

Informatica 2014/2015

Literatuurbundel

Recht en Informatica

Utrecht, april 2015
Henry Prakken

Inhoudsopgave

- J.W.P. Verheugt, Hoofdstuk 1 van *Inleiding in het Nederlandse Recht*, 10^e druk. Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 1999. 5
- Delen uit F.A.M. van der Klaauw-Koops & S.F.M. Corvers (red.), *Praktisch Informaticarecht*, 3e druk. Groningen: Martinus Nijhoff, 2002: pp. 88-89, 102-112. 13
- J.W.P. Verheugt, par 9.1 van *Inleiding in het Nederlandse Recht*, 10^e druk. Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 1999. 21
- J.S. Svensson, The use of legal expert systems in administrative decision making. in: A. Grönlund (ed.), *Electronic Government: Design, Applications and Management*, London etc.: Idea group publishing, 2002. 23

1 INLEIDING

Ieder mens is een uniek en onvervangbaar wezen. Dit is het belangrijkste gegeven over de mens. Een ander minstens zo belangrijk gegeven is dat hij in contact leeft met zijn medemensen. Hij doet dat door deel te nemen aan grote en kleine samenlevingsverbanden. Daarvan is het grootste de hele mensheid en het kleinste de relatie tussen twee mensen. In elke vorm van samenleven onderhoudt de mens contacten met anderen. Daarbij kunnen zich tussen mensen conflicten ontwikkelen. Of het nu de kleinste denkbare samenleving betreft of een wat grotere, zoals een vereniging, of een nog grotere, zoals de nationale samenleving: in al deze relaties kunnen conflicten ontstaan. Gegeven het feit dat er conflicten zijn, is er behoefte aan mechanismen die deze conflicten kunnen beëindigen of – als dat niet mogelijk is – kunnen beheersen.

Het recht is een van die mechanismen. In de samenleving heeft het recht de functie om – zo mogelijk – conflicten te voorkomen en om bestaande conflicten op te lossen. Het recht tracht de vrede in de samenleving te bewaren door de belangen van de gemeenschap en de belangen van de individuele leden van de samenleving te beschermen. In die functie speelt de overheid een belangrijke rol.

Het belang van deze vredesstichtende en vredebewarende functie van het recht mag niet worden onderschat, maar evenmin overschat. Lang niet alle menselijke tegenstellingen worden door het recht bestreken en in lang niet alle gevallen waarin het recht wel een mogelijke oplossing biedt, is deze ook effectief.

Ieder mens maakt dus deel uit van een samenleving met anderen. Dat betekent onder meer dat hij met die anderen rekening moet houden. Daarmee wordt hij in zijn doen en laten beperkt omwille van zijn medemens. Naast de beperkingen die de mens zichzelf uit eigen beweging oplegt, zijn er ook regels die dat doen. In het streven van ieder mens naar de bevrediging van zijn geestelijke en lichamelijke behoeften is een botsing met de belangen van anderen vaak niet te vermijden. Voor het reguleren van die tegenstrijdige belangen kan het recht in de vorm van het stellen van regels van betekenis zijn.

Maar ook als er geen tegenstrijdige belangen zijn, verloopt het menselijk contact volgens regels. De regels die het doen en laten van mensen betreffen, kunnen uit twee bronnen voortvloeien. Een regel kan voortkomen uit de doelmatigheid. Daarbij wordt vanuit een behoefte aan ordening aangegeven welk gedrag het meest wenselijk is. Een regel kan echter ook voortvloeien uit de eisen die het zedelijk bewustzijn aan de mens stelt. Het zedelijk bewustzijn bestaat uit normen en waarden die bepaalde vormen van gedrag voorschrijven of verbieden. Wie zo'n norm of waarde negeert, handelt haakbaar of onzedelijk.

Zowel de behoefte aan een doelmatige ordening als de handhaving van de normen en waarden uit het zedelijk bewustzijn is van invloed op de regels die in de samenleving gelden, het recht. Een deel van de inhoud van het recht wordt bepaald door de doelmatigheid, er moet een regel zijn; het doet er niet toe welke. Of het verkeer op de wegen rechts of links houdt, is betrekkelijk onverschillig. Maar er moet een rechtsregel zijn die een van beide voorschrijft, want anders is een goed verloop van het verkeer op de weg onmogelijk. Een ander deel van de inhoud van het recht stamt rechtstreeks uit het zedelijk bewustzijn: de regel is daar onverbrekelijk vervlochten met fundamentele menselijke normen en waarden, zoals de regels over moord en doodslag, verkrachting, mishandeling en verwaarlozing van kinderen.

Overtigens zijn beide elementen vaak in elkaar verweven. De regel komt dan tegelijkertijd voort uit een zedelijke waardering en uit de behoefte aan doelmatige ordening. Een voorbeeld is het verbod van diefstal: niet alleen is het plegen van diefstal in strijd met onze normen en waarden, maar tevens kan onze samenleving niet goed functioneren als eigendommen door diefstal kwijt raken.

Daarmee bestaat het recht grotendeels uit een verzameling van regels die betrekking hebben op het handelen van mensen als leden van de samenleving en op de organisatie van die samenleving. Het doel van het recht is de belangen van mensen in hun onderlinge verkeer te ordenen en te beschermen onder handhaving van de daarbij betrokken normen en waarden.

2 DE RECHTSBRONNEN

Positief recht

Als we over 'het recht' spreken, is de eerste vraag wat hieronder moet worden verstaan. Voor de helderheid beperken we ons voorlopig tot een eenvoudige definitie die voor een eerste overzicht toereikend is. Onder de term 'recht' verstaan we *het geheel van geldende regels*. We gebruiken daarvoor de term *positief recht*. Het positieve recht bestaat uit de optelsom van alle regels die op dit moment in Nederland gelden. Die geldende regels noemen we rechtsregels. Als we bijvoorbeeld zeggen dat iedere Nederlander volgens *het recht* de leden van de Tweede Kamer mag kiezen, wordt daarmee verwezen naar een rechtsregel uit het geheel van alle Nederlandse rechtsregels. In dit geval gaat het om art. 4 van de Grondwet.

Het positieve recht betreft dus alleen *geldende* regels. De term positief recht is bij juristen zo ingeburgerd dat het onderscheid met regels die in ons recht niet gelden moeilijk is aan te geven. Regels van niet-positiefrechtelijke aard zijn bijvoorbeeld faosocregels of normen en waarden uit de moraal of de godsdienst. Zij doen hun invloed op ons recht zeker gelden, maar in het Nederlandse rechtssysteem worden ze vrijwel nooit rechtstreeks vastgelegd in rechtsregels en daarmee behoren ze niet tot het

Alleen geldend re

postieve recht. Te denken valt aan normen als het respect voor anderen, geloofsovertuiging, de faisoensregel om de deur voor iemand open te houden en het goede gebruik om aan tafel met vork en mes te eten.

Objectief recht

Verwant aan de term positief recht is het begrip objectief recht. Ook daarmee wordt het geheel van rechtsregels aangeduid. Het begrip objectief recht wordt echter voornamelijk gebruikt in verband met zijn tegenhangers: de subjectieve rechten. Dat zijn de individuele rechten die burgers aan het objectieve recht ontleenen. Omdat objectief recht en subjectief recht als begrippenpaar vooral in het burgerlijk recht worden gebruikt, komen we daar in hoofdstuk 6 op terug.

De rechtsbronnen

Voor de hand ligt nu de vraag welke rechtsregels onder het positieve recht vallen. Welk recht is geldend recht? Het antwoord op deze vraag wordt gegeven aan de hand van de zogeheten rechtsbronnen. In de rechtsbronnen is te vinden uit welke rechtsregels het positieve recht bestaat. Elke leek weet wel dat de geldende rechtsregels in elk geval in de wet staan. De wetgever maakt immers rechtsregels (zoals verkeersregels), die we ervaren als voor ons geldend recht. Zo is aan ieder van ons bekend dat men op de openbare weg rechts moet houden en dat de rechtsregel met dat gebod ergens in een wet staat.

De wet

Daarmee hebben we één rechtsbron genoemd: de wet. Ons positieve recht staat in de wet. Hoe belangrijk de wet ook is, de wetgeving vormt slechts een deel van het positieve recht. Er zijn ook andere bronnen waaruit het positieve recht voortvloeit. In het Nederlandse recht zijn namelijk rechtsbron:

- 1 de wet;
- 2 de jurisprudentie (de rechtspraak);
- 3 de gewoonte;
- 4 verdragen en sommige besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

De rechtspraak

Niet alle recht staat dus in de wet. Ook de rechter vormt rechtsregels. Rechts worden nogal eens geconfronteerd met wetten waarin minder duidelijke regels staan. Soms ontbreekt zelfs een wettelijke regel. In zulke gevallen legt de rechter door het maken van een nadere regel de onduidelijke regel uit of formuleert hij zelfstandig een nieuwe regel. Omdat de rechter op die manier geldend recht maakt, is de jurisprudentie (de rechtspraak) een tweede bron van het positieve recht. Daarmee hebben we de twee belangrijkste rechtsbronnen gehad.

De gewoonte

Naast wet en jurisprudentie is de gewoonte een bron waaruit het positieve recht kan worden gekend. De rechter pleegt zich in tal van uitspraken te richten naar de gewoonten die in bepaalde maatschappelijke kringen heersen en pleegt die gewoonten als bron van recht in zijn vonnis te betrekken. Omdat het gewonterecht (vrijwel) uitsluitend door de rechter wordt vastgesteld, bespreken we het gewonterecht in dit boek tegelijk met de jurisprudentie.

Verdragen

Ten slotte behoren ook verdragen en sommige besluiten van volkenrechtelijke organisaties tot de bronnen van het Nederlandse recht. In beginsel hebben zij in ons recht dezelfde werking als gewone wetten en daarom behoren ook zij tot het positieve recht.

Op de vier rechtsbronnen gaan we verderop in dit boek nader in: over de wetgeving gaat hoofdstuk 3 en de jurisprudentie en de gewoonte krijgen in hoofdstuk 4 aandacht. In de daarna volgende hoofdstukken komen de belangrijkste deelgebieden van het positieve recht aan de orde en ten slotte worden verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties in het laatste hoofdstuk besproken.

Het recht wordt op verschillende manieren ingedeeld. De belangrijkste indelingen worden hieronder behandeld, zodat in de volgende hoofdstukken duidelijk is op welk terrein van het recht de stof thuishoort.

Indelingen van het recht

3 NATIONAAL EN INTERNATIONAAL RECHT

Een eerste zeer globale indeling van het recht is die in nationaal en internationaal recht. Het daarbij onderscheidend criterium is het grondgebied waarbinnen een rechtsstelsel werkt.

Binnen zijn grondgebied bepaalt ieder land de omvang en inhoud van het nationale rechtsstelsel. Het staat ieder land in beginsel vrij in wetten te regelen wat het nodig acht en te bepalen welke bevoegdheden aan de rechterlijke macht en het bestuur toekomen. Dit verschijnsel wordt soevereiniteit genoemd. Soevereiniteit geldt zowel naar buiten als naar binnen. De soevereine staten dulden van buitenaf geen macht boven zich, tenzij ze dat zelf toestaan. Dat de staten naar binnen soeverein zijn, blijkt uit het feit dat de overheid in elk land de exclusieve bevoegdheid bezit tot wetgeving, bestuur en rechtspraak. Het resultaat van het uitoefenen van die bevoegdheid is het nationale recht, dus bijvoorbeeld Nederlands recht, Marokkaans recht, Indonesisch recht. Op enkele uitzonderingen na geldt het Nederlandse recht in Nederland, het Marokkaanse recht in Marokko en het Indonesische recht in Indonesië.

Internationaal recht

Tegenover het nationale recht van staten staat het internationaal recht. Rechtsrelaties tussen landen onderling worden beheerst door een stelsel van normen dat zich in de loop der eeuwen door gewoonte heeft ontwikkeld dan wel door de desbetreffende landen in de vorm van verdragen onderling is vastgesteld. Het deel van het internationaal recht, waarin de relatie tussen staten het hoofdbestanddeel vormt, wordt het volkenrecht genoemd.

Europees gemeenschapsrecht

In een groot deel van Europa bestaat een intensieve volkenrechtelijke samenwerking tussen staten. We hebben het dan over het Europees gemeenschapsrecht. Dat is het recht dat geleidelijk aan is gevormd binnen de Europese Unie op grond van vooral het EG-Verdrag. Anders dan in het

gewone volkenrecht heeft het Europees gemeenschapsrecht een dwingend karakter, omdat de regels daarvan rechtstreeks kunnen doorwerken in de rechtsstelsels van de lidstaten. Daarmee is de soevereiniteit van deze lidstaten enigszins doorbroken.

Grondrechten

Sinds de jaren vijftig geldt in vrijwel heel Europa het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (afgekort als EVRM). De verschrinkingen van de Tweede Wereldoorlog hebben de West-Europese staten ertoe gebracht in het EVRM vast te leggen dat de burger eigen, onvervreemdbare rechten heeft waaraan de staat niet mag tornen: de grondrechten. De Europese grondrechten hebben grote invloed op het recht van de lidstaten, waaronder Nederland. Ook de grondrechten van het EVRM werken rechtstreeks in de rechtsstelsels van de staten die onder het verdrag vallen.

De grondrechten worden in hoofdlijnen besproken in hoofdstuk 2. Hoofdstuk 15 gaat over het internationaal recht, inclusief het Europees gemeenschapsrecht.

4 MATERIEEL EN FORMEEL RECHT

Het Nederlandse recht kan op verschillende manieren worden ingedeeld. Een belangrijk onderscheid is dat tussen materieel en formeel recht.

Begripbepaling

Ons positieve recht is opgebouwd enerzijds uit regels die aan burgers rechten verlenen en/of plichten opleggen en anderzijds uit regels die aangeven op welke wijze deze regels kunnen worden gehandhaafd. Regels die betrekking hebben op de inhoud van rechten en plichten worden regels van materieel recht genoemd. Regels die betrekking hebben op de handhaving van het recht worden regels van formeel recht genoemd. Beide groepen regels worden vaak kortweg aangeduid als materieel en formeel recht. Formeel recht wordt ook procesrecht genoemd.

Materieel recht

Ieder mens heeft elke dag met regels van materieel recht te maken. Al onze dagelijkse inkopen bijvoorbeeld worden beheerst door materieel recht. Er ontstaan dan materiële rechten en plichten. Zo moet de koper de koopprijs betalen en heeft hij recht op levering van de zaak, terwijl de verkoper de zaak moet leveren en recht heeft op de koopprijs. Gewoonlijk ontstaan daarbij geen conflicten omdat zowel koper als verkoper uit zichzelf hun verplichtingen nakomen. Verder heeft bijvoorbeeld de student met zijn recht op studiefinanciering een materieel (inhoudelijk) recht. En in het verkeer op straat kennen we regels van materieel recht waaraan we ons (meestal) houden: de verkeersregels.

Formeel recht

Pas als er moeilijkheden ontstaan, komen we in aanraking met het procesrecht. Voorbeelden: de koper heeft al wel betaald, maar de verkoper weigert de zaak te leveren, of een bankoverval wordt door de politie op heterdaad aangehouden. In het procesrecht vinden we regels over hoe de koper de verkoper alsnog via de rechter tot levering kan dwingen en hoe

na zijn aanhouding de strafrechtelijke procedure tegen de bankovervalleur dient te verlopen.

Voor elk terrein van het recht kan een onderscheid worden gemaakt tussen regels van materieel en formeel recht. Doet men dat in het privaatrecht dan spreken we van materieel privaatrecht (of kortweg privaatrecht) en formeel privaatrecht (= het burgerlijk procesrecht). Binnen het strafrecht wordt onderscheid gemaakt tussen het materieel strafrecht en het formele strafrecht (= het strafprocesrecht). Het bestuursrecht valt uiteen in (materieel) bestuursrecht en bestuursprocesrecht.

Het materiële recht bestaat uit een aantal verschillende terreinen, die rechtsgebieden worden genoemd. Daaraan besteden we nu aandacht.

5 DE RECHTSGEBIEDEN

5.1 Het staatsrecht

Het staatsrecht bevat de regels die betrekking hebben op de organisatie van de staat en de staatsorganen en op de bevoegdheden van die organen. Het omvat tevens de verhouding van de burgers tot de staat en de mogelijkheden die de burgers hebben om invloed uit te oefenen op het functioneren van diverse staatsorganen.

Grondwet

In het staatsrecht is de Grondwet verreweg de belangrijkste wettelijke regeling. De Grondwet vormt een summier, geschreven regeling waarin een aantal belangrijke gegevens over de organisatie van onze samenleving ligt verankerd. De Grondwet dateert van 1815 en is voor het laatst gewijzigd in 1983.

Grondrechten

Het eerste hoofdstuk van de Grondwet gaat over de grondrechten. In art. 1 is het gelijkheidsbeginsel geformuleerd. Daarna volgt nog een aantal grondrechten. Dit zijn fundamentele rechten die gericht zijn op de ontplooiing van de mens en die door de overheid moeten worden geëerbiedigd, zoals de vrijheid van godsdienst, het kiesrecht, de vrijheid van meningsuiting, het recht op onderwijs en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Aan het slot van het volgende hoofdstuk komen we uitvoerig op de grondrechten terug.

Organieke opbouw

Een belangrijk element van de Grondwet is de opbouw van ons staatsbestel in de vorm van organen. De belangrijkste staatsorganen, zoals Koning, ministers, Staten-Generaal, provincies, gemeenten en de rechterlijke macht, worden in de Grondwet genoemd en hun bevoegdheden worden daar omschreven.

Involoed burger

Daarnaast bevat de Grondwet regelingen die aangeven hoe de bevolking invloed kan doen gelden op de samenstelling van de staatsorganen. Het kiesrecht en het recht een openbaar ambt te bekleden geven aan burgers deze mogelijkheden.

De handhavingmogelijkheden van staatsrechtelijke regels binnen het systeem van het staatsrecht zijn in die zin beperkt dat een groot deel van deze regels niet via een rechterlijke instantie worden gehandhaafd. Over bijvoorbeeld conflicten in de onderlinge samenwerking tussen regering en parlement heeft de rechter geen enkele zeggenschap. In ons staatsbestel zijn we aangewezen op de geneigdheid van regering en parlement om zich aan deze regels te houden en conflicten daarover zelf op te lossen. Hier speelt het gewoonterecht een belangrijke rol.

Het staatsrecht wordt in hoofdlijnen in de volgende twee hoofdstukken besproken. Hoofdstuk 2 gaat over de inrichting van ons staatsbestel en de grondrechten. In hoofdstuk 3 bespreken we de wetgeving.

5.2 Het bestuursrecht

Het bestuursrecht heeft de bestuursactiviteit van de overheid tot onderwerp. Men treft in plaats van de term bestuursrecht ook wel het begrip administratief recht als synoniem aan. Wij gebruiken het modernere begrip bestuursrecht.

Eigen rechtsgebied

Oorspronkelijk was het bestuursrecht een onderdeel van het staatsrecht. In de loop van de tijd is echter het inzicht gegroeid dat binnen het staatsrecht een eigen rechtsgebied behoort te bestaan voor het optreden van de diverse bestuursorganen tegenover de burger en dat daar aparte rechtsregels gelden. De kern van het bestuursrecht wordt gevormd door de rechtsverhouding tussen overheid en burger. Deze relatie komt voor een groot deel tot uiting in de zogeheten beschikking.

De beschikking

In de Algemene wet bestuursrecht volgt uit art. 1:3 dat een beschikking een besluit is van een bestuursorgaan dat is gericht op één individu (of rechtspersoon). Beschikkingen zijn dus individuele rechtsvaststellingen. Omdat een beschikking vrijwel altijd tot een burger is gericht, is een beschikking te omschrijven als: een juridisch besluit van een bestuursorgaan ten aanzien van een individuele burger.

De inhoud van een beschikking kan heel verschillend zijn. Een paar voorbeelden van beschikkingen: het verlenen van een vergunning (woonvergunning, visvergunning, milieuvergunning), het opleggen van een belastingaanslag, het verstrekken van een visum, het toekennen van een studiefinanciering, het uitreiken van een diploma, het verspreiden van een WW-uitkering en de afgifte van een rijbewijs. Er is hier telkens sprake van een bestuursorgaan dat in een individueel geval ten aanzien van een burger een beslissing produceert. Uit de voorbeelden blijkt verder dat beschikkingen vaak rechten verlenen, maar soms ook verplichtingen opleggen.

Omszorg

Het materiële bestuursrecht houdt zich in hoofdlijnen bezig met de bevoegdheid van bestuursorganen tot het maken van beschikkingen en met de vereisten die aan een rechtsgeldige beschikking worden gesteld.

De vraag, welke bestuursorganen in ons land tot het geven van beschikkingen bevoegd zijn, is niet eenvoudig te beantwoorden vanwege de grote verscheidenheid aan bestuursorganen. Dat de regering het bestuursorgaan bij uitstek is, mag bekend worden verondersteld. Vele wetten wijzen daarnaast andere instanties aan die in bepaalde gevallen bevoegd zijn tot het vaststellen van beschikkingen. Zo kunnen onder meer bevoegd zijn: een minister, gedeputeerde staten van een provincie, het college van burgemeester en wethouders van een gemeente, de commissaris van de Koning(in), het bestuur van een waterschap en ook een privaatrechtelijke rechtspersoon. De lijst van regelmatig of incidenteel bevoegde organen is lang, onder meer vanwege de spreiding van bestuursactiviteiten over het gehele land (zie pag. 31).

Beschikkingen zijn rechtsgeldig als ze in overeenstemming zijn met (onder meer) de wet en met de zogeheten algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen zijn in de loop van de jaren in de praktijk van het bestuursrecht ontstaan en tegenwoordig grotendeels vastgelegd in de Algemene wet bestuursrecht.

Tegen een onrechtmatige beschikking kan de burger opkomen bij de rechter. Deze verleent dus aan de burger rechtsbescherming tegen beschikkingen waar iets mee mis is. Deze rechtsbescherming vindt plaats in het bestuursprocesrecht. Daar geldt als hoofdregel dat de burger bij de rechtbank in beroep kan komen tegen een beschikking. Tegen de uitspraak van de rechtbank staat hoger beroep open.

Met de komst in 1994 van de Algemene wet bestuursrecht is een einde gekomen aan de grote onoverzichtelijkheid van het voordien geldende bestuursrecht en bestuursprocesrecht. De wet bevat een systematische regeling voor beide rechtsgebieden en is van kracht in een groot aantal bestuurszaken. In hoofdstuk 5 komen we er uitvoerig op terug.

5.3 Het strafrecht

Kenmerkend voor het strafrecht is dat het wordt gehandhaafd door middel van het opleggen van straffen. Het materiële strafrecht geeft aan welke feiten strafbaar zijn, wie dader is en met welke sancties het plegen van die feiten wordt bestraft. Het formele strafrecht of strafprocesrecht bevat voorschriften omtrent de gang van zaken bij de opsporing van strafbare feiten, het onderzoek ter terechtzitting en de tenuitvoerlegging van de straf.

In het strafrecht worden bepaalde gedragingen bedreigd met straf. De hoofdreden daarvoor is te voorkomen dat die gedragingen worden verricht. De grond van de straf is vergelding van de gedraging.

Een in de wet met straf bedreigde gedraging heet een strafbaar feit. Strafbare feiten kunnen worden gepleegd door natuurlijke personen, dat

zijn mensen van vlees en bloed, en door rechtspersonen (art. 51 Sr).¹ Uit de aard van een strafbaar feit valt af te leiden of het ook door een rechtspersoon kan worden begaan. Gewelddelicten kunnen gewoonlijk slechts door natuurlijke personen worden gepleegd, terwijl bijvoorbeeld milieudelicten zowel door natuurlijke als door rechtspersonen kunnen worden begaan.

Handhaving

De handhaving van het strafrecht is bij uitsluiting opgedragen aan de overheid. Het initiatief om tot vervolging van strafbare feiten over te gaan is voorbehouden aan het Openbaar Ministerie. Dit is ondergeschikt aan de Minister van Justitie. De rechter beschikt of een feit strafbaar is en welke straf moet worden opgelegd.

Sancities

De belangrijkste strafrechtelijke sancties zijn ingevolge art. 9 Sr de gevangenisstraf, de hechtenis (een soort gevangenisstraf), de geldboete en de straf van onbetaalde arbeid. De eerste twee straffen grijpen diep in het bestaan van een burger in omdat ze hem zijn vrijheid ontnemen. Dat is een van de redenen dat het strafbaar stellen van bepaalde feiten met zorg dient te geschieden. Het systeem van ons strafrecht is zodanig ingericht dat gedragingen alleen strafbaar zijn op grond van een wettelijk voorschrift met daarin een straf. Dit is gewaarborgd in art. 16 Grondwet en art. 1 lid 1 Sr. Daarin is bepaald dat een feit alleen strafbaar is als het voordien strafbaar is gesteld in een wettelijke strafbepaling. Het materiele strafrecht is daarmee volledig wettelijk. Wij kennen geen regels van ongeschreven strafrecht die het opleggen van straf mogelijk maken.

Het materiele strafrecht wordt in dit boek in hoofdstuk 13 besproken, terwijl hoofdstuk 14 het formele strafrecht (strafprocesrecht) tot onderwerp heeft.

5.4 Het burgerlijk recht

Het burgerlijk recht of privaatrecht regelt in beginsel de juridische betrekkingen tussen burgers onder elkaar. Omdat de juridische relaties die burgers onderling kunnen aangaan zeer uiteenlopend van aard zijn, is het burgerlijk recht een omvangrijk rechtsgebied. Men kan hier twee hoofdgroepen van relaties onderscheiden: familierrechtelijke betrekkingen en vermogensrechtelijke betrekkingen.

Het personen- en familierecht regelt alle persoonlijke betrekkingen binnen en buiten het gezin. Nationaliteit, het recht op naam, afstamming, huwelijk, ouderlijke macht, voogdij en minderjarigheid zijn voorbeelden van onderwerpen die in dit deel van het burgerlijk recht zijn geregeld.

Het vermogensrecht gaat over betrekkingen tussen burgers onderling die op geld waardeerbaar zijn. Iedere burger heeft een vermogen dat telkens van samenstelling wisselt. Een vermogen bestaat uit de opelsom

Personen- en familierecht

Vermogensrecht

van alle rechten en verplichtingen die iemand op een bepaald moment heeft en die op geld waardeerbaar zijn. We denken niet alleen aan schulden (verplichtingen), maar ook aan bijvoorbeeld het eigendomsrecht en aan rechten uit overeenkomsten, zoals een koopovereenkomst, een huurovereenkomst en een arbeidsovereenkomst. Door het sluiten van dergelijke overeenkomsten wijzig men de samenstelling van zijn vermogen. Dat kan ook door allerlei andere handelingen, zoals een schenking of het toebrengen van schade aan een derde.

Het burgerlijk recht is geregeld in het Burgerlijk Wetboek (BW) en daarmee verwante wetten. Het Burgerlijk Wetboek is in de afgelopen jaren grondig vernieuwd. Meer hierover in hoofdstuk 6.

Handelsrecht

Vanouds wordt tot het burgerlijk recht mede gerekend het handelsrecht zoals dat is te vinden in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel. Tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht bestaat tegenwoordig geen principieel onderscheid meer. De onderwerpen die nu nog apart in het Wetboek van Koophandel staan, zullen binnen afzienbare tijd in het Burgerlijk Wetboek worden opgenomen. Het Wetboek van Koophandel zal dan worden afgeschaft.

Ondernemingsrecht

Een belangrijk onderdeel van het handelsrecht wordt gevormd door het ondernemingsrecht. In dit rechtsgebied komen alle onderwerpen die betrekking hebben op de juridische aspecten van de onderneming aan de orde. Daarbij staat de juridische vorm die een onderneming kan hebben centraal. Het gaat dan in de regel om vennootschappen: de NV en de BV. Verder behoren bij dit onderwerp onder meer de zeggenschap van werknemers in ondernemingen en het faillissement. Over het ondernemingsrecht gaat hoofdstuk 11.

Arbeidsrecht

Van oudsher wordt ook het arbeidsrecht tot het burgerlijk recht gerekend. Het arbeidsrecht omvatte in de negentiende eeuw niet veel meer dan de regeling van de arbeidsovereenkomst, welke in 1838 – het jaar waarin het BW in werking trad – slechts drie wetsartikelen kende. Voeg daaraan toe dat onze samenleving in de tijd vóór de industriële revolutie nog nauwelijks werknemers in dienstverband kende en het is duidelijk dat toen voor een apart rechtsgebied geen plaats was. Dat is tegenwoordig anders. Het aantal arbeidsovereenkomsten loopt nu in de miljoenen en wie titel 10 in boek 7 van het huidige BW opslaat, merkt aan de grote hoeveelheid artikelen dat de regeling van de arbeidsovereenkomst sindsdien aanzienlijk is uitgebreid.

Collectief arbeid

De afgelopen eeuw is geleidelijk als onderdeel van het arbeidsrecht tevens het collectief arbeidsrecht ontstaan. Daarin wordt de rechtspositie geregeld van groepen werkgevers en groepen werknemers in het sociaal overleg. Dit mondt uit in collectieve arbeidsovereenkomsten waarvan de werking in diverse wetten nader is geregeld. Het collectief arbeidsrecht gaat verder over het recht van werknemers en ambtenaren om zich in vakverenigingen te organiseren en om bij een arbeidsconflict tot staking over te gaan.

¹ Zie voor het onderscheid tussen natuurlijke en rechtspersonen pag. 174 e.v.

Met de ontwikkeling van de geïndustrialiseerde samenleving is de bescherming van de bestaanszekerheid van werknemers verder toegenomen. De collectieve voorzieningen voor zieke, bejaarde of werkloze werknemers en andere hulpbehoevenden hebben de laatste vijftig jaar in ons land een grote vlucht genomen. Daaruit is een zeer verrijnd stelsel van sociale zekerheid gegroeid dat enerzijds zijn weerga in de wereld nauwelijks kent en anderzijds wegens de hoge kosten ervan aan geleidelijke herziening is onderworpen. Het onderdeel van het arbeidsrecht dat zich met het stelsel van sociale voorzieningen bezighoudt, wordt het sociaal zekerheidsrecht genoemd. Hoofdstuk 12 gaat over arbeidsrecht, collectief arbeidsrecht en sociaal zekerheidsrecht.

Terminologie

Betreffende het begrip burgerlijk recht nog even een terminologische kwestie: in plaats van de term burgerlijk recht worden ook de begrippen privaatrecht of civiel recht gebruikt, meestal door elkaar als synoniemen. Wij sluiten ons bij deze gewoonte aan.

Handhaving

De regels van het burgerlijk recht beheersen alle rechtsverhoudingen in onze samenleving, tenzij de wet daarvoor uitdrukkelijk een andere wijze van handhaving aan de hand van regels uit een ander rechtsgebied heeft voorgeschreven. Civielrechtelijke handhaving is handhaving van regels van burgerlijk recht aan de hand van het burgerlijk procesrecht. Deze wijze van handhaving is in geschillen dus steeds mogelijk, tenzij de wet dwingend een andere handhavingwijze heeft aangewezen, zoals op het terrein van het bestuursrecht veel voorkomt. Handhaving in het burgerlijk recht sluit gelijktijdige handhaving in een ander rechtsgebied overigens niet uit. Zo wordt aan een dief langs de weg van het strafprocesrecht straf opgelegd, terwijl hij tegelijkertijd via civielrechtelijke weg gedwongen kan worden het gestolene aan de rechthebbende terug te geven.

Sancties

Handhaving van rechtsregels door de rechter is niet goed denkbaar zonder de mogelijkheid om sancties op te leggen dan wel daarmee te dreigen. Voorbeelden van sancties in ons recht zijn de veroordeling tot schadevergoeding, de straf en het intrekken van een vergunning. De burgerlijke rechter legt vaak allerlei geboden en verboden op, die op hun beurt door middel van een dwangsom kunnen worden afgedwongen. Zo kan de burgerlijke rechter de ontruiming van een woonhuis bevelen en daarbij een dwangsom opleggen voor elke dag dat de bewoner in gebreke blijft de woning te ontruimen. De dwangsom (art. 611a Rv) is een indirect dwangmiddel: wie het rechterlijk verbod niet nakomt, verbeurt een bedrag aan geld aan degene die belang heeft bij de nakoming van het gebod of verbod. Het recht heeft zijn loop: betaling van de dwangsom kan in het uiterste geval worden afgedwongen door verkoop van vermogensbestanddelen van degene die in gebreke blijft. Meer hierover in hoofdstuk 10. Hier wordt volstaan met de vaststelling dat in ons recht civielrechtelijke handhaving altijd mogelijk is, tenzij de wet een andere wijze van handhaving dwingend voorschrijft. Daarmee is de burgerlijke rechter in wezen het sluitstuk van de rechtsbescherming.

6 PUBLIEKRECHT EN PRIVAATRECHT

In het voorafgaande zagen wij dat het recht kan worden ingedeeld in nationaal en internationaal recht, in materieel en formeel recht en naar rechtsgebied.

Een andere belangrijke indeling van het Nederlandse recht is die in publiekrecht en privaatrecht. Wat tot het privaatrecht behoort, hebben we zojuist gezien. Tot het publiekrecht worden in de regel het staatsrecht, het bestuursrecht en het strafrecht gerekend.

Het strafrecht valt onder het publiekrecht omdat het begaan van een strafbaar feit wordt beschouwd als een schending van de Nederlandse rechtsorde. In het plegen van een strafbaar feit ligt als het ware van nature besloten dat het in strijd met onze rechtsorde geschiedt. Het is dan ook de overheid (en niet bijvoorbeeld het eventuele slachtoffer) die in de persoon van de officier van justitie reageert op het plegen van een strafbaar feit. In het strafproces bevinden zich daarom de Nederlandse overheid (het Openbaar Ministerie) en de verdachte als procespartijen tegenover elkaar.

Opvattingen

Op het eerste gezicht lijkt het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht eenvoudig te maken. Dat is helaas niet juist. Want over de vraag welke maatschappelijke zaken worden aangelegd bij het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht heerst al heel lang fundamenteel verschil van mening.

Belang

Volgens sommige rechtsgeleerden moet het beslissende criterium voor het onderscheid worden gezocht in het verschil in de belangen die worden beschermd. Gaat het om regels die het algemeen belang direct of indirect tot onderwerp hebben, dan spreken zij van publiekrecht. Staat het individuele belang voorop, dan is sprake van privaatrecht.

Rechtsverhouding

Anderen menen dat het verschil tussen publiek- en privaatrecht moet worden gevonden in het type rechtsverhouding dat onderwerp van het rechtsgebied is. Het privaatrecht betreft dan de rechtsverhoudingen tussen individuen onderling, terwijl het publiekrecht de rechtsverhoudingen tussen staat en individu tot onderwerp heeft.

Overheid 'als overheid'

Tegen deze laatste opvatting is als bezwaar aangevoerd dat de staat in het rechtsverkeer soms op gelijke voet met een particulier optreedt. Te denken valt aan het geval dat de staat met een bedrijf een koopovereenkomst sluit tot levering van een aantal computers voor een departement. Deze koopovereenkomst wordt door regels van privaatrecht beheerst, omdat er geen enkele reden is de overheid hier op een andere manier te behandelen dan een particulier of een onderneming. Om aan dit bezwaar tegemoet te komen zou de term publiekrecht in dit verband moeten worden gereserveerd voor de gevallen waarbij de overheid op grond van haar specifieke eigen bevoegdheden optreedt ter behartiging van het algemeen belang. Alleen als de overheid handelt 'als overheid' bevindt zij zich op het terrein van het publiekrecht.

Ook deze opvatting ontmoette weer kritiek:

'De overheid, (...) treedt altijd en overal, waar zij optreedt, als overheid op, omdat zij nu eenmaal niets anders dan overheid is en niets anders kan zijn: zij kan niet uit haar eigen huid kruipen: zij kan niet van kleed wisselen, wijl zij er maar één heeft.'

Organisatieregels

In zijn *Algemeen Deel*² stelt Paul Scholten dat er niet één constante scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht is die voor alle tijden en alle plaatsen geldt. Scholten maakt onderscheid tussen regels die betrekking hebben op het gedrag van de aan het recht onderworpen individuen en regels die de 'organisatie' van de gemeenschap betreffen. Deze laatste regels geven bijvoorbeeld aan hoe wetten totstandkomen, hoe de rechterlijke macht is samengesteld en hoe de verhouding tussen regering en parlement is geregeld. Hij noemt het geheel van deze organisatieregels het publiekrecht in enge zin. Het publiekrecht in ruime zin omvat in Scholten's opvatting tevens de regels die de verhouding tussen de overheid als zodanig en burgers tot onderwerp hebben.

Grensvervaging

Hoewel de waarde van het veel gehanteerde onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht onomstreden is, blijkt dat het moeilijk is goede criteria te vinden om beide terreinen onderling af te bakenen. De grenzen van publiek- en privaatrecht zijn dus vaag. Men spreekt daarom wel van 'osmose' tussen het publiekrecht en het privaatrecht.

Deze grensvervaging is aldus door Van der Hoeven³ beschreven:

'In een samenleving waarin overheidshandelen en particulier handelen vergaand zijn verweven, waar bovendien de bevoegdheden spreiding met betrekking tot de behartiging van de publieke taak zover is voorgeschieden als bij ons het geval is, is de zin van de onderscheiding van het recht in twee grote gebieden, publiekrecht en privaatrecht, kwetsius geworden. En wel onverchillig wel criterium aan dit onderscheid wordt ten grondslag gelegd, voor zover men met dit onderscheid meer bedoelt te geven dan een historisch gegroeide indeling van de concrete rechtstof. Dat wil echter niet zeggen, dat handelen ter vervulling van een publieke taak niet soms om eigen rechtsfiguren vraagt. Dat zal in het algemeen het geval zijn, wanneer algemeen belang en andere belangen in afweging moeten komen. Dit is vaak het geval bij het handelen door overheidsorganen, maar ook niet altijd. Het doet zich ook voor als anderen dan de overheid een publieke taak vervullen en voor zover zij dat doen, hetzij ingevolge uitdrukkelijke - bijvoorbeeld wettelijke - opdracht, hetzij ingevolge hun feitelijke positie in de samenleving.'

Ondanks alle bezwaren die aan het gebruik van het onderscheid publiekrecht en privaatrecht kleven, is het van belang van het onderscheid kennis

2 F. G. Schellema, *Rechtsgeleerd Magazijn* Themis 1927, pag. 257.

3 A. A. Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle 1974, pag. 26 e.v.

4 J. van der Hoven, *De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht*, opstel in 'Honderd jaar rechtsovereenkomst', Zwolle 1970, pag. 201. Het citaat staat op pag. 218. Zie ook zijn bijdrage 'Publiek- en privaatrecht' in AA 1987, pag. 277 e.v.

te nemen. In de praktijk wordt het onderscheid - hoe vaag het ook moge zijn - nog steeds veel toegepast.

In het vervolg bedoelen we met publiekrecht het recht dat betrekking heeft op de organisatie van de staat en de relatie tussen burger en overheid (resp. staatsrecht, bestuursrecht en strafrecht), terwijl we onder het privaatrecht verstaan het recht dat de onderlinge betrekkingen van burgers regelt.

7 OVERIGE INDELINGEN VAN HET RECHT

In het voorgaande is in het kort een aantal rechtsgebieden aan de hand van enkele indelingen van het recht besproken. Deze indelingen - zoals die in publiekrecht en privaatrecht - vormen de klassieke indelingen van het recht. Zij geven van het positieve recht als het ware verticale doorsneden. Binnen de afzonderlijke rechtsgebieden kunnen veelal nog specialismen of deelgebieden worden onderscheiden. Het burgerlijk recht bijvoorbeeld kent een groot aantal specialismen, zoals het verbintenissenrecht, het goederenrecht, het erfrecht, het huurrecht, het auteursrecht, het beslagrecht en het faillissementsrecht.

Andere indeling

Bij een andere, meer moderne indeling worden rechtsgebieden benoemd vanuit een of enkele facetten waarin het recht zich in het maatschappelijk leven manifesteert. Op deze wijze ontstaan specialismen als agrarisch recht, economisch recht, jeugdrecht, luchtrecht, zeerecht, milieurecht, vreemdelingenrecht, verkeersrecht, bouwrecht, consumentenrecht en gezondheidsrecht. Elk van deze specialismen geeft een horizontale doorsnede door de traditionele rechtsgebieden heen, zoals het strafrecht, het bestuursrecht, het burgerlijk recht en het staatsrecht. Het verkeersrecht bijvoorbeeld heeft kenmerken van het staatsrecht (het wettelijk vaststellen van verkeersregels), het strafrecht (strafbedreiging op overtreding van die regels) en het burgerlijk recht (regeling van de schade).

Ten slotte merken we nog op dat juristen onderscheid maken tussen geschreven en ongeschreven recht. Het geschreven recht is het recht dat in wetten of verdragen is vastgelegd. Tot het ongeschreven recht wordt traditioneel de rechtspraak of jurisprudentie gerekend. Hoewel rechterlijke uitspraken vrijwel steeds schriftelijk totstandkomen, pleegt men de rechtspraak desondanks onder de term ongeschreven recht te laten vallen.

Een voorbeeld van de gebruikelijke terminologie biedt art. 162 lid 2 uit boek 6 BW, waar de term 'ongeschreven recht' verwijst naar de bestaande jurisprudentie. Ook het gewoonterecht behoort overigens tot het ongeschreven recht.

Klassieke indeling

HANDHAVING EN NALEVING VAN RECHTSREGELS

In het begin van dit hoofdstuk hebben we gezien dat het recht een van de mechanismen is die conflicten in de samenleving kunnen reguleren. Wil een dergelijke regulering enige kans van slagen hebben, dan is daarvoor de mogelijkheid om het recht te handhaven onontbeerlijk. Daaraan doet niet af dat niet iedere rechtsregel alijd kan worden gehandhaafd. Soms blijkt handhaving van een regel niet effectief, soms is handhaving eenvoudigweg niet mogelijk.

Spontane naleving

De hier bedoelde handhaving van rechtsregels is een door de wetgever in wettelijke bepalingen geschapen mogelijkheid. Het is een handhaving van rechtsregels binnen onze rechtsorde. Daarbij speelt de rechter in de regel een centrale rol. Dit alles neemt niet weg dat handhaving van rechtsregels soms helemaal niet nodig is. Vaak worden rechtsregels spontaan of onder enige sociale druk nageleefd. In het dagelijks leven kan iemand met succes worden aangezet tot naleving van een rechtsregel, bijvoorbeeld door hem met kracht van argumenten te overreden. Daarnaast kan eigen belang een belangrijk motief zijn om zich min of meer spontaan aan regels en afspraken te houden. In dat geval worden regels van het recht nageleefd omdat men daar zelf baat bij heeft. Verder heeft iedereen er belang bij dat in een ingewikkelde samenleving als de onze het rechtssysteem goed blijft functioneren. Dat zou mislukken als overheid, burgers of bedrijven zich niet aan de regels van het recht zouden houden. Denk maar eens aan de chaos die zou ontstaan indien eenvoudige verkeersregels als rechts houden en verkeer van rechts voorrang verlenen, op grote schaal zouden worden overtreden.

Eigenbelang

Rechtsregels worden dus vaak uit eigenbelang nageleefd en het is betrekkelijk uitzonderlijk als de handhaving daarvan via de overheid of de rechter moet geschieden. Ten slotte merken we nog op dat een enkele keer door middel van intimidatie, pressie, geweld en dergelijke de naleving van regels of afspraken wordt afgedwongen, maar deze methoden passen niet binnen het kader van het door de samenleving en de wetgever erkende instrumentarium.

Handhaving in de rechtsgebieden

Binnen de Nederlandse rechtsorde is de handhaving van rechtsregels opgedragen aan daartoe door de wetgever in het leven geroepen rechterlijke instanties.⁵ In beginsel zijn er binnen de rechtsgebieden van het strafrecht, het burgerlijk recht en het bestuursrecht drie verschillende wijzen van handhaving te onderscheiden. Het vierde bovengenoemde rechtsgebied van het staatsrecht ontbreekt omdat een specifiek staatsrechtelijke handhaving (behoudens de grondrechten) niet bestaat, althans niet door middel van rechterlijke colleges.

⁵ Handhaving van rechtsregels geschiedt uiteraard ook nog door andere instanties, zoals deurwaarders en de politie.

Gewoonlijk worden dus naast elkaar gesteld: strafrechtelijke, burgerrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Elk van deze drie gebieden heeft een eigen structuur, eigen rechters en eigen regels van procesrecht. Binnen een dergelijk systeem is doorgaans een zekere hiërarchie ingebouwd in die zin dat slechts zelden een uitspraak van een rechter meteen definitief is. Vrijwel altijd kan een uitspraak ter controle worden voorgelegd aan een 'hoger' rechterlijk college: het hoger beroep. De wetgever heeft in de meeste gevallen zelfs voorzien in een rechterlijke beoordeling in drie instanties.

Conclusie: het recht wordt op velerlei wijze nageleefd of gehandhaafd. Naleving van rechtsregels geschiedt in het maatschappelijk leven uit verschillende motieven. Binnen het systeem van het recht is handhaving opgedragen aan verschillende rechters, die daarbij materiele en formele regels van strafrecht, burgerlijk recht en bestuursrecht hanteren.

5.1 | Overeenkomsten

Bij een *overeenkomst* verbinden één of meer partijen zich jegens elkaar door over en weer te beloven bepaalde prestaties te verrichten. Als partijen het over en weer eens zijn over de te verrichten prestaties (wilsovereenstemming) is de overeenkomst een feit. In tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, is een schriftelijk stuk doorgaans geen vereiste voor het ontstaan van een contract. Wel is het in veel gevallen verstandig om de afspraken schriftelijk vast te leggen. Dat schept zekerheid en duidelijkheid en in geval van onenigheid is er een schriftelijk stuk dat als bewijs kan dienen. De meeste overeenkomsten zijn *indefinitief*, dat wil zeggen dat er voor beide partijen rechten en plichten uit voortvloeien.

5.2 | Bijzondere overeenkomsten

Iedereen is vrij om overeenkomsten te sluiten en vrij om te bepalen wat de inhoud van de overeenkomsten zal zijn. Dit wordt *contractvrijheid* genoemd. Aldus roeper mensen verplichtingen ten opzichte van elkaar in het leven waarvan zij zelf de inhoud hebben bepaald. In de wet zijn sommige veelvoorkomende overeenkomsten echter wel geregeld.

Overeenkomsten die in de wet worden benoemd en geregeld, zijn de *bijzondere overeenkomsten*, ook wel benoemde overeenkomsten geheten. Zo geeft de wet bijvoorbeeld uitgebreide regelingen over de arbeidsovereenkomst. Andere voorbeelden van benoemde overeenkomsten zijn koop, huur, opdracht en bewaarmening. De bedoeling van de wetgever is om de meest voorkomende overeenkomsten nader in te vullen of, als dat in het algemeen belang is, de grenzen van de vrijheid van partijen om hun onderlinge verhouding naar eigen inzicht te regelen te beperken.

5.3 | Dwingend en aanvullend (regelend) recht

In principe zijn de burgers vrij om hun rechtsbetrekkingen met anderen zelf te regelen. De contractvrijheid heeft echter grenzen. Er zijn regels waarvan niet mag worden afgeweken, ook niet bij overeenkomst. Dat zijn de regels van *dwingend recht*. Je kunt bijvoorbeeld niet zomaar afspreken dat je voortaan een andere achternaam hebt. De regels van dwingend recht zijn vaak regels van openbare orde en goede zeden. Zo kunnen partijen wel afspreken dat zij voor bepaalde gevolgen niet aansprakelijk zijn, maar de afspraak dat zij niet aansprakelijk zijn voor schade die zij met opzet veroorzaken, is in strijd met het dwingende recht en dus nietig.

Daarnaast zijn er de regels van *regelend recht*, ook wel regels van aanvullend recht geheten. Daarvan mag bij afspraak wel worden afgeweken. De regels van regelend recht gelden voorzover er door partijen bij overeenkomst niet nadrukkelijk van is afgeweken. Zo bepaalt de Auteurswet dat de rechten op een werk dat door een werknemer in de uitoefening van zijn dienstbetrekking wordt gemaakt, toekomen aan de werkgever. Deze bepaling is van rege-

lend recht. Hiervan kan door de partijen bij overeenkomst worden afgeweken.

De meeste bepalingen die de verhouding tussen de burgers onderling regelen, zijn van regelend recht. Zo geeft de wet voor de hiervoor genoemde bijzondere overeenkomsten veelal regelingen die de bijzondere overeenkomst nader invullen. Deze nadere invulling geldt slechts als partijen niet zelf iets anders hebben geregeld.

Dwingend recht treft men echter wel aan wanneer de wetgever bepaalde groepen, zoals minderjarigen of consumenten, tegen zichzelf in bescherming wil nemen. Dit kan inhouden dat de wet in dat geval de eis stelt dat bepaalde vormvoorschriften in acht moeten worden genomen, zoals de akte van huurkoop, een machtiging van de vertegenwoordiger ingeval het een arbeidsovereenkomst met een minderjarige betreft of de eis van schriftelijkheid van een concurrentiebeding met een meerderjarige werknemer. Een ander voorbeeld van een dwingendrechtelijk voorgeschreven vormvoorschrift is de vereiste van een akte voor een rechtsgeldige overdracht van het auteursrecht, bijvoorbeeld op een computerprogramma. Zo beschermt de wetgever eveneens personen in een ongelijkwaardige of kwetsbare relatie tegen ondoordacht handelen of tegen degenen die machtiger worden geacht, zoals werknemer tegen werkgever, huurder tegen verhuurder of consument tegen verkoper.

Dergelijke, door de wetgever eertjds in de wet opgenomen, vormvoorschriften kunnen een belemmering vormen voor het op elektronische wijze sluiten van overeenkomsten. De bescherming van bepaalde groepen, indien in een ICT-omgeving nog noodzakelijk, moet de wetgever dan vinden in ofwel een elektronisch equivalent vormvereiste, ofwel niet toestaan dat de overeenkomst op elektronische wijze toistandkomt. Dit laatste is in het licht van de Richtlijn E-commerce maar in een beperkt aantal bepaalde gevallen toegestaan.

Gezien het voorkomen van dwingend en regelend recht, kan het van belang zijn te weten welke juridische kwalificatie er van toepassing is op een bepaalde feitelijke situatie. Vragen die in dat kader opdoemen, zijn bijvoorbeeld:

- Is de ontwikkeling van programmatuur te kwalificeren als iets anders dan 'het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard' en de software-ontwikkelovereenkomst daarmee een overeenkomst van opdracht, zoals geregeld in art. 7:400 en volgende BW?
- Kan programmatuur worden 'gekocht'? Als dat zo is, is er sprake van 'koop' en gelden mogelijk de dwingende rechtsregels betreffende koop en als partijen niet anders zijn overeengekomen, ook de regels van regelend recht betreffende koop?

Op deze laatste vraag wordt hierna met een voorbeeld ingegaan. Vervolgens wordt ingegaan op het begrip consumentenkoop. Ten slotte wordt een van de belangrijkste verplichtingen van de verkoper (conformiteit) behandeld.

6.1 Precontractuele verhoudingen

Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan, aldus het Burgerlijk Wetboek. Het klinkt eenvoudiger, en wellicht zelfs anders, dan het in werkelijkheid is. Zoals bij veel contracten, is ook bij veel automatiseringscontracten het vaststellen en het formuleren van vraag en aanbod geen sinecure. Een lange periode van onderhandelen en op elkaar afstemmen van wensen en mogelijkheden gaat aan het totstandkomen van menig automatiseringscontract vooraf. Toch kan hetgeen zich tijdens deze periode voordoet een rol spelen, ook in de latere fasen bij het bepalen van de gevolgen van de overeenkomst. De Hoge Raad, onze hoogste rechter, heeft in 1958 de relatie van de partijen die zijn betrokken bij het totstandkomen van een contract als volgt weergegeven:

'Partijen komen immers door in onderhandeling te treden tot elkaar te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, meebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.'

Er kunnen tijdens de periode die voorafgaat aan het sluiten van het contract, de zogeheten *precontractuele periode*, voor partijen verplichtingen ten opzichte van elkaar ontstaan. Welke verplichtingen dat zijn, is afhankelijk van de fase waarin de onderhandelingen zich bevinden. De Hoge Raad onderscheidt in een later arrest uit 1983 in de precontractuele periode drie fasen. In de eerste fase zijn partijen nog vrij de onderhandelingen zonder enige verplichting af te breken. In de tweede fase staat het partijen niet meer vrij de onderhandelingen af te breken zonder de door de wederpartij gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk te vergoeden. In een derde fase zijn de onderhandelingen in een zodanig stadium gekomen dat het afbreken zelf in strijd met de goede trouw is, omdat partijen er over en weer op mochten vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen. In dat geval is zelfs plaats voor een vordering om de onderhandelingen voort te zetten of tot schadevergoeding, ook van de gederde winst, indien aannemelijk is dat bij voortzetting van de onderhandelingen een bepaalde overeenkomst tot stand zou zijn gekomen.

Met name vanwege administratieve en commerciële redenen worden er in de praktijk verschillende stadia onderscheiden in de precontractuele periode. Men moet echter goed bedenken dat de hiervoor genoemde precontractuele fasen niet samenvallen met deze stadia. Het hangt van het geheel van de omstandigheden van de situatie af of er verplichtingen over en weer zijn ontstaan.

Het volgende traject komt men bij automatiseringsprojecten veelvuldig tegen, met dien verstande dat zodanig traject voor de overheidsaanbestedingen in verband met de (in hoofdstuk 2 al besproken) wettelijk voorgeschreven aanbestedingsprocedures anders ligt:

- 1 Request for Proposal: de klant vraagt aan de potentiële leverancier een offerte uit te brengen.
- 2 Vooroverleg: op basis van de 'Request for Proposal' vindt er meestal overleg plaats tussen de klant en de potentiële leverancier. In dit stadium

zal de leverancier trachten om een zo helder mogelijk beeld te verkrijgen van wat de klant eigenlijk van hem verwacht.

- 3 Offerte: op basis van de 'Request for Proposal' en het 'Vooroverleg' dient de potentiële leverancier zijn offerte in.
- 4 Overleg: op basis van met name de 'Offerte', treden de klant en de potentiële leverancier in overleg om de laatste punten uit te onderhandelen.

Zoals we in hoofdstuk 5 al hebben gezien, is de overeenkomst een feit als de partijen het eens zijn over de te verrichten prestaties. Het is echter heel wel mogelijk dat er al in stadium 4 sprake is van een overeenkomst. In de praktijk wordt het vierde stadium echter dan nog finaal gevolgd door de volgende twee stadia:

- 5 Tekening overeenkomst.
- 6 Aanvang uitvoering van de getekende overeenkomst.

6.2 1 Dwaling

Een overeenkomst vormt de neerslag van de wilsovereenstemming van beide, bij het contract betrokken, partijen. De wil van partijen blijkt uit hun verklaringen en gedragingen. Het kan zijn dat de wil om een bepaalde overeenkomst af te sluiten totstandkomt onder verkeerde omstandigheden en daardoor wordt beïnvloed. Dit kan worden veroorzaakt door bijvoorbeeld bedreiging (denk aan de dreiging 'je geld of je leven'. Je wilt dan natuurlijk wel...), bedrog of een verkeerde voorstelling van zaken, *dwaling* genoemd. Bedreiging en bedrog laten we hier verder buiten beschouwing. Dwaling is voor ons wel van belang. In het Burgerlijk Wetboek staan voorwaarden opgesomd waaronder een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en die bij een juiste voorstelling van zaken niet (of niet op dezelfde voorwaarden) zou zijn gesloten, vernietigbaar is. Dit kan een dwaling zijn die te wijten is aan het wel of aan het ten onrechte juist niet verstreken van bepaalde inlichtingen door de wederpartij. Vereist is wel dat de wederpartij heeft begrepen of moeten begrijpen dat de dwaling bij het afsluiten van de overeenkomst voor de dwalende van doorslaggevende betekenis was. Zo zal iemand die een bepaalde configuratie bestelt de levering van die configuratie met verschillende niet-compatibele onderdelen waarschijnlijk niet hebben gewild, als hij had geweten van de niet-compatibiliteit. In het algemeen mag men afgaan op mededelingen van de tegenpartij. Er bestaat echter een onderzoekspllicht als men bij normale oplettendheid, gezien de omstandigheden, reden heeft tot twijfel. Ook de vraag naar de mededelingspllicht hangt af van de concrete omstandigheden. Slechts vaststaande feiten, omstandigheden of ontwikkelingen zullen in beginsel moeten worden vermeld.

Een andere in de wet genoemde mogelijkheid voor vernietiging op grond van dwaling vormt nog de wederzijdse onjuiste voorstelling van zaken.

Beide partijen hadden bij het totstandkomen van de overeenkomst dezelfde verkeerde voorstelling van zaken.

Opmerking verdient dat een beroep op dwaling de mogelijkheid mist om de eis tot vernietiging van de overeenkomst aan te vullen of te vervangen door een schadevergoedingsvordering.

6.3 | Rechtsgevolgen van overeenkomsten

Als gevolg van het totstandkomen van een overeenkomst ontstaan *rechtsgevolgen*. Dit zijn rechten en verplichtingen over en weer.

Naast de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen kunnen rechtsgevolgen ontstaan die 'naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van de redelijkheid en billijkheid voortvloeien', aldus ons Burgerlijk Wetboek. Hierna zal aan al deze aspecten aandacht worden besteed.

6.3.1 | Overeengekomen rechtsgevolgen

Het vaststellen van de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen kan problemen opleveren in geval van onenigheid tussen de partijen. Meestal zal de ene partij menen dat hij tot iets gerechtigd of verplicht was dat niet overeen blijkt te komen met de bedoeling van de wederpartij.

Voorbeeld

L levert K een pc, een tekstverwerkingspakket en een laserprinter. K wil de geleverde configuratie en de software gebruiken voor het maken van tabellen, maar dit blijkt bij nader inzien onmogelijk. L meent te hebben voldaan aan zijn verplichting en K voelt zich bekocht.

Het is van belang vast te kunnen stellen wat is overeengekomen en welke rechten en verplichtingen op grond van het gebeure zijn ontstaan. De beste manier is om te beginnen de afspraken op papier te zetten, maar niet iedere afspraak leent zich daar voor. Wat is overeengekomen, is afhankelijk van de omstandigheden waaronder de overeenkomst tot stand is gekomen. Het maakt bijvoorbeeld veel verschil of K zonder meer aan L heeft gevraagd om de geleverde configuratie en het geleverde tekstverwerkingspakket of dat K aan L heeft gevraagd of L datgene wil leveren waarmee het mogelijk is om de gewenste tabellen te maken.

Bij het vaststellen van de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen mag niet alleen worden afgaan op de taalkundige uitleg van de bewoordingen van de overeenkomst, maar komt het tevens aan op 'de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hergeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten' aldus de Hoge Raad in 1981.

6.3.2 | Entire agreement clause (4-hoekenbeding)

Veel van de bepalingen in computercontracten vinden hun oorsprong in de Verenigde Staten van Amerika. Met het 4-hoekenbeding is dat ook het geval. De vraag die dan rijst is of deze bepaling dezelfde effecten heeft als die men er in de Verenigde Staten mee hoopt te bereiken. Voor het 4-hoekenbeding is dat het volgende. Het 4-hoekenbeding is een bepaling in het schriftelijke contract en vormt de schriftelijk vastgelegde afspraak tussen partijen dat alles wat zij zijn overeengekomen schriftelijk is bevestigd op het voorliggende stuk papier, het schriftelijke contract. Slechts datgene wat is vastgelegd tussen de 4 hoeken van het papier en niet meer en niet minder is overeengekomen. Alle rechten en verplichtingen die zouden kunnen voortvloeien uit

gebruiken of afspraken uit de precontractuele fase moeten daarmee vervallen. Dit zou niet slecht zijn en de duidelijkheid verhogen als alle wederzijdse rechten en verplichtingen zoals deze zijn afgesproken dan ook deugdelijk op het voorliggende document zijn vastgelegd. Maar als dat niet zo is en er ontstaat een conflict, dan kunnen er binnen het Nederlandse recht problemen ontstaan (zie het hiervoor gestelde voor het bepalen van de rechtsgevolgen van de overeenkomst). Uiteraard hangt veel af van de wijze waarop het 4-hoekenbeding is overeengekomen, het is iets anders of het 4-hoekenbeding nauwelijks bespreekbaar was of dat partijen welbewust hebben gekozen voor het opnemen van de 4-hoekenclausule.

6.3.3 | Rechtsgevolgen uit de wet

Zoals hiervoor al is gesteld, kunnen er naast de overeengekomen rechtsgevolgen eveneens rechtsgevolgen voortvloeien 'naar de aard van de overeenkomst uit de wet (...)'.¹

De wet kent *dwingendrechtelijke bepalingen*. Dit zijn bepalingen waar partijen niet bij overeenkomst van mogen afwijken.

Buiten het belang van dwingendrechtelijke bepalingen heeft de wet vooral betekenis in een aanvullende zin; de wettelijke bepalingen gelden voorzover de partijen er niet bij overeenkomst van zijn afgegaan (zie hiervoor ook hoofdstuk 3). Bij automatiseringsovereenkomsten is veelal sprake van *siu-generis-overeenkomsten*. Daarmee bedoelen we niet-bijzondere, dat wil zeggen niet in de wet genoemde, overeenkomsten. Daarnaast bestaat er onzekerheid over een mogelijk juridische kwalificatie. Dit maakt dat een verwijzing naar aanvullende regels die zijn vastgesteld voor bijzondere overeenkomsten vaak niet mogelijk of onzeker is. Het verdient in die gevallen dan ook aanbeveling om bij het tot stand brengen van automatiseringsovereenkomsten bijzonder veel zorg te besteden aan een nauwgezette vaststelling en formulering van de overeenkomst.

6.3.4 | Rechtsgevolgen uit gewoonte

Voorzover er sprake is van een *gewoonte*, bijvoorbeeld binnen een beroeps-groep of een bedrijfstak, kan deze mede de inhoud van de overeenkomst bepalen. Binnen een nieuwe branche als de ICT-branche zijn nog niet veel gewoonten uitgekristalliseerd. Het moet echter zeker niet worden uitgesloten, dat deze zullen gaan ontstaan en dat daaruit dan rechtsgevolgen zullen voortvloeien.

6.3.5 | Rechtsgevolgen op grond van de redelijkheid en billijkheid

De normen van de *redelijkheid en billijkheid* eisen dat partijen binnen een contractuele relatie tevens in een bij de relatie passende mate rekening houden met elkaars belangen. In geval van automatiseringsovereenkomsten kunnen de redelijkheid en de billijkheid verplichten tot het inwinnen van informatie, tot het verstrekken van informatie, die er zelfs in kan bestaan dat men waarschuwt voor risico's en tot het meewerken aan het welslagen van de overeenkomst. Bij overeenkomsten met een automatiseringsdeskundige vereisen de redelijkheid en billijkheid dat de deskundige rekening houdt met het niveau van een leek aan de zijde van de klant.

De leverancier moet als automatiseringsdeskundige de klant informatie verstrekken waarvan hij weet of moet weten dat deze voor de klant van belang is. Mocht de klant bijvoorbeeld een bepaalde configuratie willen bestellen waarvan de leverancier weet dat dit ertoe leidt dat de klant dan geen gebruik meer kan maken van zijn huidige systeem dan heeft hij de plicht dit de klant mee te delen. De informatieplicht gaat zo ver dat de leverancier de klant moet waarschuwen dat hij een bepaald risico loopt. Zo moet de leverancier de klant er bijvoorbeeld voor waarschuwen dat zijn systeem in het begin nog niet foutloos draait en dat hij zijn niet-geautomatiseerde boekhouding nog maar even moet blijven bijhouden.

De informatieplicht omvat tevens de plicht voor de leverancier om vanuit zijn kennis en ervaring als automatiseringsdeskundige bepaalde informatie omtrent het bedrijf van zijn klant te achterhalen, de zogenoemde onderzoekspllicht.

Ook voor de klant geldt dat hij een informatieplicht heeft tegenover de leverancier. Hij is verplicht als hij weet dat het voor het welslagen van het project nodig is de benodigde informatie over zijn bedrijf te verschaffen.

Voor het vaststellen van de verplichtingen van een automatiseringsadviseur is het arrest in de zaak Brinkers/RBC van de Hoge Raad interessant. Op 8 maart 1984 heeft het Gerechtshof in Den Haag in de zaak Brinkers/Margarine Fabrieken bv tegen adviesbureau RBC de automatiseringsadviseur RBC aansprakelijk geacht voor een schadebedrag van bijna 2 miljoen gulden. Deze uitspraak is daarna, op 11 april 1986, bevestigd door de Hoge Raad.

De feiten waren als volgt: Brinkers had over de voorgenomen automatisering advies ingewonnen bij RBC en daarbij vanwege de haast met het project aangedrongen op een snel advies. RBC maakte de kanttekening dat er eigenlijk eerst een informatieplan had moeten worden opgesteld, maar kwam desalniettemin met een advies. Het advies werd uitgevoerd. Het nieuwe systeem werkte niet goed, er werd behoorlijk schade geleden en de adviseur werd aangesproken. Het opzienbarende was dat de adviesovereenkomst moet worden uitgevoerd overeenkomstig de regels die gelden in het geval van een beroepsaansprakelijkheid, dat wil zeggen dat een *deskundige* voldoende *zorgvuldig* moet handelen. Maatstaf hierbij is *de redelijk handtelend uitgangspunt*.

'Dat het (...) beslissend is of het advies (...) - mede gelet op de gegevens omtrent de gang van zaken in het bedrijf die ten tijde van het geven van het advies ter beschikking stonden - al of niet voldoende aan de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handtelend en bekwaam automatiseringsadviseur vereist zijn worden.'

Toegepast op de eisen die aan de automatiseringsadviseur mochten worden gesteld, betekent dit een verplichting tot waarschuwen op een expliciete duidelijke wijze in geval van dreigende risico's en een verplichting tot zodanig onderzoek dat tot een verantwoord advies kan worden gekomen. Deze verplichtingen rusten zelfs op de adviseur als de opdrachtgever zoals in casu om haastwerk vroeg. Het enige wat de adviseur had kunnen redden was een

uitdrukkelijke schriftelijke verklaring, dat hij op de gevraagde manier niet tot een verantwoord advies zou kunnen komen.

Naast een *uitbreiding* van de rechtsgevolgen op grond van de redelijkheid en de billijkheid kan een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende bepaling worden *beperkt* voorzover deze in de gegeven omstandigheden naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Zo oordeelde de Rechtbank in Amsterdam dat het beroep van de leverancier op een exonerationclausule onder de gegeven omstandigheden niet was toegestaan (Rb. Amsterdam 16 oktober 1986).

Een bijzonder geval waarin de redelijkheid en billijkheid een beperking opleveren van de contractuele bepalingen doet zich voor bij onvoorziene omstandigheden van dien aard dat de wederpartij geen ongewijzigde instandhouding van de contractuele bepalingen, bijvoorbeeld van de prijs, of de leveringstermijnen mag verwachten.

6.4 | Garantiebepalingen en kwaliteit

De beslissing om te gaan automatiseren vereist overwegingen van bedrijfsorganisatorische aard. Het resultaat vormt een beschrijving van het automatiseringsproject en de eisen die daaraan worden gesteld. Dit wordt ook wel een pakket van eisen genoemd. Door middel van een systeemanalyse worden functionele specificaties opgesteld. Hierin worden onder meer garanties opgesteld met betrekking tot bijvoorbeeld de capaciteit, responsstijden en fouten. Deze kunnen bij het contracteren van invloed zijn op de verdeling van de aansprakelijkheden en de risico's.

Een onderwerp dat de laatste tijd nationaal maar vooral op Europees niveau veel aandacht krijgt, is de mogelijkheid tot het verkrijgen van kwaliteitscertificaten van de partijen zelf of van onafhankelijke certificatie-instellingen. *Kwaliteit* wordt dan geformuleerd als het voldoen aan de gebruikersbehoefte voor wat betreft een of meerdere eisen zoals de standaardisatie, gebruikersvriendelijkheid, onderhoudbaarheid, gevolgde bedrijfsprocedure en type-eigenschappen. Er bestaat op dit moment nog grote onzekerheid over de inhoud van de te stellen eisen. Wat de gevolgen van een certificaat zullen zijn voor de rechten en verplichtingen van de partijen is onzeker. Deze zullen mede afhangen van de afspraken daarover in het contract. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen op grond van een certificaat worden beïnvloed. Bovendien kan het hebben van een certificaat een aanwijzing zijn dat de leverancier bij het leveren van zijn prestatie voldoet aan bepaalde eisen.

6.5 | Aansprakelijkheid en automatisering

In een van de eerste Nederlandstalige informaticarechtboeken, *Partijenaansprakelijkheid bij softwarecontracten* van G. Vandenberghe uit 1984, kwalificeert de schrijver automatiseren als een problematische activiteit waarvan de consequenties veelal desastreus zijn. Dit gegeven rechvaardigt aldus de schrijver, een eigen invulling van de wederzijdse verplichtingen bij het

aangaan en naleven van softwarecontracten en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid. En hoewel de ontwikkelingen op het automatiseringsfront niet stil zijn blijven staan blijkt automatiseren nog steeds een problematische activiteit, zodat een blik gericht op de partijsprakeelijkheid bij automatiseren nog steeds op zijn plaats is. Overschrijdingen van kosten en opleveringstermijnen evenals teleurgestelde verwachtingen over het uiteindelijke resultaat van de automatisering doen zich met de regelmaat van de klok voor. Naast een verplichting tot schadevergoeding, ontstaan op grond van een toerekenbare tekortkoming van een van de partijen bij een overeenkomst, bestaat de mogelijkheid van een wettelijke aansprakelijkheid, gebaseerd op andere gronden. In dit kader zijn tevens de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad en de productenaansprakelijkheid van belang. Aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad en productenaansprakelijkheid bestaan jegens derden die niet zoals bij contractuele aansprakelijkheid in een contractuele relatie moeten staan met de aansprakelijk gestelde. In het licht van de informatietechnologie kan bij een onrechtmatige daad worden gedacht aan een onrechtmatige wijze van omgaan met apparatuur en software, met een onzorgvuldige of onwettige verkrijging, verwerking of verstrekking van gegevens en informatie en aan het in het verkeer brengen van ondeugelijke producten. Dit laatste brengt ons tevens op het terrein van de productenaansprakelijkheid. Dit is aansprakelijkheid van de producent voor schade ontstaan door een gebrekkig product.

6.6 | (Niet-)Nakoming van verplichtingen

Bij niet-nakoming van een verbintenis (wanprestatie) uit een wederkerige overeenkomst kan nakoming van de verbintenis (met eventuele gebruikmakung van de zogeheten *exceptio non adimpleti contractus*, dat wil zeggen het niet-nakomen van de daartegenoverstaande verplichting), vervangende schadevergoeding of ontbinding van de overeenkomst worden gevorderd, mogelijk gecombineerd met een aanvullende schadevergoeding. Een derde, niet contractpartij die schade heeft geleden, kan niet ageren op grond van wanprestatie, maar eventueel wel op grond van onrechtmatige daad. Een vordering tot schadevergoeding bij niet-nakoming is slechts mogelijk in het geval dat de schuldenaar een *tekortkoming* in de nakoming van zijn verbintenis kan worden toegerekend. Dit is in beginsel pas het geval als hij *in verzuim* is, dat wil zeggen dat de prestatie opeisbaar is, en hem een redelijke termijn voor alsnog nakomen is gesteld die is verstreken, een *ingebrekestelling*. De ingebrekestelling is vereist als een exacte datum voor levering niet in de overeenkomst was opgenomen. Het kan dus raadzaam zijn hierop in te spelen bij het opstellen van de contractuele bepalingen. In de praktijk komt men dan ook vaak het volgende artikel tegen:

‘Alle termijnen, data en tijdschema’s zijn indicatief, tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven.’

Ook in de voorwaarden van de Fenit (Federatie van Nederlandse brancheverenigingen voor IT) zijn bepalingen opgenomen die de leveringstermijnen betreffen:

8. Leveringstermijnen

Alle door Leverancier genoemde (leverings)termijnen zijn naar beste weten vastgesteld op grond van de gegevens die bij het aangaan van de overeenkomst aan Leverancier bekend waren en zij zullen zoveel mogelijk in acht worden genomen; de enkele overschrijding van een genoemde (leverings)termijn brengt Leverancier niet in verzuim. Leverancier is niet gebonden aan (leverings)termijnen die vanwege buiten zijn macht gelegen omstandigheden die zich na het aangaan van de overeenkomst hebben voorgedaan, niet meer gehaald kunnen worden. Indien overschrijding van enige termijn dreigt, zullen Leverancier en Client zo spoedig mogelijk in overleg treden’

6.7 | Inspannings- of resultaatsverbintenissen

Bij acties wegens het niet-nakomen van verbintenissen kan het tevens van belang zijn of er sprake is van een resultaats- dan wel van een inspanningsverbintenis. Bij de *resultaatsverbintenis* bestaat in beginsel aansprakelijkheid als het overeengekomen resultaat is uitgebleven. Bij de *inspanningsverbintenis* bestaat slechts dan aansprakelijkheid als er onvoldoende inspanning is verricht voor het bereiken van een bepaald resultaat. De bewijslast van de wederpartij is bij de inspanningsverbintenis aanzienlijk zwaarder. In beginsel is het zo dat hij die iets stelt dat ook moet bewijzen. Het bewijs dat een bepaalde prestatie niet tot stand is gekomen, is gemakkelijker te leveren dan het bewijs dat iemand zich niet voldoende heeft ingespannen.

De vraag welke automatiseringscontracten resultaatsverbintenissen opleveren en welke inspanningsverbintenissen, is in zijn algemeenheid niet te beantwoorden. Bovendien zijn de meningen hierover niet eensluidend. Er wordt wel gesteld dat automatiseringsprojecten per definitie inspanningsverbintenissen betreffen, omdat het nu eenmaal onmogelijk is foutloze resultaten te leveren. Dit suggereert enigszins dat de lasten voor een automatiseerder lichter zijn dan in het geval van resultaatsverbintenissen. Vergeet niet dat op automatiseerders wel de plicht rust om in geval van een inspanningsverbintenis te voldoen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid zoals deze in subparagraaf 6.3.5 zijn geformuleerd voor de automatiseringsadviseur. Daarnaast is het alleszins redelijk, dat als partijen een resultaat beogen, er moet worden geleverd wat zij zijn overeengekomen. De verbintenis moet dan in beginsel als een resultaatsverbintenis worden gekwalificeerd en niet als een inspanningsverbintenis. Het zal bovendien vaak het geval zijn dat een overeenkomst resulteert in meerdere verplichtingen waarvoor afzonderlijk een kwalificatie als resultaats- dan wel als inspanningsverbintenis kan worden gegeven.

Dat de wijze waarop de verplichtingen in het contract zijn vastgelegd daarnaast van betekenis is, blijkt uit de volgende uitspraak gegeven door het Hof Amsterdam. Het Hof oordeelde op grond van een clausele waarin de leveringstermijnen als niet-bindend, maar slechts ‘als naar beste weten gedaan’ moeten worden aangemerkt, dat er sprake moest zijn van een inspannings-

verbintenis van de leverancier. De werkzaamheden van de leverancier bestonden uit het leveren van een computerconfiguratie inclusief software overeenkomstig een bestaande systeem- en functieanalyse. Hoewel er een welbepaald resultaat werd verwacht en diende te worden gerealiseerd, liet het Hof de door partijen overeengekomen clause prevaleren boven de aard van de prestatie en nam op grond van de overeenkomst een inspanningsverbintenis aan.

De volgende aangehaalde passage in een uitspraak van de Rechtbank in Rotterdam uit 1983 kwam daarentegen tegemoet aan de mening, dat de verplichting om een programma te ontwikkelen, te kwalificeren is als een resultaatverbintenis. X mocht redelijkerwijs aannemen, uitgaande van het aan haar door Y gegeven advies, dat Y haar zou voorzien van een deugdelijk nieuw programma voor berekening ... X had ook bij geen enkele andere prestatie belang dan bij een goed functionerend programma.

Uit bovenstaande kan de conclusie worden getrokken dat het van belang is om bij het contracteren stil te staan bij de formulering van de bepalingen. Vergelijkbaar eens het verschil in formulering aan de hand van het volgende voorbeeldje. Een bepaling dat 'op 1 januari zal worden afgeleverd' levert een resultaatverbintenis op. Een bepaling 'dat de nodige inspanning wordt verricht om op 1 januari af te leveren' betreft een inspanningsverbintenis.

6.8 | Overmacht en garantie

Zoals gezegd leidt het niet-nakomen door de debiteur slechts tot aansprakelijkheid, als het niet nakomen de debiteur kan worden toegerekend. Het Burgerlijk Wetboek geeft als volgt aan wanneer de schuldenaar de tekortkoming niet kan worden toegerekend, dat wil zeggen wanneer er sprake is van overmacht:

'Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend als deze niet aan zijn schuld is te wijten, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.'

Krachtens de wet is de schuldenaar aansprakelijk voor de gedragingen van personen van wie hij de hulp gebruikt bij de naleving van zijn verbintenis, en voor schade veroorzaakt door het gebruik van ongeschikte zaken. Binnen de automatiseringswereld is het geen onbekend verschijnsel dat er gebruik wordt gemaakt van freelancers, 'gebodyshopten', gedetacheerden en dergelijken en dat opdrachten worden uitbesteed aan andere bedrijven. Partijen kunnen binnen de grenzen die aan overeenkomsten worden gesteld bij overeenkomst hun aansprakelijkheid uitbreiden dan wel inperken door in de overeenkomst te bepalen voor wiens rekening bepaalde tekortkomingen wel of niet komen. Dit gebeurt met behulp van garantiebepalingen, vrijwaringsclausules en exoneratieclausules. Garantiebepalingen beperken in principe de factoren die overmacht opleveren. In de praktijk komt het wel voor dat garantiebepalingen door de leveranciers worden gebruikt als middel om onderhoudscontracten af te sluiten.

Hierna volgen voorbeelden van garantiebepalingen zoals men deze in de praktijk veelvuldig tegenkomt. (Zie ook art. 7 bijlage 4.) De garantievoorwaarden van de leverancier en de verwachtingen daaromtrent van de klant kunnen uiteenlopen. Zoals ook al is weergegeven in hoofdstuk 3, wordt hierover dan onderhandeld.

Art. 26 van de algemene voorwaarden van Fenit omschrijft de garantie als volgt:

'26.1 Cedurende een periode van drie maanden na aflevering, of, indien tussen partijen een acceptatietest is overeengekomen, drie maanden na acceptatie, zal Leverancier naar besie vermogen eventuele fouten in de programmatuur in de zin van artikel 6.7 herstellen indien deze binnen die periode gedetailleerd omschreven schriftelijk bij Leverancier zijn gemeld. Leverancier garandeert niet dat de programmatuur zonder onderbreking of fouten zal werken of dat alle fouten zullen worden verbeterd. Het herstel zal gratis worden uitgevoerd, tenzij de programmatuur in opdracht van Client is ontwikkeld anders dan voor een vaste prijs, in welk geval Leverancier zijn gebruikelijke tarieven en kosten van herstel in rekening zal brengen. Leverancier kan zijn gebruikelijke tarieven en de kosten van herstel in rekening brengen indien sprake is van gebruiksfouten of onoordeelkundig gebruik van Client of van andere niet aan Leverancier toe te rekenen oorzaken of indien de fouten bij het uitvoeren van de overeengekomen acceptatietest hadden kunnen worden vastgesteld. Herstel van verminkte of verloren gegane gegevens valt niet onder de garantie. De garantieverplichting vervalt indien Client zonder schriftelijke toestemming van Leverancier wijzigingen in de programmatuur aanbrengt of doet aanbrengen.

26.2 Herstel van fouten zal geschieden op een door Leverancier te bepalen locatie. Leverancier is gerechtigd tijdelijke oplossingen dan wel programmatuur omwegen of probleemvermijdende restricties in de programmatuur aan te brengen.

26.3 Na afloop van de in artikel 26.1 bedoelde garantieperiode is Leverancier niet gehouden eventuele fouten te herstellen, tenzij er tussen partijen een onderhouds-overeenkomst is afgesloten dat zodanig herstel omvat.'

In veel standaardcontracten vindt men exoneratiebepalingen die een uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid inhouden. In beginsel is het beperken en uitsluiten van aansprakelijkheid geoorloofd. Het uitsluiten van aansprakelijkheid die wordt veroorzaakt door opzet of grove schuld is in strijd met de goede zeden en derhalve niet toegestaan. Zo kan de aansprakelijkheid krachtens de wet voor gedragingen van anderen (zie hiervoor), waarvan voor de uitvoering van een automatiseringsproject gebruik wordt gemaakt, in een aantal gevallen bij contract worden geëxoneerd. Onder bepaalde omstandigheden mag een op zichzelf toegestane exoneratieclausule niet worden ingeroepen omdat het, gezien de omstandigheden van het geval, in strijd met de goede trouw is om dat te doen.

Voorbeelden van in het verkeer geldende opvattingen zijn:

- het missen van de nodige bekwaamheid voor het uitvoeren van de verbintenis;
- een belemmering die de schuldenaar bij het aangaan van de verbintenis heeft voorzien of behoren te voorzien;
- het financieel niet in staat zijn de verbintenis na te komen.

Wat zijn nu de belangrijkste gevolgen van overmacht? Ten eerste zal een vordering tot nakoming door de schuldeiser in principe worden afgewezen, nu overmacht vrijwel steeds een tijdelijke of blijvende onmogelijkheid tot nakomen inhoudt. Ten tweede heeft de schuldeiser als hoofdregel geen recht op schadevergoeding. Van belang is wel dat het recht op ontbinding voor de schuldeiser blijft bestaan. In de praktijk komt men dan ook bepalingen tegen die dit recht op ontbinding trachten te beperken of uit te sluiten.

Voorbeelden van een overmachtsbepaling zijn te vinden in art. 9 van bijlage 4 en in het hierna weergegeven art. 11 van de Funit-voorwaarden.

11.1 Geen van partijen is gehouden tot het nakomen van enige verplichting indien hij daartoe verhinderd is als gevolg van overmacht. Onder overmacht wordt mede verstaan een niet-toerekenbare tekortkoming van toeleveranciers van Leverancier.

11.2 Wanneer de overmachtsituatie langer dan negentig dagen heeft geduurd, hebben partijen het recht om de overeenkomst door schriftelijke ontbinding te beëindigen. Hetgeen reeds ingevolge de overeenkomst gepresteerd is wordt dan naar verhouding afgerekend, zonder dat partijen elkaar overigens iets verschuldigd zullen zijn.

Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over verbintenissen uit de wet. Bij verbintenissen uit de wet ontstaat een rechtsgevolg niet op grond van de wil van partijen, maar op grond van bepaalde feitelijke handelingen. Aan die feitelijke handelingen verbindt de wet één of meer rechtsgevolgen.

De belangrijkste verbintenis uit de wet is de onrechtmatige daad. Daarop gaan we in de eerste zeven paragrafen uitvoerig in. In paragraaf 8 zien we dat men ook aansprakelijk kan zijn voor onrechtmatige daden die door anderen zijn begaan. Paragraaf 9 ten slotte gaat over drie andere verbintenissen uit de wet: onverschuldigde betaling, zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking.

1 DE ONRECHTMATIGE DAAD

Art. 6:162 BW is het basisartikel over de onrechtmatige daad. Lid 1 bevat de definitie van een onrechtmatige daad en luidt: "Een handeling of feitelijke handeling, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden."

Schade

In het maatschappelijk leven ontstaat schade op allerlei manieren. Iemand parkeert zijn auto onhandig en rijdt tegen een paaltje. Een verhuizer let niet op zijn takelmachine terwijl een piano tussen de vierde en de vijfde verdieping van een flatgebouw in de takels hangt, en het gevolg laat zich raden. Een gaat stoot tijdens een feestje per ongeluk een antieke Chinese vaas om, waardoor deze aan diggelen gaat. Een cafébezoeker raakt in gevecht, waarbij hij zijn wederpartij vier tanden uit de mond slaat.

Gevalen buiten art.

6:162 BW

Wie de tekst van het eerste lid van art. 6:162 BW toepast op de voorbeelden, ziet dat niet alle voorbeelden onder deze regel kunnen vallen. Er zijn twee belangrijke categorieën schadegevallen die buiten het bereik van art. 6:162 BW blijven. Ten eerste is dat de schade die men aan zijn zaken lijdt door eigen toedoen. De man die zijn auto tegen een paaltje parkeert, kan niet via onrechtmatige daad een ander aanspreken voor de schade, want hij veroorzaakte zelf de schade aan zijn eigen zaak. Daarnaast doet niet af dat hij zich mogelijkkerwijs tegen dit soort schade verzekerd heeft.

Er is nog een categorie schadegevallen waarvoor art. 6:162 BW niet is geschreven. Dat is de schade die ontstaat bij de nakoming van een overeenkomst. De piano die uit de takels viel, levert daarvan een voorbeeld op. In de overeenkomst tot vervoer van de piano pleegde de verhuizer wanprestatie. Volgens art. 6:74 BW is hij verplicht de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden. De verplichting tot schadevergoeding beruht dan op wanprestatie. Over wanprestatie ging het vorige hoofdstuk.

'Onrechtmatig'

Op welke schadegevallen heeft art. 6:162 BW nu wél betrekking? Het is duidelijk dat het een geval moet betreffen waarbij iemand aan een ander schade toebrengt door het plegen van een onrechtmatige daad. Een deel

van het antwoord op de vraag ligt in de betekenis van de term 'onrechtmatig' uit de tekst van art. 6:162 BW. Het tweede lid daarvan luidt namelijk:

'Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hegeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.'

In een van de voorbeelden sneuvelde een vaas door een onoplettende gast. Diens daad was onrechtmatig omdat hij 'een inbreuk op een recht' maakte, namelijk op het eigendomsrecht van de gastheer op de vaas. Het genot van een vaas wordt meestal tot nul gereduceerd als deze aan scherven gaat. We zouden in het gewone spraakgebruik spreken van een 'ongelukje'. Veel onrechtmatige daden zijn niet anders dan dit soort onopzettelijke ongelukken, waarbij een ander schade lijdt.

Inbreuk op een recht

Wettelijke plicht

In het geval van de caféruzie en de vier uitgeslagen tanden handelt de cafébezoeker onrechtmatig doordat hij iets doet 'in strijd met een wettelijke plicht'. In dit geval staat deze wettelijke plicht geformuleerd in art. 300 Sr: het verbod van mishandeling. De dader kan nu overigens twee procedures tegen zich verwachten, een civielrechtelijke en een strafrechtelijke. De vordering in de eerste procedure is gebaseerd op art. 6:162 BW tot vergoeding van de schade uit onrechtmatige daad (de rekening van de tandarts) en is afkomstig van het slachtoffer. De vordering in de tweede procedure is gebaseerd op schending van art. 300 Sr en is afkomstig van het Openbaar Ministerie.

Strafbaar feit

Onrechtmatige daad en strafbaar feit moeten goed van elkaar worden onderscheiden. De verplichting de onrechtmatig toegebrachte schade te vergoeden is namelijk iets anders dan de eventuele strafbaarheid van de handeling.

Bereik van art. 162

Strafbaar feit en onrechtmatige daad vallen in het voorbeeld van de caféruzie samen omdat de onrechtmatige daad hier bestaat uit een handeling in strijd met een strafrechtelijke wettelijke plicht (art. 300 Sr). De onrechtmatige daad heeft echter – als het gaat om een doen of nalaten in strijd met wettelijke plichten – een veel groter bereik dan de plichten in het strafrecht, omdat wettelijke plichten door het hele recht heen bestaan. Als iemand bijvoorbeeld handelt in strijd met een vergunning is dat handelen wel onrechtmatig, maar tot strafbaarheid leidt het zelden. Omgekeerd zijn er talloze strafbare feiten die niet tevens een onrechtmatige daad opleveren. Voorbeelden zijn strafbare feiten als het rijden op een fiets zonder brandend achterlichtje, het verhandelen van harddrugs en het zonder vergunning in bezit hebben van een vuurwapen.

Verskil in sanctie

Een ander belangrijk verschil tussen de onrechtmatige daad en het strafbaar feit is gelegen in de aard en de regeling van de sanctie. Voor de onrechtmatige daad geeft de wet in een algemeen artikel (art. 6:162 BW) als sanctie de schadevergoeding. Uitgangspunt van deze regeling is het in beginsel volledig ongedaan maken van het onrecht door het betalen van

volledige schadevergoeding aan de benadeelde. Dat is iets anders dan het rageren op onrecht door te straffen. Het opleggen van straffen herstelt immers gedaan onrecht niet en kan dat ook niet herstellen. Hoogstens wordt een zekere genoegdoening geput uit het leed dat de straf aan de dader toebrengt.

Een ander verschil is ten slotte dat bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad de hoogte van de vergoeding uitsluitend wordt bepaald door de hoogte van de veroorzaakte schade. In het strafrecht daarentegen hangt de hoogte van de straf mede af van de vraag of de normschending gelegen was in overtreding van een zware fundamentele norm of in een lichte, verwijtbare onzorgvuldigheid.

Uit de hierboven geciteerde tekst van art. 6:162 lid 2 BW blijkt dat onder het begrip 'onrechtmatig' ook valt 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'. Dit derde criterium bevat een niet nader in de wet omschreven faoensnorm en wordt verderop uitvoerig besproken.

Ongeschreven recht

De vier vereisten

Keren we terug naar lid 1 van art. 6:162 BW. Uit de tekst blijkt dat aan vier vereisten moet zijn voldaan om bij de pleger van een onrechtmatige daad een wettelijke verplichting tot schadevergoeding te doen ontstaan:

- 1 onrechtmatigheid ('onrechtmatige daad');
- 2 toerekening aan de dader ('welke hem kan worden toegerekend');
- 3 causaal verband tussen de daad en de schade ('dientengevolge');
- 4 schade.

Op deze vier vereisten gaan we in de paragrafen 2 tot en met 6 achtereenvolgens nader in. We beginnen met de onrechtmatigheid.

The use of legal expert systems in administrative decision making

Jörgen S. Svensson
University of Twente
Department of Public Administration and Public Policy
P.O. box 217
7500 AE Enschede,
The Netherlands
Tel. ...31-53-4894551
Email: j.s.svensson@bsk.utwente.nl

1 Introduction

Welfare states offer their citizens many complex services such as social assistance, (health)care, education and pensions. Generally, such services are tuned to the needs and the circumstances of the citizen in question. This means that the provision of each service requires an individualised administration. During the last century, there has been an enormous increase in the number and complexity of the services provided, as well as in the number of citizens making use of them. The typical modern welfare state has developed specialised institutions, in which numerous bureaucrats are systematically involved in allocating services to individual clients.

A naive perspective on the welfare state and its institutions, generally provides an uncomplicated and idealistic picture of this service provision. It is the picture of a democratic political body, which determines the services to be provided to citizens in different circumstances, and large administrative bodies which simply administer these legal prescriptions to determine for each citizen whether he or she is entitled to them. However, as indicated, such a perspective is rather naive and does not withstand the scrutiny of administrative practice in most (if not all) street level bureaucracies. In fact, the administration of welfare state programmes is often problematic. Not only do the organisations demand a lot of resources, their functioning as effective administrators of provisions is often criticised. As several studies of "street level bureaucracies" and "human service organisations" have shown, the practice of bureaucratic service provision is not simply a matter of applying formal regulations to the characteristics of individual cases. Authors like Protzas (1979), Lipski (1980), Hasenfeld (1983) and Van der Veen (1990) point out, that the question of who actually gets what is not only determined by the legal statutes. The street level bureaucrats play a substantial and sometimes questionable role as well. As Protzas argues, much of what will happen to an individual is determined by the preliminary, magical process of turning people into clients to be processed. In his eyes, the street level bureaucrats who perform this task are like modern day wizards. Although they

seem to be bound by all kinds of formal regulations, they have in fact large discretion in the way they label citizens and consequently in the access people will get to services they may or may not require.

This large, often unintended discretion of the street level bureaucrat in decision-making raises questions. Does this decision making really conform to central legal principles such as predictability and equality before the law? Is there not the danger of bureaucrats abusing their discretionary powers? Can we help street level decision-makers to conform to the formal regulation?

As such questions are asked, different individuals have different opinions. Some argue that street-level discretion is nothing to worry about and may in fact be a very good thing. Some argue that street-level bureaucracies should invest more in the quality of their personnel, that something should be done to reduce the time pressure in these organisations and that street level bureaucracies should be monitored more closely. Some argue that the rules should be simpler.

As such suggestions are certainly valuable in different situations, there may also be another way to approach the problem of discrepancies between the formal rules and existing administrative practices. Maybe bureaucracies could make a better use of ICT and more specifically, of knowledge-based systems or expert systems to improve their administrative quality?

This paper investigates the idea that expert systems may be used to improve administrative quality. It does so by looking intensively and critically at one example of knowledge based system support in street level bureaucracies, namely that of the use of expert systems in the administration of the Dutch General Assistance Act. In this field the idea of expert system support now exists for over a decade, and it has not only been a topic of scientific research and scientific debate, but it actually has become administrative practice. As I write this, about 40 percent of the Dutch municipalities use expert systems in the administration of this act.

In my opinion, it also is a very interesting case for three additional reasons.

- The case concerns a sizeable application in a rather complex domain, and thus gives good insight in the possibilities of expert systems;
- The case concerns a rather successful, accepted application in a type of field in which the applicability of these systems has been strongly debated (and contested) by social and legal scientists;
- The case may be viewed as one example of the fact that expert systems are regaining attention as possible tools for modernising administrative practice.

The chapter will now start with a short introduction into the Dutch General Assistance Act, its administration and the problems concerned with that administration.

Then, in the section 3 and 4, I will discuss the idea of expert systems support and present the results of several investigations into the application of expert systems, in this context. Given these results, some have been quick to argue that expert systems are indeed important and valuable tools in the administration of welfare state programmes.

Next, section 5 will present important arguments against too much optimism. Both from a legal scientific as well as from a social scientific perspective, objections against the use of expert systems have been formulated. On the one hand, these objections have to be taken seriously, because they clearly have some validity, and thus require attention when discussing the possibilities of expert systems. On the other, it is important to notice that these objections have not prevented the introduction of these systems in general assistance in the Netherlands.

As I will explain in section 6, the fact that expert systems are now accepted by the General Assistance administrations, has to do with several specific factors, which really have promoted the use of expert systems in this field. Factors that have to do with the specific role of national regulation, with the professional status of the bureaucrats and with the increased scrutiny under which the administrations now have to function.

In the last section of this chapter, I will draw some conclusions with respect to the general applicability of legal expert systems in service provision and provide some arguments for the idea that expert systems will soon become an important technology in electronic service delivery.

2 General Assistance in the Netherlands

To be able to appreciate the possibilities of expert systems for the administration of General Assistance in the Netherlands, it is necessary to understand its context. In this section, I will briefly discuss three aspects of the General Assistance administration: the organisation of this service, the development of the formal regulation and the continuing problems in the administration of this regulation. I will conclude this section with the argument that the problems in the administration of General Assistance are at least partly connected to the problematic nature of the regulation and especially to its volume and complexity and to the frequency of policy changes.

2.1 The organisation of General Assistance and recent developments

The Netherlands' General Assistance Act exists since nineteen-sixty-five. Its primary aim is to ensure that every Dutch citizen has access to sufficient (monetary) means for existence. Under this act the Dutch municipalities (just over 500) have the responsibility to organise local assistance administrations to support citizens. This assistance provision by the Dutch municipalities is performed in what is called co-governance (Dutch: medebewind). The provision is not determined by national regulation alone. The municipalities have their own policy responsibilities and can top-up the national provisions with local policy schemes. Moreover, in the General Assistance Act itself, the municipal administrations have been given explicit discretion to deviate from the formal rules when individual circumstances demand this.

Until some years ago the municipal agencies administering the General Assistance were often typified as "benefit factories", places from which many people would receive financial benefits and little else. Recently however things have started to change. Within the framework the national programme "Structure Administration Work and Income" (Dutch: Structuur Uitvoering Werk en Inkomens)

municipalities are now encouraged to work together with public and private agencies to provide services like education and labour market counselling and to form "Centres for Work and Income".

2.2 Developments in formal regulation

In the initial act of 1965, the amount of national regulation was limited and the implicit assumption was that the municipalities themselves would know how to deal with the small number of General Assistance claims. However, over the years this initial situation has changed.

First, the number of clients has increased from just under 40,000 in 1965 to over half-a-million in the eighties (on a total population of around 6 million households). Although the number of clients has now again decreased to fewer than 400,000, it is not to be expected that General Assistance will ever become the limited scheme it was in the past.

Second, with the increase in volume in the seventies and eighties, General Assistance has become subject to intensive national regulation. The national government has almost continuously increased its concern with the local administrations, especially in the form of detailed material legislation. Apart from basic rules for the differentiation of client types (single persons, married couples, single parent families) there are many detailed rules concerning such important details as: the prescription of reduced benefits for recent school-leavers, the application of house-sharing deductions, the determination of maximum debt retribution, and even the provision of child allowances to parents living in the Netherlands but working in border countries (to compensate for the fact that these workers do not receive a child allowance in those countries).

Third, apart from the material rules that mostly concern the determination of pecuniary entitlements, there are also many national rules which aim at the realisation of sound bureaucratic practices, such as the keeping of client dossiers and the regular checking of client information. In addition, the national government has developed new regulation to promote 'reactivation' of clients over the last years.

The simple responsibility of financially supporting local citizens in need, has developed into a complex web of national and local regulation. The administrative workers are confronted with formal rules for checking client information, for categorising clients with regard to their distance to the labour market, for mandatory reactivation activities, for mandatory sanctioning of client behaviour and even for the mandatory reclaiming of benefit payments from former spouses.

2.3 A problematic administration

The insights offered by scientific observers such as Prottas, Lipski, Hasenfeld and Van der Veen may seem rather academic in the sense that many people will accept that bureaucrats sometimes deviate from the precise regulation, but that this will be nothing to worry about. The Netherlands' General Assistance provision, however, is a case that can hardly be ignored. During the last decades, there has been almost continuous criticism with respect to the actual functioning of the municipal social security agencies.

This criticism reached a height in the nineteen-nineties when it was openly admitted that many agencies were practically ignoring their verification responsibilities and that some of the municipalities experienced fraud levels of over thirty percent (Blen and Roeders-Veening, 1995). The (public and political) debate this generated, led to the forming of a parliamentary research committee "Administration of the General Assistance Act". In 1993 this committee published its report under the title "Social assistance an evident disorder". As this title suggests, the report passed a harsh judgement on the administrative practice of General Assistance in the Netherlands. It reported that administrative practice had separated itself far from what was prescribed and intended in the law, and that the execution of the General Assistance Act was characterised by inadmissible shortcomings. It also provided some factual insights in the seriousness of the discrepancy between formal norms and administrative practice: in a review of over 3100 dossiers, hardly any were found which met the legal standards.

Given its findings, this committee advised on improvements to make the execution "a controlled process". Since then, this advice has been taken up and has led to increased emphasis on formality (it will come back to this in section 6). However, this new emphasis on formality and administrative quality does not mean that the past problems are now over. The increased pressure on the municipalities to comply with the formal rules has not solved the question of how compliance should be realised. As I write this article, there has just been a new investigation concerning assistance and income fraud. Confidential interviews have revealed that of three programmes investigated, General Assistance still has the largest level of fraud and abuse: 13 percent of the persons interviewed admit moonlighting, 5 percent admit official work income which is not registered at the agency, 23 percent report "smaller jobs", 40% of the beneficiaries admit they consciously send out too few applications for jobs (Letter by the Junior Minister, 4 December, 2000).

2.4 Connections between the regulation and the existing problems

As we observe the problems that have surfaced over the years and as we look at the development of the regulation, there is one clear connection between them. In many instances the regulations have followed after certain problems were identified; in order to solve those problems. For example, the acknowledgement of the problem of false income specifications by clients was followed by additional rules concerning the verification of those data.

However, over the years, it has also become clear that there is a connection in the other direction. As it is observed that street level bureaucrats deviate from the legal requirements, it is also observed that this deviation is partly caused by the legal requirements themselves and by the limited time allowed for dealing with them. In the case of General Assistance, the rules are not only numerous. They are also complex and interwoven and, to make matters worse, they are very frequently changing. To give an indication: in 1996, just after the major legislative change of that year, municipalities received eighty-eight additional policy documents introducing additional measures (Van Reijswoud, 1998).

It is therefore reasonable to argue that discrepancies between the legal norms and administrative practices are at least partly the result of practical difficulties with the application of this

regulation. In General Assistance, the amount and complexity of the material legislation is such that it is simply impossible to know all the ever-changing rules, let alone to apply them correctly.

3 Expert system support as a possible solution: Tessec

It has long been accepted that computers can perform certain symbol manipulation tasks faster and more reliable than humans can. The very development of computing started with the idea that machines could do mathematical calculations for us, and over the years, we have accepted that they can do a lot more than just that. As we live at the beginning of the twenty-first century, we are used to the idea of using computers to collect, store, process and transmit "data" and "information".

In the field of "artificial intelligence" researchers have since long been trying to go even further. There, the central idea is that computers may be designed to perform even more complicated reasoning tasks: tasks that require "knowledge" and "intelligence". This idea which has been pursued for some decades now has delivered the idea of "expert systems": computer programmes, which are able to perform automated reasoning tasks in limited knowledge domains, and which are able to approach and even exceed the quality of decision-making by human experts. Already in the 1950's it was argued that such expert systems could also be developed in the legal domain (Bench-Capon, 1991). Legal expert systems would be able to perform legal reasoning tasks and make automated inferences about the legal consequences of a given situation. To make such inferences, these systems would have to contain a formalised model of the legal knowledge considered relevant for that situation. Such a model could consist of a representation of the formal rules in question (rule-based model) or of a database in which a series of exemplary decisions was represented (case-based model). The proponents of these legal expert systems assumed that legal expert systems could be especially helpful in supporting complex legal reasoning tasks. Legal expert systems would help human decision-makers to overcome their personal limitations in knowledge and skills.

From this perspective, the connection with the difficulties in administrative practice is rather straightforward: when it is indeed possible to design such legal expert systems, these systems may be used to support administrative practices. This line of reasoning was also picked up in the specific context of Dutch General Assistance Act. In 1984 the development of the Twente Expert System for Social sECurity (Tessec) was started. The aim was to develop a working expert system and to evaluate its contribution to administrative decision making (Nieuwenhuis, 1989).

3.1 The Tessec expert system

The Tessec expert system, in the design of which I was closely involved myself, was what we may call a straightforward, rule-based system. From an analytic perspective it could be conceived as consisting of three parts.

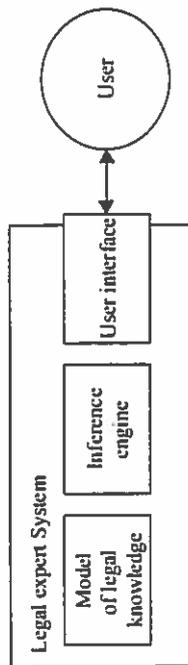
The core of the system consisted of a representation of "domain knowledge": i.e. the legal and practical knowledge considered relevant for administrative decision making. This model mainly consisted of a large number of if-then rules and text fragments.

The second part was what we called the "inference engine"; a computer programme that could access the model of the domain knowledge and could apply the rules to perform automated reasoning tasks. This inference engine could systematically check whether the conditions of a rule were met, in which case it would "conclude" that the consequent of that rule applied.

The third part of the Tessec system was the "user interface", a computer programme that was designed as a means of communication between the user and the inference engine. On the one hand, this interface handled the "questioning" of the user about the case at hand (i.e. the programme could generate questions and collect answers). On the other hand, the user interface used the text fragments in the knowledge model to present (intermediary) conclusions drawn by the inference engine in a readable form. Apart from these basic tasks, the user interface of Tessec could also provide some insight in the reason why certain information was asked (why function) and in the way certain conclusions had been drawn (how function).

As I realise that this short and technical description is perhaps difficult to follow, figure 1 gives a schematic presentation in which the central ideas are illustrated.

Figure 1: Conceptual design of the Tessec expert system: Tessec contains a model of legal knowledge, a module to make inferences using this model and it has a user interface, to "communicate" with the user (e.g. a street level bureaucrat).



Designed in this fashion, Tessec as a whole was able to play a question and answer game. After it was started, it would consult the user about the case at hand (asking about the age of the client, his/her gender, his/her income, his/her marital status etcetera). Based on this input it would present intermediary conclusions and finally present a complete advice.

An important characteristic of Tessec was that it was primarily designed to support the application of national regulation. In order to achieve this, the knowledge model was primarily based on this regulation, on the General Assistance Act, on the National Standards Order belonging to this act and on royal and ministerial decisions (Svensson, 1988). Nieuwenhuis modelled these formal regulations using a one-to-one (isomorphic) approach in which he tried to maintain a structural correspondence between the regulation and the technical model used in the expert system.

3.2 Evaluations of Tessec as a decision support system

Nieuwenhuis (1989) did one of the first and most well known evaluations of the idea of expert system support. He conducted a controlled experiment in which social assistance workers had to make decisions about a series of complicated, fictitious cases. He showed that without the help of Tessec the workers had great difficulty in reaching formally correct decisions (only 2 of the 24 decisions proved to be correct). With the help of Tessec, this score was improved to 11 out of 24 in the situation where the expert system was used during consultation with the client. When Tessec was used after that consultation and after an initial judgement by the worker himself, even 16 out of 24 decisions were correct. (Table 1)

Table 1: Results reached by Nieuwenhuis, 1989

| Type of decision | with TESSEC | |
|-----------------------------|---------------------|----------|
| | 'consultation room' | 'office' |
| Number of decisions made | 24 | 24 |
| Number of correct decisions | 2 | 11 |

A second investigation into the impact of Tessec on decision making quality was published by De Bakker and Wassink (1991) and concerned a review of actual decisions regarding housing allowances in one municipality. It was determined that in 1989, before Tessec was implemented, a large number of errors had been made in these allowances (34 errors in 50 investigated cases). In 1990, after the introduction of Tessec, the number of errors almost halved (18 errors in 50 investigated cases).

The results of these inspections are presented in table 2, where four types of errors are distinguished.

- decisions in which the existing legal Rules were not applied (error-type R)
- errors caused by incorrect use of a Table (error-type T)
- errors in the input, interpretation and use of Information (error-type I)
- inadequate Verification of the information used in the decision (error-type V).

Table 2: errors detected in housing allowance decisions before and after the TESSEC module was implemented (source: De Bakker and Wassink, 1991)

| | Number of cases | Number of errors detected | | | | | Erroneous cases |
|---------------------|-----------------|---------------------------|--------|--------|--------|-------|-----------------|
| | | type R | type T | type I | type V | Total | |
| 1989 without TESSEC | 50 | 1 | 9 | 16 | 8 | 34 | 24 |
| 1990 with TESSEC | 50 | 0 | 0 | 9 | 9 | 18 | 17 |

The investigations by Nieuwenhuis en De Bakker and Wassink thus clearly demonstrated the possibilities of expert system support in the field of General Assistance. However, despite the results and despite the attention that the investigations received, the implementation of Tessec as an operational system proved to be another thing. As the developers discovered, the social security agencies regarded the system as very interesting but were not easily persuaded to invest in it at the time.

4 Expert systems in administrative practice: MR-systems

Tessec was never fully implemented in practice of a standing organisation. The commercial firm MR-expertsystems, however, carried the same idea further. Over the last decade this firm has developed the idea of expert system support for municipalities and now produces several different systems, which together are used in almost 40 percent of the Dutch municipalities. Two of these systems are MR-intake and MR-ABW. These systems are remarkably similar to Tessec. They provide almost identical support in collecting information about a client (MR-intake) and in making decisions under the General Assistance Act (MR-ABW).

During the past year, we have examined the use of these systems by the municipalities. We have investigated the motives of the municipalities to adopt MR-expert systems and we have had a new look at the question of whether these systems improve administrative decision making.

4.1 Adoption and reception of the MR-systems

Over the last two years I have investigated the use of MR-systems (Svensson, 1999; Groothuis and Svensson, 2000). I have interviewed a total of ten persons in management positions in the municipal

administrations. I have had several interviews with managers from MR-expert systems. I have interviewed a well-informed representative from the "Rijksconsulentschap", a body that oversees the municipal administration on behalf of the Ministry of Social Affairs and Employment. I also had more informal discussions with several other people involved in this field of general assistance. In all these discussions and semi-structured interviews and also in reading available documentation I have tried to find out why the municipalities are using the MR expert systems, how the systems are received at the management level and if there are any serious problems in their application.

Concerning the first two questions, I found that the decision to adopt the MR-systems is especially based on the assumption that these systems will improve the quality of decision making, and that they will lead to a better-structured and more standardised process than the manual alternative. I also found that the managers in the municipalities agree that the MR-systems indeed do deliver this quality improvement. In general, the systems are considered pleasant to use. They provide support in making the actual decisions. They function as checklists - so that no important aspects are forgotten. They automatically produce notifications, and the output of the systems can be neatly archived. In sum, the expert systems guard the process of information collection, they improve the quality of decision making and they support effective documentation.

With respect to the question about problems, I found there were surprisingly few complaints. Although there is some criticism, this is generally limited to very practical aspects and incidents. There have been problems with updates and with incorporating specific municipal regulations. In addition, the managers argue that when the MR-intake system is applied, the intake process takes more time, than when this is done manually. However, despite these complaints, most respondents are very pleased and they gave no indication of fundamental shortcomings of the approach.

Especially MR-ABW and MR-intake are seen as important tools for improving the administration of General Assistance. Several respondents indicated that their administrations would not be able to function without them and that the systems provide important "guarantees". A strong indication of the level of confidence in the systems is the fact that several municipalities that use MR-ABW have eliminated the step of obligatory testing of each decision from their work processes.

4.2 MR-systems and juridical quality

In addition to the gathering of opinions and judgements from people in the field, Marga Groothuis, a trained legal scientist, has recently carried out a juridical evaluation in one municipality which uses MR-expert systems. She has used a checklist to evaluate thirty decisions on a large number of details concerning three aspects.

- content of the decision: are the applicable rules indeed applied and are they applied correctly and with reasonable balance?
- wording of the decision: is the wording of the decision correct, are the legal grounds for the decision explained, has the client been informed about his possibilities to object to the decisions: is the client informed about his duties?
- procedure: is the decision made in accordance with the rules of procedural law, with due care and within the applicable time frame?

especially argue that legal decision-making is more than just applying formal rules. Social scientists, especially sociologists, point out that administration is more than legal decision making

5.1 The juridical objection: legal decision making is more than applying rules

Although we can find some support for the idea of expert systems in the legal community, many legal scientists are still rather sceptical about the idea of computerised decision making. The scepticism especially concerns two interrelated topics, namely that of differentiation between clear and hard cases and that of law as an open system.

The differentiation between clear and hard cases stems from Hart (1967/1983) and is concerned with the observation that in some situations of administrative life, juridical decision making takes the form of applying predetermined rules to cases, without the necessity of fresh judgement from case to case (Smith, 1994: 17). In such circumstances, we can speak of clear cases. This means that we assume a clear connection between the individual case at hand and the relevant legal rules and that we therefore accept a simple application of the formal rules will solve the case. However, opposed to these clear cases we find cases in which the straightforward application of existing rules is not considered possible. For instance in circumstances in which no adequate legal rules exist, in circumstances in which conflicting rules – with conflicting outcomes – can be identified, or in circumstances where it is difficult to determine whether the specific case can be brought under a certain existing rule. Such cases are termed *hard*. In hard cases, it is not possible to make a clear unambiguous or uncontested connection between the case and the legal rules at hand, which means that it is not possible to draw conclusions simply by applying the rules to the facts of a case.

As has been argued by several observers (e.g. Smith, 1994; Leenes, 1999) a fundamental problem of expert systems is that they are essentially designed to treat cases as if they are clear, namely by simply applying the legal rules to each case. Expert systems cannot look beyond their specific programming and principally lack the possibility of a higher order evaluation of the appropriateness of the rules. They thus lack the competence to distinguish those cases for which the rules should not be applied. They lack the human insight necessary to distinguish hard and clear cases.

This means that with the use of expert systems there is the risk of a thoughtless application of formal rules, even when this demonstrably leads to an outcome which is undesirable from a juridical perspective. Moreover, this inability of expert systems to look beyond their own programming can be viewed as just one problem of the fact that these computer programmes are essentially closed systems. They are only programmed to accept and process certain input and they will systematically ignore (and refuse to consider) other possibly important factors, which a human decision-maker would take into account.

5.2 The sociological objection: welfare administration is more than legal decision making
As discussed earlier, the idea of expert system support firmly roots in the assumption that the problem of correct juridical decision making is primarily a cognitive problem. It is assumed that street level bureaucrats want to decide in a formally correct manner, but that they simply lack the necessary

This juridical analysis of the thirty cases, selected at random, reveals two important things (Groothuis and Svensson, 2000; Groothuis, 2001). First, only 18 cases in the evaluation fulfilled all the juridical criteria formulated. In the other 12 cases Groothuis discovered a total of 25 errors. Second, when the decision-making on cases is regarded as existing of a series of partial decisions, the number of errors (and also the type of errors) made in different partial decisions, varies with the level of expert system support for that partial decision (table 3). Where the MR-expert system provides full support the number of errors is significantly lower than where this support is incomplete or absent. However, it is also important to notice that most errors are present in areas which are incompletely supported by the expert systems.

So, as it seems, the MR expert systems partially support the quality of decision making, especially when we remember that the parliamentary commission in 1993 examined 3100 cases and found hardly any of them correct. However, from a strict juridical point of view, their use is not unproblematic and having an expert system certainly does not 'guarantee' correct decision making

Table 3: Categorisation of the 25 errors detected in twelve cases in a study of thirty decisions made with the support of MR-ABW.

| Level of support by MR-ABW | Type of quality criterion | | | | total |
|----------------------------|---------------------------|-----------|-----------|-------|-----------|
| | content | wording | procedure | total | |
| full support | 1 | 0 | 0 | 1 | 1 |
| incomplete support | 5 | 11 | 0 | 16 | 16 |
| no support | 2 | 1 | 5 | 8 | 8 |
| total | 8 | 12 | 5 | | 25 |

5 Are expert systems really desirable? Criticism

So, the idea of expert system support in the administration of General Assistance is at least in part supported by the scientific research on Tasseco and by the practical experience with the MR-systems. Does this then mean that expert systems are a good idea and that we should develop and implement them more regularly?

As we look at the scientific literature and follow the discussions, this proves to be another question. In fact the idea of using expert systems in these administrations is criticised and the suggestion that Tasseco and MR-systems have proven the case for expert systems is still contested. Legal scientists

knowledge and skills to apply all the rules correctly and consistently. This however is a very limited explanation for the gap between formal rules and administrative practice. It ignores other important insights in the practices of such human service organisations.

Social scientists like Protzas and Lipaki argue that most street level bureaucracies are understaffed (both in terms of quantity and quality), which means that they simply cannot comply with the total administrative burden put on them. This is a major reason why the bureaucracies and the people working in them are applying informal methods, namely to find "working solutions". Therefore, when the formal rules require intensive and time consuming verification of information, street level bureaucracies can develop informal rules of thumb. Based on their experience, they may decide which cases and which facts will get attention and which cases and which facts will not. In addition, the implicit discretionary powers help street level bureaucrats to oil the bureaucracy in the interaction with their clients. As bureaucrats unmistakably have these powers, they can use them to sanction client behaviour and in such a way make bureaucratic practice manageable.

Moreover, as Van der Veen (1990: 140) explains, the bureaucratic administration of social programs is based on a double rationality. On the one hand, the bureaucratic apparatus is expected to conform to a legal rationality, in that it takes care of a formally correct administration of the existing legal rules. On the other hand, the bureaucracy is expected to conform to an instrumental rationality. It is expected to adequately address social problems, by making decisions that contribute to the realisation of important values. When we look from this broader perspective, the deviations between formal rules and administrative practices cannot simply be categorised as undesirable. They may be necessary for maintaining workable practices in difficult conditions and they may be instrumental in achieving intended outcomes. It then also becomes clear that the introduction of expert systems may harm the functioning of organisations. With the use of expert systems, there will be less room to manoeuvre and this may undermine the control the organisations and their workers need to tune their practices to varying demands. Following Dennet (1986), it may also be argued that expert systems may undermine the position of the worker, in the sense that these systems will take away valued discretionary elements from their jobs.

Social scientists also object to the closed nature of expert systems. As Scheepers (1991) argues, this lack of openness of computer systems for possibly relevant information should be considered problematic. The use of systems that are not open to unforeseen data could very well result in administrations that are less open to the specific problems of their clients and their specific requests. In the short term, this may negatively affect the service to individual clients whose problems and demands do not always fit in the pre-structured data models. In the longer term, it may also have a negative impact on the system level of these organisations. When computerised systems are only open to the facts anticipated in their programming, they may become blind to the environment in which they are used. They may lose the power of second order learning and the ability to adapt to their changing environments.

6.3 Losing ground...

The objections, from the juridical as well as from the social scientific domain are certainly fundamental and cannot be denied. As it is, legal expert systems are very limited decision-makers indeed (and by no means "experts") and there is more to administering welfare that correctly applying the formal rules. However, having said that, where the use of expert systems in Dutch General Assistance is concerned, the above objections seem to be losing ground. Given the results of the Tessec research, given the finding of the parliamentary research committee and given the practical experiences with the MR-systems, there seems to be more and more consensus about the idea that the practical benefits outweigh the more theoretical drawbacks.

As it is, more and more critics of the use of expert systems who study this topic seem to give in where the practice of General Assistance administration is concerned. Most open in this respect is Smith (1994), who admits she originally started her investigation of the 'mechanization of legal reasoning' from a rather critical and sceptical position; with the intent to show that law cannot be captured in computer formalisms and thus to show that expert systems will necessarily have serious shortcomings. At the end of her research into this topic, her opinion 'has shifted' (Smith, 1994, 203). She finds that the developments in legal expert systems may 'contribute positively to the quality of legal practice' ('rechtspiegling'). This shift in insight is fuelled by an earlier shift she makes – and which she seems unaware of – namely a shift from criticizing the idea of expert systems from a theoretical perspective to a practical, more pragmatic analysis. Given a theoretical perspective, the idea of expert systems can easily be criticised by pointing at some fundamental problems. From an pragmatic perspective, however a comparison can be made between the two practical options open to social security departments and their clients. What would we prefer? Do we want a situation in which applications are processed by hand, at great costs, where clients will have to wait a long time before they will receive a decision, where this decision will often be unintelligible, and sometimes incorrect? Or, alternatively, do we want a situation with expert system support where a more expeditious processing leads to timely payments and a clear documentation of the decisions and where the possibility of an incorrect decision still exists but is likely to be smaller?

The same changes in thinking can be observed with respect to the "sociological objections", especially with respect to the idea that expert systems would have fundamental negative impacts on the functioning of the bureaucratic organisations as a whole. Those who argue that expert systems have further reaching consequences in terms of changing power relations and changing flexibility, certainly have a point. However, it is also becoming clear that these changes are not always as negative as predicted. One example here is the idea that the use of expert systems will lead to de-skilling of the street level bureaucrats, because the expert systems will take over important aspects of their jobs. Although it is clear that the expert system indeed takes over some tasks, it is also clear that this is only part of the story. When we look at the experience with MR-expert systems, we see that in most municipalities their introduction is accompanied with changes in job-descriptions and changes in responsibilities, which can hardly be classified as de-skilling or impoverishing. The expert systems are often instrumental in giving the workers broader responsibilities, especially in the context of one-stop

shopping initiatives. Moreover, as indicated, several municipalities have lessened the level of supervision.

In sum, given the results of over a decade of thinking, experimentation, discussion and actual practice, it seems safe to say that the critics are losing ground. On the one hand, the benefits of using these systems have become more concrete, especially where the demand for formally correct decision-making is concerned. On the other hand, the anxiety that expert systems would lead to important drawbacks has not been substantiated.

6 Why do expert systems work for General Assistance?

As we watch the organisations that now use MR-systems there is much optimism and there are surprisingly little complaints. Is this then a finding that we can generalize? Can and should we use expert systems more often and in other administrative organisations as well?

In my opinion that is very questionable! As I have witnessed the developments around Tessec and MR-systems, I have become convinced that the success of expert system support in General Assistance was much helped by three particular factors which have made this a rather specific case. These factors are:

- the regulation and especially its volume, complexity and completeness;
- the changing professional status of the general assistance worker;
- an increased scrutiny and an increasing rigorous control structure.

6.1 Volume, complexity and completeness of the regulation

Without a doubt, the major factor in the success of expert systems support in the field of General Assistance has been the existing material legislation. On the one hand, the existence of this regulation, and especially the volume and complexity of it, is still the fundamental source of the core problem that the municipalities face: namely the problem of administering the rules correctly. On the other hand, this same regulation is also an important prerequisite for the development of a working expert system.

Both in the Tessec project as well as in the MR-systems, we find that the large body of national regulation does provide a solid basis for developing expert systems. First, this regulation offers an explicit and well-structured formulation of the central rules in the domain. In other fields such as home-care in the Netherlands, such a complete overview of the rules is simply not available. Second, the regulation does not only provide the rules, but also gives them formal status and legitimacy. Where it is often argued that expert systems can be built, using knowledge provided by human experts, it is questionable that this would be a viable way to develop legal expert systems for administrative purposes. How could we validate the legal knowledge in such systems? What should we do when different "experts" have different opinions of what is legally correct?

Third, connected to this, an important insight is that the regulation of General Assistance in the Netherlands is rather consistent and complete. It is clear that the legislators have gone through some length of making explicit what should be decided under different circumstances and even lacunae left

by the legislator are often filled in by explicit regulation on a lower level (e.g. ministerial decisions and or municipal policy).

Fourth, since the national legislation in this field is so extensive and complete, it forms a common core for the functioning of the local administrations. Because all the administrations for a large part administer the same rules, developing expert systems for them is a commercially attractive proposition. The company which is now marketing the MR-systems provides all its municipalities with the same system and the tuning of that system to local policy is simply done by selecting pre-programmed policy options.

6.2 Changing professional status

Different types of users require different types of expert system support (Bench-Capon, 1991). On the one hand, a non-professional will expect an expert system to provide concrete complete solutions to an actual case at hand. He will not be interested in domain or theory level answers. Nor will he be able to deal with incomplete or even contradictory advice, which some knowledge based systems may offer. On the other hand, a legal professional, preparing a case will probably demand the exact opposite. She does not want a system that provides one correct answer to a case. Instead, she expects a system to provide her with all relevant information necessary to make her own decisions. The very idea that a computer programme would prescribe decisions would offend her professional prerogative.

Tessec and MR-expert systems both have the typical characteristics of expert systems that aim to provide only one, single solution for each case. They thus are systems that are expected to appeal more to the non-professional than to the legal expert with professional authority and discretion. This raises the question why the municipalities and the street level bureaucrats working in them accept these systems. Would we not expect them to defend their status as professional organisations with professional workers?

Indeed, I think that is what we would expect, if the municipalities and their workers still had the status of social assistance professionals, as they did some years ago. However, over the years much has changed in this respect. The status of the street level bureaucrat as a (semi-)professional juridical decision-maker has declined during the last years. The continuing debate about the quality of their work and about the level of fraud has thoroughly undermined the idea that these workers are real professionals. Moreover, especially the work of the parliamentary commission has definitely destroyed their defence of professional judgement. With respect to determining benefits, the workers have been forced into a new position, namely that of bureaucratic administrators of the rules.

This de-professionalisation is especially reflected in personnel recruitment. Most departments no longer hire personnel with a social juridical background but now prefer personnel with education in general administrative tasks. Although they still try to maintain the status of their workers, they have started exploring other outlets for this desire. The professional prerogative of making personal judgements is traded in for new status symbols, e.g. by renaming the old consultants "case managers".

6.3 Scrutiny and control

As I indicated earlier, the crisis and the parliamentary investigation in 1993 led to demands for better scrutiny of the administration and an increased control over the municipal agencies and their workers. This was eventually taken up in the revision of the General Assistance Act of 1996. Under this new act, the formal requirements for the administration of welfare provision by the municipalities have been tightened. A central element in this tightening of the supervision is the introduction of a two tier system of supervision and with it the introduction of a mandatory accountability report. With the annual declaration of the costs of General Assistance, the municipalities now have to present an accountability declaration in which the municipal accountant has to report on his investigation into the validity of that declaration (art. 134 of the General Assistance Act).

Under the new rules, municipalities run the risk that the accountant will reject their declarations, which implies a serious financial risk (the loss of the stateily compensation). Therefore the municipalities are now pressed to search for solutions which reduce this risk and which guarantee that the administration accords with the formal regulation. Compared to former days, there is less room for the previous empathic but unverifiable art of decision-making. The focus has turned to process control, juridical validity and accurate documentation.

As we have seen above, the implementation of expert systems is a way to improve administrative quality in this sense. It is therefore understandable that several municipalities have adopted this approach, based on their own judgement of the situation. However, that is not all. When I interview representatives from the municipalities, several of those people stated that the use of expert systems is strongly advised by the accountants who now have entered the world of the social service departments. So, as it is, both the legal restrictions and the accountants working within them, now confront the municipalities with a strong incentive to adopt the MR-systems. When a municipality opts for a traditional manual administration, the accountant will insist on an intensive review of the individual dossiers (with the likelihood that errors will be found after they have been made). However, when a municipality applies expert systems, it may get an approval of the administrative process, which implies a more limited review afterwards, and thus a reduction of the risks.

That the increased control is indeed a very important factor in the acceptance of expert systems, is reflected in the sales history of MR Expert systems. Although the systems were already on the market in 1992 the sales strongly increased in 1996 and 1997, directly after the introduction of the new General Assistance Act, in which the new institutional structure was introduced.

7 Conclusion: what can we learn and is there a future for expert systems support?

As I formulate the above arguments of why General Assistance is a somewhat particular case, I can imagine that some readers may feel disappointed. Tessaac and MR-systems have given us concrete experiences of expert system support but we cannot simply translate these experiences to other domains. Would that be all? In my opinion, that would be a too negative approach. We have learned many things.

First, it should be noted that over the last years some other complex legal expert systems have been developed for administrative purposes. For example, De Vey Meestdagh (1997) has build the ESM expert system for administering Environmental Law in the Netherlands and the SofLaw Corporation has developed administrative systems for the Department of Veterans' Affairs in Australia. These systems have also been subjected to empirical tests and have proved to enhance decision-making quality. Thus, the experiences with different expert systems have shown us that juridical expert systems do work. They can support administrative workers in a complex juridical practice and they can help to improve the quality of decision making under difficult juridical conditions.

Second, as we review the discussions from the past, we have gathered more insight in the fundamental objections that can be made against expert systems, especially those objections which are related to the idea that expert systems are essentially closed and limited systems. This insight is clearly important when developing new expert systems and when concerning the way these systems may and may not be used.

Third, with respect to the second point, the use of expert systems in General Assistance is an interesting case because here the struggle between practical opportunities and fundamental criticism has been especially strong. On the one hand, we have the very clear problematic of maintaining decision quality. On the other, General Assistance, as a social safety net, is still a topic that demands a careful, individualised and open approach. The fact that expert systems with all their limitations are now becoming accepted in such a sensitive area of welfare state provision is very meaningful, in my opinion.

Fourth, As I have argued, we have learned that the implementation of expert systems may be promoted by specific factors. By the existence of a large body of rules (which both was a source of the problem and instrumental in developing this solution); by the changing status of the assistance workers, who lost some of their professional privileges and – crucially in my opinion – by the introduction of accountability control.

I certainly hope that these insights drawn from the field of General Assistance may be valuable in discussions about the use of expert system in other fields as well.

8 A new dawn for legal expert systems?

About a decade ago, some people working in artificial intelligence and expert systems were talking about the coming AI-winter and, indeed, this winter came. Legal expert systems were a topic of hot debate at the end of the eighties but they did not catch on then and during the nineties interest dwindled. Especially in the Netherlands, many researchers and developers left the field in search for more promising jobs.

At this moment however, I hear more and more people talk about a new dawn for legal expert systems. In the Netherlands and elsewhere there are several trends, which may move us in the direction of legal expert system applications in other fields as well:

- General Assistance provision is certainly not the only field, which has been confronted with increased scrutiny of the street-level-bureaucracies. In general, there has come an end to the a priori acceptance of the professional judgements in these organisations and everywhere stricter

- control structures are set up. Very often these control structures are based on accountability principles and involve the introduction of actual accountants.
- Where it can be very difficult to model existing regulation, we now see developments into the direction of "computerisable regulation"; i.e. regulation which is formulated with the possibility of automation in mind. Well known examples here are the Dutch tax law which is administered with the help of extensive ICT systems by the Netherlands' tax service (Engers et al., 2000) and the Dutch scholarship system which seems to depend on ICT even stronger and which is administered by the "Information Management Group" (sic).
- In the Netherlands there is a strong trend towards service integration in front offices and one-stop-shops; places where a citizen may find all the services they want at one place and where they will only need to speak to one worker (a case manager). Information and communication technology has been a leading factor in this development, and one of the central ideas is that it will be possible to increase the capabilities of the case managers in these offices by providing them with computer support (Van der Meer, 1999; Government report, 1999). Expert systems seem ideally suited to deliver this type of support.
- There is of course the trend of increased "informatization" of service delivery and of e-Government. We are now moving to a situation in which citizens will file electronic requests and expect electronic answers, even in the weekend or in the middle of the night. It may well be that these electronic answers will come increasingly from legal expert systems.

32

So, although the use of legal expert systems is still limited to a few fields of service delivery, we may see more of them in the future.

9 References

De Bakker, K.F.C. and J.G.J. Wassink (1991). Development, implementation and impact of the TESSEC expert system. In: *Proceedings of the conference of the European Group of Public Administration*.

Bench-Capon, T. (1991, red.). *Knowledge-based systems and legal applications*. London etc. Academic Press.

Blen, E.A. and C. Roeders-Veening (1995). *De uitvoering van de Bijstandswet: een vergelijkend administratief-organisatorisch onderzoek bij zes gemeenten*. Rotterdam, Stichting Moret Fonds.

Brunsmas, A. and G.P.A. Braam (1986). *Formalisering en evaluatie van besluitvormingsprocessen. Informatie*. Vol 60, pp. 241-258.

Buchanan, B.G. en E.H. Shortliffe (1984). *Rule-Based Expert Systems: The MYCIN Experiments of the Stanford Heuristic Programming Project*. Reading, etc., Addison-Wesley Publishing Company

Dennet, D.C. (1986). *Information, technology and the virtues of ignorance Daedalus*. Vol 115, pp. 135-153.

De Vey-Mestdagh, C.N.J. (1997). *Juridische kennisystemen rekenbij of rekenmeester: het onderbrengen van juridische kennis in een expertsysteem voor het milieuvergunningenrecht*. Deventer, Kluwer.

Engers, T. van, P. Kordelaar, I. Jan den Hertog and J. Glassée (2000). *Power: program for an ontology based working environment for modeling and use of regulations and legislation*. In: *Proceedings of Dexa 2000*. Greenwich, IEEE computer society

Government report (1999). *De digitale delta: Nederland online*.

Groothuis, M.M. (2001, prep). *Forthcoming dissertation*. Leiden University

Groothuis, M.M. and J.S. Svensson (2000). *Expert system support and juridical quality*. In: J. Breuker, R. Leenes and R. Winkels (2000). *Legal knowledge and information systems*. Amsterdam etc. IOS-Press.

Hart, H.L.A. (1976/1983). *Problems of the philosophy of law*. Reprinted in: *Essays in jurisprudence and philosophy* Oxford, Clarendon Press, pp. 88-119.

Hasenfeld, Y. (1983). *Human service organisations*. London, etc. Prentice-Hall

Leenes, R.E. (1999). *Hiercules of Kameades: hard cases in recht en rechtsinformatica*. Enschede, Twente University Press.

Lipsky, M. (1980). *Street level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation.

Nieuwenhuis, M.A. (1989). *TESSEC: een expertsysteem voor de Algemene Bijstandswet*. Deventer, Kluwer.

Prottas, J.M. (1979). *People processing: the street-level bureaucrat in public service bureaucracies*. Lexington, Mass., Heath.

Reijswoud, R. van (1998). *Informatievoorziening bij de Gemeentelijke Sociale Dienst. Een onderzoek naar en stabiliserende informatievoorziening bij een organisatie in een veranderlijke omgeving*. (master thesis, University of Twente)

Scheepers, A.W.A. (1991). *Informatisering en de bureaucratische competentie van de burger: een onderzoek bij sociale diensten*. Tilburg, Katholieke Universiteit Brabant.

Shortliffe, E.H. (1976). *Computer-based medical consultations: MYCIN*. New York etc., Elsevier.

Smith, T. (1994). *Legal expert systems: discussion of theoretical assumptions*. Utrecht, University of Utrecht.

Svensson, J.S. (1988). *Paradigma van het Kennistechnologisch Centrum aan de Universiteit Twente*. in P. van den Berg e.a. (red.), *R.I. Paradigmata*. Lelystad, Koninklijke Vermande.

Svensson, J.S. (1999). *MRE Kennissystemen voor sociale diensten. Recht en Elektronische Media*. Jrg 4, nr 1, pp 4-7.

Van der Meer (1999). *Digitale dienstverlening: overheidsloket 2000 & ICT*. Den Haag, programmabureau OL2000

Veen, R.J. (1980). *De sociale grenzen van beleid*. Leiden en Antwerpen, Stenlerd Kroese.