensd rationeel moet worden gezien vanwege het hoge niveau van bescherming waar de consument dan aanspraak op maakt, als aan het argument dat de gemiddelde consument niet als begrensd rationeel moet worden gezien omdat anders de werking van de Europese interne markt in het geding kan komen.³⁶ In situaties waarin deze twee argumenten conflicteren, probeert het Hof middels de invulling die het aan de gemiddelde consument geeft, zo stelt AG Trstenjak, ‘een redelijke verhouding tussen beide [argumenten, TB] te bewaren.’³⁷

De vraag is daarom hoeveel gewicht er bij de redelijke verhouding die het Hof hanteert, toekomt aan het argument dat ervoor pleit om de gemiddelde consument als begrensd rationeel te zien. In het *Gut Springenheide*-arrest uit 1998 oordeelde het Hof dat de gemiddelde consument een ‘gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’ is.³⁸ Uit de nadere invulling die het Hof aan deze maatstaf gaf, bleek dat de gemiddelde consument daarom als nagenoeg rationeel moest worden beschouwd.³⁹ Sinds het *Teekanne*-arrest uit 2015 heeft het Hof echter een nieuwe invulling gegeven aan de *Gut Springenheide*-maatstaf.⁴⁰ In dat arrest lag de vraag voor of op een thee verpakking vanillebloesems en frambozen afgebeeld mochten worden met daarbij de tekst ‘vruchtenthee met natuurlijke aroma’s – vanille-frambozenmaak’ terwijl de thee in werkelijkheid, zoals op de ingrediëntenlijst vermeld stond, enkel *aroma’s* met vanille- en frambozenmaak bevatte. Waar het Hof dergelijke vragen eerder standaard bevestigend beantwoordde, oordeelde het Hof in het *Teekanne*-arrest dat een verpakking de gemiddelde consument ook kan misleiden als het enkel een foutieve *indruk* opwekt. Doordat consumenten hierdoor aanspraak maken op een hoger niveau van bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken dan voorheen, moet er ook meer gewicht toegekend worden aan het argument dat gebaseerd is op gedragswetenschappelijke inzichten dan voorheen, wat ruimte biedt voor de sprong van feit naar norm.⁴¹ De vraag is alleen hoeveel

Als deze gedragswetenschappelijke inzichten vertaald worden naar een argument dat voor of tegen een bepaalde invulling van de gemiddelde consument pleit, is het voor de hand liggend om te stellen dat de gemiddelde consument ook als begrensd rationeel moet worden gezien

ruimte er is. Kan bijvoorbeeld ook de sprong naar norm worden gemaakt door het feit dat de maximale hoeveelheid producten die per persoon gekocht mogen worden de aankoopbeslissing van consumenten beïnvloedt? Uit de jurisprudentie van het Hof kan worden afgeleid dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. In de uitspraken waarin het Hof heeft geoordeeld dat ook een foutieve indruk ervoor kan zorgen dat de gemiddelde consument beïnvloed wordt door een handelspraktijk, ging het telkens om een indruk die de consument verkeerd informeerde over de eigenschappen van het product of de prijs daarvan.⁴² Hieruit kan worden afgeleid dat in de doctrine van Richtlijn OHP een premisse aanwezig is die de sprong van de gedragswetenschappelijke inzichten over de begrensde rationaliteit van consumenten naar de gemiddelde consument rechtvaardigt, maar slechts voor zover die inzichten laten zien welke indrukken ervoor zorgen dat consumenten door een handelspraktijk verkeerd geïnformeerd worden over de eigenschappen van een product of de prijs daarvan. Bijvoorbeeld het inzicht dat consumenten zich laten beïnvloeden door het gekleurde vlak op een voordeelverpakking dat groter is dan het voordeel dat het suggereert uit te beelden.

5. Afronding

De empirische bestudering van het recht is nodig vanwege de *reality-check* die het biedt. Bij de empirische bestudering van het recht is echter wel van groot belang dat men zich bewust is van de rechtvaardiging die nodig is voor de sprong van feit naar norm. Is een rechtvaardiging voor de sprong van feit naar norm afwezig en maakt men deze sprong alsnog, dan wordt miskend dat het recht inherent normatief is en feiten daarom geen juridische normen en

regels dicteren. In dit artikel is een stappenplan gepresenteerd aan de hand waarvan bepaald kan worden of in het recht een premisse aanwezig is die de sprong van feit naar norm rechtvaardigt. Dit stappenplan bestaat uit drie stappen. In de eerste stap wordt het empirische gegeven in kwestie vertaald naar een argument dat voor of tegen een juridische norm of regel pleit. In de tweede stap worden vervolgens andere argumenten in kaart gebracht die voor of tegen die juridische norm of regel pleiten. In de derde stap worden de argumenten die in kaart zijn gebracht – inclusief het argument dat gebaseerd is op het empirische gegeven in kwestie – gefilterd door de doctrine van het rechtssysteem in kwestie. Als op basis daarvan blijkt dat aan het argument dat gebaseerd is op het empirische gegeven in kwestie gewicht kan worden toegekend, dan duidt dat erop dat er een premisse aanwezig is die de sprong van feit naar norm rechtvaardigt.

Het stappenplan pretendeert overigens geen exclusieve gelding te hebben, noch altijd uitkomst te bieden. Er kan ook rekening worden gehouden met de kloof tussen feit en norm zonder dat expliciet gebruik wordt gemaakt van het stappenplan. Daarnaast kan het soms simpelweg evident zijn hoe moet worden omgegaan met de kloof tussen feit en norm. Als dat echter niet het geval is of als daar twijfel over bestaat, dan biedt het stappenplan handvatten om de voorwaarden voor de sprong van feit naar norm bloot te leggen. Gebruik van het stappenplan geeft echter geen garanties. Of de precieze voorwaarden voor de sprong kunnen worden achterhaald, hangt uiteindelijk af van de beschikbare juridische informatie over de doctrine in kwestie en de mate waarin de interpretatie daarvan niet onomstreden is. Deze kwestie is echter inherent aan juridisch onderzoek. •

28. D. Kahneman, 'A Perspective on Judgment and Choice: Mapping Bounded Rationality', *American Psychologist* 2003, p. 697-720.

29. A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases', *Science* 1974, p. 1124-1130.

30. B. Wansink, R. Kent & S. Hoch, 'An Anchoring and Adjustment Model of Purchase Quantity Decisions', *Journal of Marketing Research* 1981, afl. 1, p. 71-81.

31. K. Purnhagen & E. van Herpen, 'Can Bonus Packs Mislead Consumers? A Demonstration of How Behavioural Consumer Research Can Inform Unfair Commercial Practices Law on the Example of the ECJ's

Mars Judgement', *Journal of Consumer Policy* 2017, p. 217-234.

32. Richtlijn 2005/29/EG, preambule §1 en 5.

33. Omwille van het doel van deze paragraaf, namelijk het illustreren van het stappenplan, bespreek ik hier enkel dit belangrijkste argument. Een ander argument zou kunnen zijn dat het belangrijk is om te erkennen dat consumenten een eigen verantwoordelijkheid hebben, zie Conclusie A-G Tesauro 25 oktober 1991, C-373/90, ECLI:EU:C:1991:408 (*Nissan*), r.o. 9.

34. F. Gomez, 'The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective', *European Review of Contract*

Law 2006, p. 8.

35. Richtlijn 2005/29/EG, preambule §2 en

6. Zie hierover uitgebreid B. Duivenvoorde 2015, *The Consumer Benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive* (diss. Amsterdam UvA), Londen: Springer 2015, p. 201-209.

36. Richtlijn 2005/29/EG, preambule §1, 2, 5 en 6.

37. Conclusie A-G Trstenjak 24 maart 2010, C-540/08, ECLI:EU:C:2010:161 (*Media-print*), r.o. 103.

38. HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369, *NJ* 2000/374, m.nt. D.W.F. Verkade (*Gut Springenheide*), r.o. 31.

39. Zie onder meer: HvJ EG 6 juli 1995, C-470/93, ECLI:EU:C:1995:224, *NJ*

1996/228 (*Mars*); HvJ EG 4 april 2000, C-465/98, ECLI:EU:C:2000:184 (*Adolf Darbo*); HvJ EG 2 februari 1994, C-315/92, ECLI:EU:C:1994:34 (*Clinique*).

40. HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361 (*Teekanne*).

41. Zie instemmend Mak 2017, p. 597-598; De Jager & Verheij, p. 264.

42. HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361 (*Teekanne*), r.o. 40-41; HvJ EU 26 oktober 2016, C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800 (*Canal Digital*), r.o. 43-44.