



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Ruis bij open normen: een onderschat risico voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid

Strohmaier, N.; Pool, J.M.W.; Groen, L.C.; Reinders, S.J.M.

Citation

Strohmaier, N., & Pool, J. M. W. (2024). Ruis bij open normen: een onderschat risico voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. In L. C. Groen & S. J. M. Reinders (Eds.), *Preadviezen / Nederlandse Vereniging voor Wetgeving (NVvW)* (pp. 63-102). Den Haag: Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4139137>

Version: Accepted Manuscript

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4139137>

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

Ruis bij open normen

Een onderschat risico voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid

Dr. N. Strohmaier

Dr. J.M.W. Pool

1. Introductie

De jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving staat dit jaar in het teken van empirisch onderbouwde wetgeving. Dit preadvies sluit aan bij het thema van dit jaar door, gebruikmakend van empirische inzichten uit de gedragswetenschappen, licht te schijnen op het vraagstuk open normen. Meer specifiek gaan wij in op het veelbesproken risico op rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid bij dit type normen en proberen we een handreiking te doen over het gebruik van empirie bij het effectief inzetten van open normen. Het argument dat open normen kunnen leiden tot willekeur en daaruit voortvloeiend rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid is geenszins vernieuwend.¹ Integendeel, al vele decennia wordt er gewezen op dit risico.² Wat dit preadvies echter in essentie toevoegt aan de discussie, is de stelling dat de *mate* van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid als gevolg van open normstellingen veelal wordt onderschat en derhalve meer gewicht in de weegschaal zou moeten leggen bij de wetgever. Om die stelling te onderbouwen introduceren we in dit preadvies het fenomeen *noise* (hierna: ruis). Ruis betreft ongewenste variabiliteit in oordelen die (nagenoeg) identiek behoren te zijn. Dit fenomeen heeft in de gedragswetenschappen hernieuwde aandacht gekregen na de publicatie van het boek ‘Noise’ in 2021.³

In dit preadvies bespreken wij aan de hand van (empirische) bevindingen uit de gedragswetenschappen dat de mate van ruis bij de invulling van open normen van dusdanige aard kan zijn dat de voordelen van open normen niet meer in verhouding staan met de door ruis veroorzaakte rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Gezien de centrale plek van open normen in ons rechtssysteem, is het des te belangrijker bewust te zijn van de risico’s van open normen. Kennis vanuit disciplines als de gedragswetenschappen kan waardevol nieuw licht schijnen op dit aloude juridisch debat.

In het hierop volgende staan wij eerst stil bij wat open normen zijn en wat veelgenoemde voor- en nadelen zijn van dergelijke normen (paragraaf 2). Vervolgens introduceren we het fenomeen ‘ruis’ en bespreken we de empirische bevindingen over ruis in juridische

¹ Zie bijvoorbeeld Barendrecht 1992, die ook in paragraaf 2.2 besproken zal worden.

² Zo wees Wiarda al in 1972 op het risico van willekeur.

³ Kahneman, Sibony & Sunstein 2021.

oordeelsvorming (paragraaf 3). Tevens bespreken we een zogeheten ‘ruis meting’, waarin wij de resultaten behandelen van eigen onderzoek naar ruis in de belangafwegingen van curatoren bij het afwikkelen van een faillissement (paragraaf 4). Deze ruis meting dient niet alleen ter illustratie van de aanzienlijke mate van ruis die wij vonden in deze context, maar ook om te laten zien hoe relatief eenvoudig de ruis bij een open norm empirisch in kaart gebracht kan worden. We sluiten dit advies af met enkele aanbevelingen voor hoe de wetgever zich zou kunnen wapenen tegen het risico op ruis (paragraaf 5).

2. Open normen: een korte beschouwing

2.1. De opkomst en definiëring van open normen

Open normen zijn in de loop van de 20^e eeuw in toenemende mate opgenomen in de Nederlandse wetgeving, wat duidelijk zichtbaar werd bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (NBW)⁴ en bij de invoering van veel bestuursrechtelijke wetgeving die zogeheten zorgplichten en andere open normen bevatten.⁵ De toename in het gebruik van open normen zou een reactie zijn op de keerzijde van de grotendeels in de loop van de 20^e eeuw opgebouwde verzorgingsstaat – te weten een toegenomen omvang van wet- en regelgeving – en de daaruit in de jaren tachtig voortvloeiende behoefte aan deregulering en reductie van de gepercipieerde regeldruk.⁶ Het in de jaren tachtig ontwikkelde wetgevingsbeleid was dan ook nadrukkelijk gericht op deregulering⁷, dat mede bereikt zou moeten worden door het inzetten van open normen. De deregulering is ook wel ‘de harde kern van dit wetgevingsbeleid’ genoemd.⁸ Het is echter twijfelachtig of de invoering van het NBW daadwerkelijk heeft geleid tot een aanzienlijke toename in het gebruik van open normen, of dat de nieuw opgenomen open normen vooral een codificatie betroffen van de reeds geldende rechtspraak en heersende doctrine.⁹ De inzet van open normen komt wel nadrukkelijk naar voren in de zorgplichten in de bestuursrechtelijke wetgeving, waarop het beleid met name was gericht.

Voordat de term ‘open norm’ werd gebezigd, en voor de invoering van het NBW, spraken men vooral over vage normen, abstracte normen, blanco normen, of onbepaalde normen. In de literatuur noch in de rechtspraak werd duidelijk onderscheid gemaakt tussen de verschillende termen die dus als synoniemen werden gebruikt. Voor zover er onderscheid gemaakt werd, leek

⁴ Zie bijvoorbeeld Wiarda 1988; zie ook Hartkamp, *WPNR* 1981, p. 213, verwijzend naar Wiarda.

⁵ Van Ommeren 2012, par. 5.4., p. 176 e.v.

⁶ Van Lochem 2019, p. 31. Van Ommeren 2012, par. 4.5.

⁷ Witteveen 2007.

⁸ Van Lochem 2019, p.31.

⁹ Zie Hartkamp 1981, p.214.

de keuze voor het hanteren van bijvoorbeeld de negatief klinkende term vage norm in plaats van open norm vooral gebaseerd te zijn op het perspectief dat de betreffende persoon had op de wenselijkheid van dergelijke normen. Zij die voorstander waren van het verscherpen en concretiseren van bepaalde normen spraken vooral over vage normen, terwijl tegenstanders liever spraken van open normen.¹⁰

Heden ten dage kent het Nederlands recht een overvloed aan normen waarvoor nadere invulling in een concreet geval vereist is. Het meest voor de hand liggende voorbeeld dat in de verschillende rechtsgebieden terugkomt is de redelijkheid en billijkheid.¹¹ Verder kan binnen het civiele recht gedacht worden aan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm bij de onrechtmatig daad¹², de redelijke toerrekening¹³, verkeersopvattingen bij een beroep op overmacht¹⁴, goed huurderschap binnen het huurrecht¹⁵ en wanbeleid en onbehoorlijk bestuur¹⁶ in het ondernemingsrecht. Binnen het bestuursrecht kan gedacht worden aan de zorgplichten¹⁷ en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur¹⁸, of zeer actueel de Omgevingswet waarin nadrukkelijk is gekozen voor het hanteren van open normen voor bijvoorbeeld het omgevingsplan.¹⁹ Ook in het strafrecht vindt men open normen terug²⁰ en hebben rechters bij de straftoemeting de ruimte om, binnen de gestelde kaders, hun eigen oordeel te vellen. Tot slot kan gedacht worden aan het goed koopmansgebruik uit het fiscaalrecht, dat gebruikt wordt om de belastbare winst uit een onderneming te bepalen.²¹

Het is duidelijk dat open normen in het Nederlandse recht alom vertegenwoordigd zijn. Maar wat is een open norm nu precies? De wetgever zelf heeft de term ‘open norm’ nooit concreet gedefinieerd, maar menig auteur heeft een poging gewaagd waaruit kan worden geput. Zo definieerde Nan een open norm als “elke norm waarbij een meer dan te verwaarlozen onduidelijkheid bestaat omtrent de inhoud, toepasselijkheid of gevolgen voor de justitiabelen.”²² Van Klink definieert open normen als “normen die de rechter een grote

¹⁰ Rustenburg 2020, p.18.

¹¹ Zie Timmerman 2023 voor een analyse van de uitwerking van de redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht (art. 2:8 BW) in het licht van het risico op rechtsonzekerheid bij het hanteren van open normen.

¹² Hoekstra 2023.

¹³ Hartlief 2002.

¹⁴ Memelink 2010.

¹⁵ Van Lochem 2019.

¹⁶ Scholten 2022; zie artikel 2:9 BW, waarin wordt gesproken over “ernstig verwijtbaar handelen”, een maatstaf die overigens ook geldt voor de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW en artikel 2:138/248 BW waarin wordt gesproken over “kennelijk onbehoorlijk bestuur.”

¹⁷ Van Ommeren 2012; zie verder Ippel 2023.

¹⁸ Huisman & Jak 2022.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld Van der Velde 2022 voor een beschouwing van voor- en nadelen van open normen bij regelgeving omtrent bestemmingsplannen, mede in relatie van de toen nog in ontwikkeling zijnde Omgevingswet. Zie tevens Boeve & Groothuijse 2022 en Boeve & Groothuijse 2023.

²⁰ Zie bijvoorbeeld Strijder & van den Oord 2022; En tevens Van Aardenne 2014.

²¹ Zie Doornbal 2008 voor een beschouwing van de voor- en nadelen van deze open norm.

²² Nan 2011.

interpretatievrijheid laten vanwege hun onbepaaldheid, algemeenheid en/of abstractie.”²³ Van Lochem beschreef een open norm als “een zo algemeen geformuleerde norm dat deze eerst nadere invulling moet krijgen alvorens van toepassing te kunnen zijn op gegeven feiten.”²⁴ Tot slot heeft Rustenburg recenter de volgende definitie geopperd: “een rechtsnorm waarin de normgever voor de inhoud van de norm verwijst naar een voorschrift in het reële systeem dat als functievoorschrift wordt aangemerkt”.²⁵ In deze definitie wordt met reële systeem het maatschappelijke systeem bedoeld en met functievoorschriften worden bijvoorbeeld bedoeld handelingsvoorschriften, gedragsvoorschriften, waarderingsvoorschriften, etc.

Bovenstaande bespreking lijkt wellicht de termen open (of vage, blanco, onbepaalde) norm tegen gesloten (of scherpe, concrete, bepaalde) norm af te zetten, als ware het een dichotomie; twee elkaar uitsluitende categorieën waarbinnen een norm kan vallen. Er zijn echter ook gradaties denkbaar van ‘openheid’ van een norm. Rood beschreef al dat de vaagheid van een norm verschillende gradaties kan hebben en noemde de meest vage norm, dus met de minste houvast, blanco of open norm.²⁶ Voor dit preadvies achten wij de te hanteren definitie of mate van openheid van een norm minder van belang. Het gaat ons primair om normen waarbij normadressaten zoals rechters, bestuurders, bestuursorganen, toezichthouders en burgers ruimte krijgen om die normen nader in te vullen. Of deze ruimte ontstaat omdat de betreffende norm abstract, vaag, of open is geformuleerd is hierbij voor ons minder van belang. De intentie van de wetgever ten aanzien van de openheid van een norm is voor dit preadvies ook minder van belang. Het kan zijn dat de wetgever een norm bewust open heeft geformuleerd of juist getracht heeft veel sturing mee te geven maar er desondanks onduidelijkheid bestaat bij normadressaten waardoor zij alsnog een eigen invulling moeten geven aan de betreffende norm. In beide gevallen is het aan de normadessaat om de ontstane ruimte in te vullen.²⁷

Alvorens stil te staan bij de baten en lasten (of functies en bezwaren) van open normen zoals tot nog toe in de literatuur beschreven, merken wij nog op dat wij ons in dit preadvies niet exclusief richten tot een specifiek rechtsgebied, primair omdat het te behandelen fenomeen ruis zich niet beperkt tot slechts een specifiek rechtsgebied of norm. De implicaties van dit preadvies zijn dan ook rechtsgebied overstijgend en derhalve relevant voor de wetgever en wetgevingsjuristen, ongeacht diens focus qua rechtsgebied.

²³ Van Klink 1998, p. 107-108.

²⁴ Van Lochem 2019, p.29.

²⁵ Rustenburg 2020, p. 82. Deze ietwat complex ogende definitie van Rustenburg is beter te begrijpen na bestudering van zijn proefschrift, waarin de definitie van de open normen voortbouwt op de definities van normen in algemene zin en vervolgens de meer specifieke rechtsnorm.

²⁶ Rood 1981.

²⁷ Om die reden gebruikt Van Ommeren (2012) de term ‘ruimtelatende instrumenten’, zie par. 5.4.

2.2. De functies en bezwaren van open normen

Zoals reeds genoemd zijn open normen in de jaren tachtig in populariteit toegenomen als antwoord op de ervaren regeldruk. Als belangrijk voordeel van open normen wordt de algemenere toepassing genoemd, waardoor het volume aan regels zou afnemen en er daardoor minder regeldruk zou ontstaan.²⁸ Ook het kunnen leveren van maatwerk wordt genoemd als een belangrijk voordeel van open normen. Ondanks dat rechtsgelijkheid een groot goed is²⁹, kan het wenselijk zijn, bijvoorbeeld omwille van rechtvaardigheid, om toch te kunnen differentiëren tussen grotendeels gelijke gevallen.³⁰ Hoe scherper en geslotener de norm, hoe minder ruimte er zou zijn voor differentiatie en maatwerk. Door open normen te hanteren hoeft niet zo rigide vastgehouden te worden aan beknellende gesloten normen, wat ten gunste zou kunnen komen van het bereiken van een rechtvaardige beslissing in een concreet geval.³¹ Deze flexibiliteit maakt open normen ook beter bestand tegen maatschappelijke ontwikkelingen. De invulling van een open norm kan meebewegen met veranderende zienswijzen op wat precies rechtvaardig en wenselijk is, terwijl de wet steeds weer aangepast zou moeten worden indien een scherp geformuleerde gesloten norm niet meer strookt met de op dat moment heersende opvattingen. In het verlengde hiervan is tot slot als belangrijk argument ten faveure van open normen genoemd dat deze ‘communicatieve wetgeving’ faciliteren, wat inhoudt dat de invulling van open normen in concrete gevallen – en de mogelijke ontwikkelingen in de invullingen – de wetgever informatie kunnen verschaffen ten aanzien van in de maatschappij levende opvattingen en overtuigingen, op basis waarvan wetswijzigingen doorgevoerd kunnen worden indien nodig.³² Op die manier wordt er als het ware gecommuniceerd tussen private organisaties, burgers en overheidsorganen. Met gesloten normen zou er minder ruimte zijn voor dergelijke communicatieprocessen.

Deze belangrijke voordelen en functies van open normen zijn echter slechts één zijde van de medaille. De keerzijde van open normen is uitgebreid behandeld door onder andere Barendrecht, die in zijn proefschrift een vrij alomvattende opsomming geeft.³³ Ten eerste

²⁸ Zie bijvoorbeeld Van Lochem 2019, p. 34 e.v.

²⁹ Het is immers niet voor niets opgenomen als het eerste artikel van onze grondwet.

³⁰ Tollenaar bespreekt de behoefte aan open normen naar aanleiding van het probleem van het gelijkheidsbeginsel. Soms wil je als wetgever niet iedereen gelijk behandelen en zij het rechtvaardiger zijn om te differentiëren. Echter, strakke wetgeving en scherpe normen staan differentiatie niet toe. Tollenaar verwijst ook naar onderzoek waaruit blijkt dat open normen niet meer definitie tot meer maatwerk leiden dan organisaties waarin louter scherpe normen gelden. Zie hiervoor Tollenaar 2008.

³¹ Zie Stevens 2007 voor een overtuigend betoog om meer te leunen op open normen in het fiscaal recht.

³² Van Lochem 2019, p.35 e.v.

³³ Barendrecht 1992, p. 66 e.v.

benoemt Barendrecht het verlies aan rechtszekerheid. Wiarda schreef hier in zijn befaamde ‘Drie typen van rechtsvinding’ al over:

*“De eerste bedenking betreft de aan elke vorm van rechtspraak verbonden gevaren van willekeur en rechtsonzekerheid, voortvloeiende uit de onvoorspelbaarheid van hetgeen aan de niet aan vaste en voor ieder kenbare normen gebonden rechter zal beslissen.”*³⁴

Ten tweede benoemt Barendrecht het rechtsstatelijke bezwaar dat bij invulling van open normen door rechters de wetgevende macht een belangrijk deel van haar macht als het ware afstaat aan de rechterlijke macht, terwijl bij laatstgenoemde de democratische legitimiteit ontbreekt voor deze de facto wetgevende taak.³⁵ Hieruit voortvloeiend benoemt Barendrecht de te grote rechterlijke vrijheid als bezwaar, wat hij problematisch acht vanwege het ontbreken van democratische legitimatie voor door rechters ontwikkelde rechtsnormen, alsmede vanwege het risico op het door rechters (onbewust) meewegen van hun persoonlijke opvattingen in hun beslissingen. Dit bezwaar zal nader worden besproken in paragraaf 3, waar zal blijken dat persoonlijke opvattingen inderdaad een bron van willekeur/ruis kunnen zijn. Barendrecht vervolgt met zijn vierde bezwaar, te weten dat open normen ten koste gaan van rechtsontwikkeling, omdat er, in tegenstelling tot bij gesloten normen, onvoldoende discussie zou zijn over ontwikkelingen in opvattingen over rechtvaardigheid en daarmee over de houdbaarheid van een norm. Dit punt is overigens in strijd met het door van Lochem aangehaald idee van communicatieve wetgeving waaruit zou volgen dat open normen rechtsontwikkeling juist ten goede komen door het faciliteren van communicatie tussen de wetgever en andere partijen.

Voorts benoemt Barendrecht als vijfde nadeel het inefficiënte gebruik van kennis over rechtvaardigheid. Hij bedoelt hiermee dat een scherp geformuleerde norm vaak het (voorlopige) eindpunt is van jaren van rechtsontwikkeling en in die zin de heersende opvatting weerspiegelt als het gaat om rechtvaardigheid. Een scherp geformuleerde norm geeft de rechter daarmee een informatief beginpunt van de zoektocht naar rechtvaardigheid in een concreet geval. Een open norm daarentegen zou de rechter dwingen om steeds opnieuw op zoek te moeten gaan naar een rechtvaardige oplossing en als het ware het wiel opnieuw moeten uitvinden.

Ook het probleem van inefficiënte conflictoplossing wordt door Barendrecht aangehaald als zesde bezwaar, wat zou zien op de onduidelijkheid ten aanzien van welke feiten relevant zijn om te verzamelen door partijen, wat ertoe kan leiden dat het volume aan te behandelen en nader te duiden informatie toeneemt. Barendrecht meent ten zevende dat de verantwoording

³⁴ Wiarda 1972, p. 77-82.

³⁵ Zie hiervoor tevens Van Lochem 2019, p. 43 e.v.

van een rechterlijk oordeel aan partijen aan kracht inboet nu de rechterlijke motivering de enige verantwoording betreft en, zo stelt Barendrecht, deze nogal eens te wensen overlaat, bijvoorbeeld omdat deze veelal eindigt bij een verwijzing naar de omstandigheden van het geval. Bij gesloten normen zit de verantwoording van een rechterlijk besluit niet alleen in de motivering van de rechter, maar ook in de rechtsontwikkeling die heeft geleid tot de gesloten norm, ervan uitgaande dat een gesloten norm het resultaat is van vele jaren van ‘trial and error’ en (maatschappelijke) discussie. Partijen zouden op die manier kunnen nagaan welke theorieën en ontwikkelingen ten grondslag hebben gelegen aan een betreffende gesloten norm.

Verder betoogt Barendrecht ten achtste dat vage normen onvoldoende in staat zijn om het gedrag van de normadressaten te beïnvloeden, omdat vage normen onvoldoende houvast zouden bieden om op voorhand te kunnen weten welk gedrag verwacht wordt. Tot slot behandelt Barendrecht zijn negende bezwaar dat ziet op rechtsongelijkheid. Doordat een breed scala aan beslissingen gerechtvaardigd kan worden is volgens Barendrecht de verwachting dat “beslissingen in vergelijkbare gevallen onderling sterk uiteenlopen.”³⁶ Deze rechtsongelijkheid is volgens Barendrecht versluierd, omdat er geen criteria voorhanden zijn op basis waarvan kan worden getoetst of er sprake is van gelijke gevallen en dus niet duidelijk wordt of in vergelijkbare gevallen wel of niet vergelijkbaar wordt getoetst.³⁷

Sommige van de door Barendrecht geopperde bezwaren beperken zich tot de civiele rechtspraak en zijn daardoor minder van toepassing op het gebruik van open normen door bestuurders, toezichhouders en andere normadressaten.³⁸ De bezwaren met een meer universele toepassing, en die ook het meest in de literatuur aangehaald worden, zijn de bezwaren die zien op rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid, en het rechtstatelijke bezwaar ten aanzien van de verschuiving van macht van de wetgever naar partijen waarbij democratische legitimiteit ontbreekt.³⁹ Gezien de reikwijdte van dit preadvies laten wij het rechtstatelijk bezwaar voor wat het is en richten wij ons primair op vraagstukken omtrent rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid.

2.3. Tussenconclusie

³⁶ Barendrecht 1992, p. 76

³⁷ Voor aanvullende besprekingen van nadelen van open normen, zie bijvoorbeeld Drion 2017, Wiarda 1972, Van Lochem 2019, Rustenburg 2020. Voor een kritische doch vrij bondige reflectie op het proefschrift van Barendrecht, zie Hesselink 1993.

³⁸ Zie Van Lint 2012 voor een bespreking van de nadelen van open normen in de context van de belastinginspecteur.

³⁹ Ook de Raad van State onderkent het probleem ten aanzien van een verschuivende macht bij het hanteren van open normen. Zie hiervoor: RvS jaarverslag 2018; Zie tevens Rustenburg 2020.

De opkomst van het gebruik van open norm, ingezet rond de jaren tachtig van de vorige eeuw, heeft de discussie doen aanwakken ten aanzien van de wenselijkheid van dergelijke normen. Het kunnen leveren van maatwerk, de algemenere toepassing en het daardoor kunnen meebewegen met maatschappelijke ontwikkelingen zijn veelal als de belangrijkste voordelen van open normen bestempeld. Daartegenover staan de bezwaren, waarvan de belangrijkste zijn de toename in beoordelingsvrijheid van normadressaten en het hieruit voortvloeiende risico op rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid, en tevens het rechtstatelijke bezwaar ten aanzien van de verschuiving in macht van de wetgever naar partijen waarbij democratische legitimering ontbreekt. In dit preadvies staan primair de rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid als gevolg van het hanteren van open normen centraal. Dat open normen rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid kunnen veroorzaken wordt onderkend, maar de *mate* van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid is grotendeels onbesproken gebleven, met als risico dat deze bezwaren onvoldoende serieus worden genomen. Hoe groot is het probleem van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid dan eigenlijk? In de volgende paragraaf geven wij een gedragswetenschappelijk perspectief op willekeur bij de invulling van open normen, om zodoende de *omvang* van het probleem van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid nader te duiden.

3. Ruis: een gedragswetenschappelijk perspectief op willekeur bij open normen

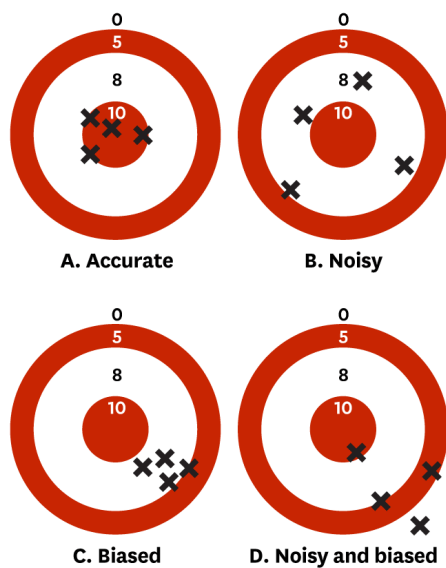
3.1. Het fenomeen ruis in juridische context

Waar in de juridische literatuur vooral wordt gesproken van *willekeur* als risico bij de invulling van open normen, wordt in de gedragswetenschappen gesproken over ‘noise’, vrij te vertalen naar ‘ruis’. Beide fenomenen, willekeur en ruis, zien op hetzelfde verschijnsel, namelijk ongewenste variabiliteit in oordelen en beslissingen die nagenoeg identiek behoren te zijn. Het is hierbij belangrijk om op te merken dat ruis niet hetzelfde is als *bias*, een psychologisch fenomeen waarvoor ook in toenemende aandacht is binnen de juridische context. *Biases* onder normadressanten kunnen wel een belangrijke oorzaak zijn van ruis, zoals verderop duidelijk zal worden. Waar *biases* zien op onbewuste vooringenomenheden of denkfouten in oordeelsvorming en besluitvorming die veelal leiden tot een bepaalde systematische ‘afwijking’ een bepaalde richting op – denk bijvoorbeeld aan vooroordelen die leiden tot *ingroup bias* (oordelen ten faveure van de eigen groep) – ziet ruis juist op variabiliteit zonder enige systematiek; oordelen die alle kanten op kunnen gaan. Het onderscheid tussen bias en ruis is nader weergegeven in figuur 1. Hier is te zien dat er bij bias een systematische afwijking is van

het ideaal (de bulls-eye), terwijl deze systematiek bij ruis ontbreekt. Belangrijk om op te merken is dat bij juridische oordelen veelal geen sprake is van een ‘accuraat’ of ideaal oordeel. Dit maakt het probleem van ruis er echter niet minder op. Ook zonder dat een accuraat oordeel of een juiste beslissing mogelijk is, vormt een hoge mate van variabiliteit een probleem nu dit voor rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid zorgt.

Figuur 1. Visualisatie verhouding bias en ruis.⁴⁰

How Noise and Bias Affect Accuracy



Dat aanzienlijke ruis in juridische context bestaat en problematisch is, werd al decennia geleden besproken door de Amerikaanse rechter Marvin Frankel. Op basis van zijn eigen observaties kreeg hij sterk de indruk dat de uitkomst van een zaak primair afhangt van de rechter die de zaak krijgt toebedeeld en veel minder van de feiten van de zaak. Om zijn intuïtie te toetsen gaf hij in 1974 de opdracht tot een onderzoek⁴¹, waarvan conclusie luidde: “*absence of consensus is the norm*”.⁴² Dat ruis in juridische oordelen bestaat en van problematische omvang is zal ook in de hierop volgende paragrafen nog meer duidelijk worden. Maar voordat we verder empirisch bewijs behandelen staan wij eerst stil bij de vraag wat ruis nu precies is en waar het

⁴⁰ Kahneman, e.a. 2016.

⁴¹ Zie Partridge & Eldridge 1974.

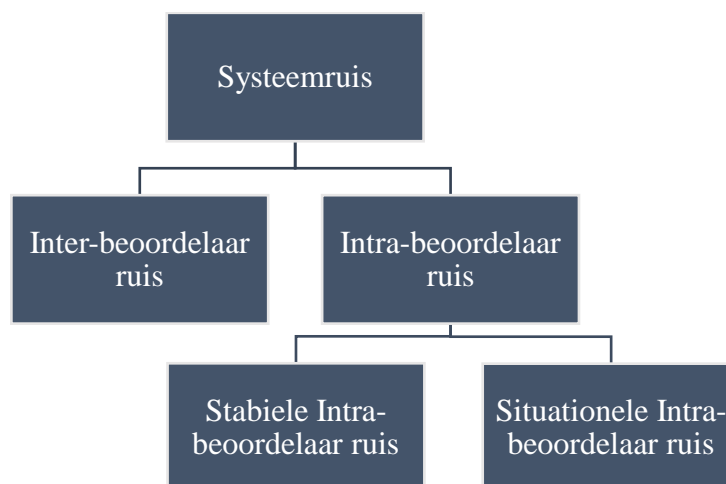
⁴² Aan een groep van vijftig rechters werd een serie dossiers voorgelegd en hen werd gevraagd individueel tot een oordeel te komen. Een van de dossiers betrof bijvoorbeeld een heroïnedealer waarvoor de strafmaat uiteenliep van 1 tot 10 jaar gevangenisstraf. In een ander dossier over een afpersingszaak varieerden de straffen van een geldboete van \$65.000 tot een gevangenisstraf van twintig jaar. Zie tevens Bartolomeo, Clancy & Richardson 1981; zie Van Koppen & Kate 1984 voor een van de eerste onderzoeken naar ruis in Nederlandse context.

vandaan komt. Hoe kan het dat normadressaten, zoals rechters, zo kunnen verschillen in hun oordeel op basis van dezelfde informatie? Welk empirisch bewijs bestaat er voor het bestaan van ruis in juridische context? De hierop volgende delen behandelen deze vragen.

3.2. Bronnen van ruis

De totale hoeveelheid ruis in een bepaald systeem (ook wel systeemruis genoemd), bijvoorbeeld het totaal aan ruis bij de invulling van een bepaalde open norm, kan onderverdeeld worden in ruis *tussen* beoordelaars (inter-beoordelaar ruis⁴³) en ruis *binnen* beoordelaars (intra-beoordelaar ruis⁴⁴). Laatstgenoemde is vervolgens weer onder te verdelen in ‘stabiele intra-beoordelaar ruis’⁴⁵ en ‘situationele intra-beoordelaar ruis’⁴⁶. De samenhang tussen deze verschillende bronnen van ruis is visueel weergegeven in Figuur 2. We lichten de verschillende bronnen van ruis toe.

Figuur 2. Visualisatie van de verschillende componenten van systeemruis.



3.2.1. Inter-beoordelaar ruis

Simpel gezegd komt inter-beoordelaar ruis voort uit het feit dat de ene beoordelaar de andere niet is. Zo zal een bepaalde rechter bijvoorbeeld gemiddeld genomen ‘strenger’ zijn dan een andere rechter. Verschillen tussen beoordelaars in persoonlijke achtergronden, politieke voorkeuren, persoonlijkheden, normen en waarden, vooroordelen, et cetera, zorgen ervoor dat beoordelaars tot verschillende conclusies kunnen komen op basis van identieke informatie. Dat

⁴³ In het boek ‘Noise’ van Kahneman, Sibony en Sunstein wordt deze vorm van ruis ‘level noise’ genoemd. Voor dit preadvies is gekozen om een Nederlandse term te hanteren.

⁴⁴ In het boek Noise wordt deze vorm ‘pattern noise’ genoemd.

⁴⁵ In het boek Noise wordt dit ‘stable pattern noise’ genoemd.

⁴⁶ In het boek Noise wordt dit ‘occasion pattern noise’ genoemd.

dergelijke verschillen in rechterlijke oordeelsvorming onwenselijk zijn werd al benoemd door Wiarda:

“Van de rechter wordt juist als politiek onafhankelijk en strikt onpartijdig orgaan, dat geen ander belang heeft dan van de handhaving van de geldende rechtsorde heeft te behartigen, verwacht dat hij bij de vorming van zijn oordeel niet alleen zijn eigen belangen, maar ook zijn politiek, sociaal en economisch bepaalde voorkeur zoveel mogelijk zal trachten uit te schakelen.”

Het uitschakelen van dergelijke factoren in de oordeelsvorming is echter nagenoeg onmogelijk en het bestaan van verschillen in oordelen tussen beoordelaars is dan meermaals ook overtuigend aangetoond. Een onderzoek dat 2200 rechterlijke uitspraken heeft geanalyseerd toonde bijvoorbeeld aan dat in de Verenigde Staten republikeinse rechters gemiddeld genomen zeven maanden langere gevangenisstraffen uitdelen dan democratische rechters.⁴⁷ Een hierop voortbouwend onderzoek met een grootschaliger opzet, waarin meer dan een half miljoen beslissingen zijn geanalyseerd van 1400 rechters gedurende de periode 1999-2015, liet een vergelijkbaar verschil in rechterlijke beslissingen zien afhankelijk van de politieke affiliatie van de rechter.⁴⁸ Het meest recente en wellicht meest omvangrijke onderzoek analyseerde, gebruik makend van machine learning, zes miljoen uitspraken van immigratierechters in de VS. Uit dit onderzoek kwam de conclusie dat 58.5% van de variatie in uitspraken verklaard kan worden door het politieke klimaat ten tijde van de uitspraak, alsmede door persoonlijke eigenschappen van de rechter.⁴⁹

Ook het geslacht van een rechter kan een rol spelen. Zo liet onderzoek zien dat vrouwelijke rechters eerder geneigd waren het verzoek tot bescherming van (vrouwelijke) slachtoffers van huiselijk geweld goed te keuren dan mannelijke rechters en dit effect was met name zichtbaar onder oudere vrouwelijke rechters en primair als de werkdruk hoog was.⁵⁰ Ook laat onderzoek uit de VS zien dat vrouwelijke rechters eerder beslissen in het voordeel van de eiser in gender-discriminatie zaken.⁵¹ Onderzoek laat verder zien dat vrouwelijke rechters eerder lijken aan te sturen (en met succes) op het bereiken van een schikking in letselschadezaken dan hun mannelijke collega's.⁵²

⁴⁷ Schanzenbach & Tiller 2008, p. 715-760; zie ook Arora 2018.

⁴⁸ Cohen & Yang 2019; zie verder Epstein & Knight 2013; Zie bijvoorbeeld Shamena & Patrick 2015 voor de invloed van politieke voorkeuren en andere factoren in juryrechtspraak.

⁴⁹ Raman, Vera & Manna 2022.

⁵⁰ Valbé & Ramírez-Folch 2023.

⁵¹ Boyd 2016, p. 788-799.

⁵² Boyd 2013, p. 193-219.

Het schaarse onderzoek dat gedaan is naar de invloed van leeftijd op rechterlijke oordelen laat zien dat in strafzaken oudere rechters eerder geneigd zijn de aanklager in het gelijk te stellen dan jongere rechters.⁵³ Jongere rechters daarentegen lijken minder geneigd dan hun oudere collega's om de eiser in het gelijk te stellen in zaken betreffende leeftijdsdiscriminatie.⁵⁴

Een laatste voorbeeld van inter-beoordelaar ruis waarvan de onrechtvaardigheid van ruis weinig toelichting behoeft betreft onderzoek naar beslissingen omtrent asielaanvragen in de VS. Dit omvangrijke onderzoek analyseerde meer dan 400.000 beslissingen en concludeerde dat er aanzienlijke verschillen zitten in de beoordeling van deze aanvragen.⁵⁵ Zo hadden Colombiaanse asielaanvragers bij de federale immigratierechtbank 5% kans van slagen bij een bepaalde rechter tegenover 85% kans bij een andere rechter. In ditzelfde onderzoek is ook gekeken naar de eventuele rol van het geslacht van de rechter en het bleek dat vrouwelijke rechters een significant hogere acceptatiegraad van asielaanvragen lieten zien dan mannelijke rechters.⁵⁶

Het doel van deze paragraaf is niet om een alomvattend overzicht van de literatuur te geven voor wat betreft relevante verschillen in beoordelaars en hoe deze zich vertalen naar verschillende oordelen en de behandelde literatuur is dan ook geenszins uitputtend. Het punt voor nu is dat systeemruis voor een deel veroorzaakt wordt door verschillen *tussen* beoordelaars. We kijken nu eenmaal naar de wereld door onze eigen unieke lens en die lens is deels al bij geboorte en deels in de loop der jaren gevormd en gekleurd.

3.2.2. Intra-beoordelaar ruis

Naast ruis ontstaan door verschillen *tussen* beoordelaars, kan ruis ook ontstaan door factoren *binnen* een beoordelaar omdat beoordelaars zelf niet altijd consistent zijn. Deze vorm van ruis, intra-beoordelaar ruis, ziet op het gegeven dat een beoordelaar anders kan oordelen als gevolg van (bewuste of onbewuste) persoonlijke voorkeuren en vooringenomenheden en van eigenschappen van hetgeen over geoordeeld wordt (en met name de interactie daartussen), of door irrelevante situationele factoren. Intra-beoordelaar ruis kan dus ontstaan door twee verschillende sub vormen van deze vorm van ruis: stabiele intra-beoordelaar ruis en situationele intra-beoordelaar ruis.

⁵³ Fox & Van Sickel 2000, p. 261-280.

⁵⁴ Manning, Carroll & Carp 2004, p. 1-18.

⁵⁵ Ramji-Nogales, Schoenholtz & Schrag 2007.

⁵⁶ 53.8% voor vrouwelijke rechters tegenover 37.3% voor mannelijke rechters. Dit betekent dat als een asielzoeker willekeur wordt toegewezen aan een mannelijke of vrouwelijke rechter, de kans op een succesvolle aanvraag 44% hoger ligt bij toewijzing aan een vrouwelijke rechter.

Bij stabiele intra-beoordelaar moet gedacht worden aan een bepaald stabiel patroon dat een beoordelaar laat zien. Zo kan het bijvoorbeeld zijn dat een over het algemeen genomen zeer coulante rechter bij zedenzaken juist onverbiddelijk is. Ook kan gedacht worden aan een rechter die vanwege zijn meer socialistische achtergrond extra streng is in belastingfraudezaken, omdat bij belastingfraude ‘gestolen’ wordt van het collectief. Of een rechter die in het bijzonder hard oordeelt voor zij die zich schuldig maken aan diefstal of geweld bij bejaarden. Of een rechter die normaliter bekend staat om zijn of haar rechtlijnigheid zich (onbewust) toch soepeler opstelt voor partijen waar die rechter gelijkenissen mee vertoont, zoals uiterlijke gelijkenissen of een vergelijkbare sociaaleconomische of geografische achtergrond (i.e., similarity bias). Ook kan gedacht worden aan het bevoordelen of benadelen van specifieke bevolkingsgroepen. Zo laat onderzoek inderdaad zien dat er een verschil bestaat in de mate waarin rechters vatbaar zijn voor *racial bias* (i.e. meer negatieve beoordeling van verdachten van een ander ras).⁵⁷ Kortom, vanwege het idiosyncratische gedrag van rechters oordelen zij niet in elk geval gelijk en is het patroon van oordelen ook voor elke rechter weer anders.

Bij situationele intra-beoordelaar ruis moet gedacht worden aan irrelevante situationele (en dus tijdelijke) factoren die van invloed zijn op het oordeel van normadressaten. Te denken valt aan het humeur van een rechter op een bepaalde dag, het weer, de verjaardag van een verdachte, etc. Deze voorbeelden lijken wellicht wat ridicuul, maar er bestaat empirisch bewijs dat dergelijke factoren daadwerkelijk van invloed kunnen zijn op rechterlijke oordelen. Zo bleek uit onderzoek naar 4.8 miljoen uitspraken in Frankrijk over een periode van twaalf jaar dat er minder streng geoordeeld werd als de verdachte jarig was.⁵⁸ Verder bleek dat als kinderrechters in de VS in een slecht humeur waren omdat hun plaatselijke American Football club onverwachts had verloren in het weekend, zij strenger oordeelden (wat zich uitte in langere straffen) op de maandag na het weekend en dat negatieve effect ook nog doorsijpelde in de daarop volgende dagen.⁵⁹ Bij winst of een reeds geanticipeerd verlies werd dit effect niet gevonden. Waar dit laatste onderzoek ‘slechts’ duizend rechterlijke uitspraken had onderzocht, kwam een ander onderzoek dat anderhalf miljoen uitspraken aangaande asielaanvragen over een periode van drie decennia analyseerde tot dezelfde conclusie: strengere oordelen volgden op het verlies van de plaatselijke football club.⁶⁰

Laatstgenoemde onderzoek liet tevens zien dat de kans dat een asielaanvraag goedgekeurd zal worden afneemt indien het slecht weer is. De invloed van het weer is ook in

⁵⁷ Abrams, Bertrand & Mullainathan 2012, p. 347-383; zie tevens Depew, Eren & Mocan 2017, p. 209-239.

⁵⁸ Zie Chen & Philippe 2023, p. 324-344.

⁵⁹ Eren & Mocan 2018, p. 171-205.

⁶⁰ Zie Chen & Loecher 2022.

ander onderzoek bestudeerd, wederom aangaande asielaanvragen in de VS. Uit een analyse van meer dan tweehonderdduizend asielaanvragen volgde dat de kans op een succesvolle aanvraag afnam naarmate de buitentemperatuur toenam.⁶¹ Er is echter ook onderzoek gedaan naar de mogelijke invloed van weersomstandigheden op de uitkomst van strafzaken en in een analyse van 2.8 miljoen uitspraken in Australië werd geen invloed van het weer gevonden.⁶² De vraag of en onder welke omstandigheden precies het weer een invloed kan hebben op rechterlijke oordelen blijft dan ook grotendeels nog onbeantwoord.

Een frequent aangehaald onderzoek in de context van irrelevante factoren die van invloed kunnen zijn op rechterlijke oordelen is het ‘hongerige rechters’ onderzoek. Uit dit onderzoek leek naar voren te komen dat het oordeel ten aanzien van vervroegde vrijlating beïnvloed wordt door de mate van honger onder de beoordelaars. Het percentage goedgekeurde aanvragen zakte van 65% naar praktisch 0% naarmate de ochtend vorderde en sprong weer terug naar 65% na de lunchpauze. Echter, sinds de publicatie van het betreffende onderzoek is deze onderhevig geweest aan stevige kritiek. Zowel op methodologische gronden⁶³, met name omdat de toewijzing en behandeling van zaken gedurende de dag niet zo willekeurig was als door de onderzoekers werd verondersteld, als op statistische gronden⁶⁴ is het onderzoek onder vuur komen te liggen. Het is wellicht mogelijk dat honger en ‘decision fatigue’ van invloed zijn op rechterlijke oordelen, maar het bewuste onderzoek heeft hier waarschijnlijk geen bewijs voor geleverd.⁶⁵

Een meer recent onderzoek lijkt overigens wel een verband te hebben gevonden tussen eetpatronen en rechterlijke oordelen, in tegenovergestelde richting ten opzichte van het eerdere onderzoek naar hongerige rechters. Een half miljoen uitspraken in strafzaken van tienduizend rechters uit India en Pakistan over een tijdspanne van een halve eeuw zijn onderzocht om te bekijken of er een verband bestaat tussen vasten tijdens de Ramadan en uitspraken in strafzaken. De analyses laten zien dat naarmate de intensiteit van het vasten toeneemt, de rechters steeds vaker de verdachte vrijspreken. Of deze resultaten te verklaren zijn door honger of door het bezigen van een religieus ritueel (of iets anders) is nog niet duidelijk.⁶⁶

⁶¹ Heyes & Saberian 2019, p. 238-265. Een andere auteur heeft naar aanleiding van deze publicatie kritiek geuit op de analyses, zie Spamann 2022, p. 519-528. De auteurs van het originele onderzoek hebben een reactie op die kritiek gepubliceerd en concluderen dat ook met aangepaste analyses hun belangrijkste bevindingen overeind blijven. Zie hiervoor: Heyes & Saberian 2022, p. 529-533.

⁶² Siminski & Evans 2021.

⁶³ Weinshall-Margel & Shapard 2011; zie ook: Glöckner 2016, p. 601-610.

⁶⁴ Lakens, ‘The 20% Statistician: Impossible hungry judges’, <https://daniellakens.blogspot.com/2017/07/impossibly-hungry-judges.html>, 3 juli 2017.

⁶⁵ Voor een reactie van de auteurs van het oorspronkelijke artikel op enkele kritieken, zie Danziger, Levav & Avnaim-Pesso 2011.

⁶⁶ Mehmood, Seror & Chen 2023, p. 874-880.

Het is overigens belangrijk om op te merken dat aangenomen mag worden dat de beoordelaars in de behandelde onderzoeken te goeder trouw zijn en naar eer en geweten de ruimte invullen die hen door de wetgever is gegeven. De ongewenste invloed van persoonlijke eigenschappen, vooringenomenheden, en irrelevantie situationele factoren komt dan ook met name voort uit automatische en onbewuste processen. In dit kader sprak Kunda over de ‘*illusion of objectivity*’ van de beoordelaars terwijl zij onbewust naar een gewenste conclusie toe redeneren en in dit proces zowel de feiten als de wet op zo een manier interpreteren en construeren dat zij de gewenste conclusie op ogenschijnlijk rationele en objectieve gronden kunnen motiveren. Dit proces van doelredeneraties wordt in de gedragswetenschappen ook wel ‘*motivated cognition*’ of ‘*motivated reasoning*’ genoemd.⁶⁷ Kunda zei hierover het volgende:

*“People do not realize that the process is biased by their goals, that they are accessing only a subset of their relevant knowledge, that they would probably access different beliefs and rules in the presence of different directional goals, and that they might even be capable of justifying opposite conclusions on different occasions.”*⁶⁸

Dat men veelal niet doorheeft dat zij beïnvloed worden door irrelevante factoren komt mede voort, naast het feit dat wij geen inzicht hebben in ons eigen onderbewuste, uit het idee dat men de wereld ervaart en waarneemt zoals deze objectief gezien ook daadwerkelijk is en dat zij die een andere voorstelling van zaken hebben slecht geïnformeerd of vooringenomen zijn. Dit idee wordt ‘*naïef realisme*’ genoemd en is nauw verwant met *bias blindspot*, wat ziet op het wel erkennen van de invloed van biases bij anderen, maar het ontkennen van diezelfde invloed op het eigen oordeel.⁶⁹ Dat zelfs professionals als rechters, die zich bewust zijn van het risico op vooringenomenheden en die actief streven naar een zo neutraal en onpartijdig mogelijk oordeel, vatbaar zijn voor de automatische en onbewuste psychologische processen staat buiten kijf en het ontkennen of bagatelliseren ervan staat een oplossing alleen maar in de weg.⁷⁰ Zoals Merckelbach al zei: “Zeggen dat je als deskundige immuun bent voor cognitieve biases, betekent dat je het probleem niet snapt.”⁷¹

3.3. Tussentijdse conclusie ten aanzien van ruis

⁶⁷ Voor overzichtsartikelen over motivated reasoning in juridische context, zie Sood 2013 en Strohmaier & De Jong 2023.

⁶⁸ Kunda 1990

⁶⁹ Deze term werd voor het eerst opgeworpen in de jaren negentig door sociaal psycholoog Lee Ross, zie Ross & Ward 1996.

⁷⁰ Spamann & Klöhn 2016.

⁷¹ Merckelbach 2016, p. 1763.

In deze paragraaf is uiteengezet dat het totaal aan ruis – systeemruis – bij bijvoorbeeld het gebruik van een open norm voortkomt uit inter-beoordelaar ruis (de ene beoordelaar is de andere niet), stabiele intra-persoonlijke ruis (idiosyncratische patronen van een beoordelaar) en situationele intra-beoordelaar ruis (irrelevante factoren van tijdelijke aard). Het empirische bewijs voor deze bronnen van ruis is overweldigend. Politieke voorkeuren, vooringenomenheden, humeur, het weer, de verjaardag van verdachten, en nog vele andere factoren kunnen het oordeel van normadressaten beïnvloeden. En de tot nog toe behandelde literatuur is verre van uitputtend.⁷² De optelsom van de verschillende bronnen van ruis zorgt ervoor dat zodra er enige ruimte is voor discretie bij de beoordelaar, de mate van ruis in het systeem niet is te onderschatten.

Het is wellicht opgefallen dat de behandelde onderzoeken vooral zien op rechterlijke beslissingen. De vraag kan daarom gesteld worden in hoeverre ruis in rechterlijke oordeelsvorming vertaald kan worden naar ruis onder normadressaten anders dan rechters, zoals bestuursorganen, burgers en toezichthouders. Het is echter moeilijk om een overtuigend argument te bedenken waarom er onder rechters meer ruis zou zijn dan onder dergelijke andere normadressaten. Voor zover er een verschil zou zijn tussen rechters en niet-rechters, is het eerder aannemelijk dat onder rechters juist minder ruis is, aangezien consistentie (bijvoorbeeld door het meewegen van jurisprudentie), neutraliteit en onpartijdigheid actief wordt nagestreefd. Ondanks deze theoretische mogelijkheid dat er onder rechters minder ruis bestaat dan onder andere normadressaten, zijn wij niet optimistisch over deze mogelijkheid

Om te laten zien dat het probleem van ruis niet beperkt is tot rechters buiten Nederland en ook speelt bij andere normadressaten in Nederland, behandelen wij in de volgende paragraaf ons eigen onderzoek naar ruis onder faillissementscuratoren. De faillissementscurator is niet, zoals de rechter wel is, een indirecte normadreesaat. Bovendien is de curator belast met de afwikkeling van faillissementen, waarbij hij verschillende bevoegdheden heeft die ingrijpen op de interne organisatie van ondernemingen. Om die reden kan de curator vergeleken worden met een bestuursorgaan, waarover later meer.

Naast het ondersteunen van de generaliseerbaarheid van de tot nog toe besproken bevindingen, is het tweede doel van de volgende paragraaf primair om een illustratie te geven van hoe de wetgever en wetgevingsjuristen ruis kunnen meten aan de hand van een zogeheten ‘noise audit’, of ‘ruis meting’. De volgende paragraaf zal eerst de juridische context van de taak

⁷² Zie bijvoorbeeld Holste & Spamann 2023; Feigenson & Park 2006; Strohmaier & De Jong 2023.

van een curator in een faillissement schetsen en vervolgens de methode en resultaten van de ruis meting bespreken.

4. Een ruismeting: Curatoren en hun belangafweging

4.1. De rol van de curator bij de afwikkeling van faillissementen

Jaarlijks worden duizenden bedrijven die hun schulden niet meer kunnen betalen failliet verklaard.⁷³ Om de afwikkeling van deze faillissementen in goede banen te leiden en ervoor te zorgen dat het vermogen van de schuldenaar overeenkomstig de daarvoor geldende regels onder de schuldeisers wordt verdeeld, wordt een curator aangesteld. De taak van de curator is het beheren en het vereffenen van de failliete boedel.⁷⁴

Richtsnoer is dat de curator handelt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De curator komt bij de afwikkeling van een faillissement echter in aanraking met tal van (andere) belangen die vaak onderling strijdig zijn. Zo kan de curator bij het onderzoeken van een mogelijke doorstart van de onderneming worden geconfronteerd met twee potentiële overnamekandidaten, waarbij de ene bieder een hoger bedrag biedt, terwijl de ander weliswaar een lager bedrag biedt maar meer werknemers in dienst wil nemen. Op basis van zijn richtsnoer, handelen in het belang van de schuldeisers, zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de curator hoe dan ook moet gaan voor de overnamekandidaat die het hoogste bod neerlegt. Niets is echter minder waar. De Hoge Raad heeft in meerdere arresten overwogen dat de curator rekening mag houden met alle bij het faillissement betrokken belangen en dat zwaarwegende maatschappelijke belangen zoals werkgelegenheid zelfs kunnen prevaleren boven de belangen van individuele schuldeisers. Uiteindelijk komt de curator een grote mate van beleidsvrijheid toe en mag hij dus (behoudens wettelijke verplichtingen) zelf bepalen hoe hij de bij het faillissement betrokken belangen weegt. Gezien het gebrek aan sturing vanuit de wetgever over de gewenste weging van de verschillende belangen, is de geldende norm voor curatoren dus uitermate vaag en open.⁷⁵ Zo is onvoldoende helder wat wordt bedoeld met ‘rekening houden’, wat wordt verstaan onder ‘zwaarwegende maatschappelijke belangen’ en hoe deze gewogen zouden moeten worden.

Dat er sprake is van een behoorlijk open norm voor wat betreft de taak van de curator, en dat curatoren dat zelf ook zo ervaren, is duidelijk. Niet voor niets is het thema de taak van

⁷³ CBS Statline, ‘Faillissementen; kerncijfers’, opendata.cbs.nl.

⁷⁴ Artikel 68 Faillissementswet (hierna: ‘Fw’).

⁷⁵ Zie ook Pool 2022; en tevens Consultatiereactie INSOLAD op het Consultatiedocument Insolventierecht, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie> 28 februari 2022.

de curator een belangrijk onderdeel van het Consultatiedocument Insolventierecht, in reactie waarop INSOLAD het volgende betoogt:

“[de taak van de curator] betreft een open norm waarvan de invulling in de praktijk ingewikkeld kan zijn. Een faillissement is per definitie een botsing van verschillende belangen en het is dan ook zaak dat duidelijkheid bestaat over de vraag wie voor welke belangen opkomt en welke rol de curator in dat spanningsveld bekleedt. De praktijk zou gebaat zijn bij invulling van de hierboven genoemde open norm.”⁷⁶

Het is aannemelijk dat deze open norm een bron is van een aanzienlijke mate van ruis, ten koste van de schuldeisers en andere betrokken partijen bij een faillissement nu zij op voorhand niet weten waar zij aan toe zijn en het verloop van een faillissement in (te) grote mate afhangt van de persoon van de curator.⁷⁷ Lange tijd was het echter nog maar de vraag hoe groot dit vermeende probleem daadwerkelijk is. Misschien verschillen curatoren wel in hun taakopvattingen en de maatschappelijke belangen die zij persoonlijk belangrijk vinden, maar zullen zij in een concreet geval toch grotendeels dezelfde afwegingen maken en is het verloop van een faillissement dus helemaal niet zo afhankelijk van de persoon van curator. Om empirisch te onderzoeken in hoeverre curatoren in een concreet geval uiteenlopende oordelen en belangenafwegingen laten zien, en dus wat de mate van ruis is, hebben wij recent een zogeheten ruis meting uitgevoerd onder curatoren. De volgende paragrafen doen hier verslag van.⁷⁸

4.2. Een ruis meting onder curatoren

4.2.1. Wat is een ruis meting?

Geïnspireerd door het gebrek aan consensus over de maatschappelijke taakuitoefening, hebben wij met ons onderzoeksteam in verschillende studies⁷⁹ onderzocht in hoeverre ruis voorkomt onder curatoren door het uitvoeren van zogeheten ruis metingen. Bij een ruis meting wordt aan een groep beslissers (in ons geval curatoren) eenzelfde casus voorgelegd om inzicht te krijgen in de mate waarin zij gelijksoortige beslissingen nemen.⁸⁰ Hoe meer variatie in de beslissingen, hoe erger de ruis.

⁷⁶ Consultatiereactie INSOLAD op het Consultatiedocument Insolventierecht, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie> 28 februari 2022. Het jaarboek en jaarcongres van de beroepsvereniging voor curatoren en insolventierecht specialisten (INSOLAD) stond dit jaar (2023) dan ook in het teken van de taak van de curator. Zie Pool, Pluut & Vriesendorp 2023, p. 463 e.v.

⁷⁷ Pool 2022; Van Zanten 2012, par. 2.5.3.

⁷⁸ Deze paragraaf is gebaseerd op Adriaanse 2023, p. 3 e.v.

⁷⁹ Adriaanse e.a. 2023; Pool 2022; Pool e.a. 2023; zie ook Pool 2023.

⁸⁰ Kahneman e.a. 2021, appendix A.

Het is belangrijk dat de casus die wordt voorgelegd in een ruis meting geloofwaardig is en aansluit bij de belevingswereld van de deelnemers.⁸¹ Om die reden hebben wij gekozen voor een casus waarin een curator bij een belangenafweging een keuze moest maken tussen het belang van de gezamenlijke schuldeisers en het maatschappelijke belang van werkgelegenheid, omdat deze situatie vaak als voorbeeld wordt gebruikt in literatuur⁸² over de maatschappelijke taakuitoefening van de curator en in de jurisprudentie expliciet is bepaald dat curatoren met dit belang rekening moeten houden.⁸³ Het is overigens niet erg dat bij een ruis meting gebruik wordt gemaakt van een versimpelde casus. Hoe ingewikkelder de casus, hoe meer ruimte er immers is voor verschillende interpretaties. Als ruis al wordt aangetoond in een simpele casus, dan kan ervan uit worden gegaan dat er nog veel meer ruis is bij een ingewikkeldere casus, omdat er dan meer factoren zijn waarover verschillend kan worden gedacht.⁸⁴

4.2.2. Steekproef en methode

Om te onderzoeken wat de mate van ruis is onder curatoren bij de weging van maatschappelijke belangen en schuldeisersbelangen, hebben wij een survey uitgezet onder leden en fellows van INSOLAD, de Nederlandse vereniging van insolventierechtadvocaten waar de meeste Nederlandse curatoren bij zijn aangesloten ($n = 200$, *response rate* van 27%).⁸⁵ Aan de respondenten is een casus voorgelegd aangaande een gefailleerde onderneming en waarvoor de curator onderzoekt of een doorstart mogelijk is. De deelnemers is gevraagd zich te verplaatsen in de schoenen van de betreffende curator die de keuze moest maken tussen

- i. een doorstart met als voordeel dat de onderneming zou blijven bestaan met behoud van alle werknemers, maar als nadeel dat de faillissementsschuldeisers 25% (in plaats van 40% bij liquidatie) van hun vorderingen betaald zien (een keuze waarin dus het maatschappelijke belang prevaleert), of
- ii. een liquidatie, waarbij de faillissementsschuldeisers 40% van hun vordering betaald zien (in plaats van 25% bij een doorstart), maar het bedrijf stopt en de werknemers hun baan verliezen, de leveranciers hun klant en de familie die de onderneming

⁸¹ Kahneman e.a. 2021, p. 381.

⁸² Van Eekelen-Atema 2021, p. 305, Pool 2022, par. 3.1, De Ranitz 1996, p. 189-190, Vriesendorp, p. 117 e.v.

⁸³ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, r.o. 3.5, NJ 1996/472 (Sigmacon II). Zie ook HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, r.o. 3.5.2, NJ 1996/727 (Maclou), HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, r.o. 3.5, NJ 2004/293 (Curatoren Mobell/Interplan).

⁸⁴ Kahneman e.a. 2021, p. 382.

⁸⁵ INSOLAD had op het moment dat de survey werd afgenomen 739 leden en fellows. Hoewel niet alle leden en fellows werkzaam zijn (geweest) als curator, wordt in het onderzoek desondanks gesproken van curatoren omdat in het experimentele deel de rol moest worden aangenomen van curator. Bovendien gaf 78% aan te werken als curator. De gemiddelde leeftijd van de respondenten was 49,8 (SD = 9,9) en zij hadden gemiddeld 22,1 jaar ervaring (SD = 22,6) als curator. 81% is man, 17,5% vrouw en 1,5% gaf aan deze vraag liever niet te beantwoorden.

runde hun levensonderhoud (een keuze waarin dus het belang van de gezamenlijke schuldeisers prevaleert).

Wat de deelnemers aan het onderzoek niet wisten is dat er twee varianten van deze casus waren. De helft van de deelnemers kreeg een casus te lezen waarin het betreffende (hypothetische) bedrijf werd afgeschilderd als een ‘sympathiek bedrijf’ (recreatiepark “De Groene Wijk”) dat was opgericht door de familie van Wijk die een goede reputatie genoot. In de alternatieve versie van de casus werd het betreffende bedrijf juist afgeschilderd als een ‘onsympathiek bedrijf’ (lijmfabrikant “VLACO”) dat was opgericht door de notoire familie Vlasbom waarvan met name de jongste telgen zich graag lieten gelden in de plaatselijke horeca en op ‘feesteiland Ibiza’. Doel van het maken van deze twee verschillende casus was om te onderzoeken of deze juridisch irrelevante factor – de sympathie voor het bedrijf – van invloed zou zijn op de beslissing. Alle overige aspecten van de casus, zoals het aantal medewerkers dat hun baan zou verliezen, de opgelopen schuld, beschikbare kandidaten voor een doorstart en de het verschil in uitkering voor de schuldeisers, waren in beide varianten identiek.

Aan het einde van de casus werd de deelnemers gevraagd om op een 7-punts schaal (middels een schuifknop) aan te geven in hoeverre zij neigden naar een doorstart dan wel liquidatie (1: Zeer zeker doorstart – 7: Zeer zeker liquidatie). De keuze voor een liquidatie betekent dat de respondent de belangen van de gezamenlijke schuldeisers laat prevaleren, terwijl de keuze voor een doorstart betekent dat de respondent meer gewicht toekent aan het maatschappelijke belang. Na het maken van een keuze werd respondenten gevraagd hun antwoord toe te lichten door inzicht te geven in hun belangenafweging en uit te leggen hoe ze tot hun keuze zijn gekomen.

4.3. Resultaten de ruis meting onder curatoren

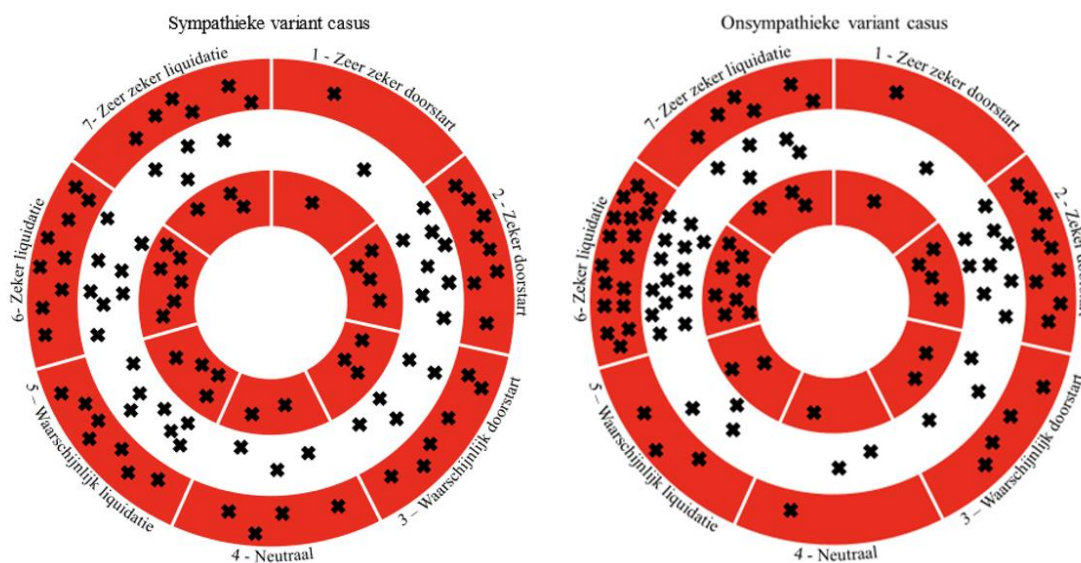
4.4.1 *Mate van ruis onder curatoren*

Zowel de respondenten van de sympathieke als de onsympathieke casus bleken een lichte voorkeur te hebben voor een liquidatie en laten dus het belang van de gezamenlijke schuldeisers prevaleren. Van de deelnemers die de sympathieke casus te zien kregen, scoort 54.5% boven de 4 (het middelpunt van de schaal). Dat betekent dat meer dan de helft van de respondenten neigt naar liquidatie en zou handelen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Voor de deelnemers die de onsympathieke casus te zien kregen, ligt dit percentage op 61.1%, hetgeen betekent dat de deelnemers aan de onsympathieke casus iets meer neigen naar liquidatie (en

dus naar handelen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers) dan de respondenten van de sympathieke casus.

De belangrijkste observatie is dat de mate van spreiding onder de antwoorden in beide casus enorm is. In figuur 3 is duidelijk zichtbaar dat de antwoorden van de respondenten zeer uiteenlopen en dus dat er sprake is van aanzienlijke ruis onder curatoren. Opvallend is dat de onsympathieke casus een polariserend effect lijkt te hebben, nu in deze variant de antwoorden zich enigszins lijken te concentreren bij ‘zeker doorstart’ en ‘zeker liquidatie’, terwijl bij de sympathieke variant een meer gelijke spreiding zichtbaar is tussen de verschillende antwoorden.

Figuur 3. Noise bij belangenafwegingen van curatoren



4.4.2 Bronnen van ruis onder curatoren

Om nader inzicht te krijgen in mogelijke bronnen van de geobserveerde ruis, hebben we de respondenten gevraagd uit te leggen hoe zij tot hun keuze zijn gekomen. Analyse van de antwoorden op deze open vraag via ATLAS.ti leidde tot een tweedeling onder de respondenten. Het ene deel van de respondenten was van mening dat in de casus het boedelbelang prevaleerde omdat de curator zijn taak uitoefent in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Dit deel van de respondenten gaf in de toelichting vaak aan dat het verschil van 15% in uitkering aan de schuldeisers te groot was om het maatschappelijk belang te laten prevaleren. Het andere deel van de respondenten vond daarentegen dat het maatschappelijk belang om de continuïteit van de onderneming te behouden prevaleerde boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Opvallend is dat dit deel van de respondenten juist vaak aangaf dat een verschil in uitkering van

15% een te verwaarlozen verschil was. De keuze voor een doorstart of een liquidatie lijkt dus ook te zijn gebaseerd op de taakopvatting van de curator en de perceptie van de grootte van het boedeltekort.

Zoals aangegeven hebben we gekozen voor twee varianten van de casus om te onderzoeken of de mate van sympathie voor het bedrijf – een juridisch irrelevante factor – van invloed zou zijn op de beslissing. We hebben de respondenten tevens gevraagd wat zij van het bedrijf vonden. De resultaten laten zien dat hoe sympathieker de respondent het bedrijf vindt, hoe eerder men geneigd is te kiezen voor een doorstart.⁸⁶ Het lijkt er dus op dat er een verband bestaat tussen het morele oordeel over het bedrijf en de mate waarin een curator bereid is om maatschappelijke belangen te laten prevaleren.

Uit de analyse bleek tevens dat de leeftijd van de respondent significant samenhangt met de uiteindelijke belangenafweging. Hoe hoger de leeftijd van de respondent, hoe eerder de respondent geneigd was om voor een doorstart te gaan en dus het maatschappelijke belang te laten prevaleren.

Gezien de mate van beleidsvrijheid die curatoren hebben bij de wijze waarop zij rekening houden met maatschappelijke belangen, verrast het feit dat er ruis bestaat onder curatoren niet. Tegelijkertijd is het wel verrassend dat de mate van ruis zo groot is, des te meer nu in de casus van de besproken ruismeting gebruik is gemaakt van een maatschappelijk belang dat volgens de Hoge Raad zo zwaarwegend is dat het door curatoren *moet* worden meegewogen. Ook is het verrassend dat irrelevante factoren als leeftijd en het morele oordeel over het bedrijf een rol lijken te spelen in de keuze die een curator maakt.

4.4. Tussenconclusie en normatieve implicaties

Op basis van de resultaten van de besproken ruis meting onder curatoren kan worden geconcludeerd dat het afhankelijk is van de curator die het faillissement afwikkelt of rekening wordt gehouden met maatschappelijke belangen en zo ja met welke. Enige vorm van consensus over of, en zo ja welke maatschappelijke belangen mogen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, ontbreekt. De beleidsvrijheid van curatoren zorgt dan ook voor aanzienlijke rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid. De schuldeisers die toevalligerwijs een curator treffen die een bepaald belang voldoende zwaarwegend vindt om te laten prevaleren

⁸⁶ Behalve het ‘manipuleren’ van de sympathie van het bedrijf door twee varianten van de casus te creëren, hebben we de deelnemers aan het onderzoek ook gevraagd wat hun perceptie was van de onderneming. Uit de analyses bleek dat deze maat voor sympathie voor het bedrijf samenhangt met de waarschijnlijkheid dat de respondent voor een doorstart zou gaan. Deze correlatie bereikte alleen statistische significantie in de sympathieke variant van de casus. zie Adriaanse e.a. 2023, p. 3 e.v. voor een volledig overzicht van de resultaten.

boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, lopen immers de kans om een aanzienlijk lagere uitkering te krijgen dan wanneer zij een curator treffen die dat maatschappelijke belang niet zwaarwegend genoeg acht. Bovendien is het niet op voorhand duidelijk in welk faillissement met welk belang rekening gehouden wordt, zodat schuldeisers daar niet op voorhand op kunnen voorsorteren.

Hoewel veelvuldig is gewezen op de risico's van deze onvoorspelbaarheid⁸⁷, blijkt het leeuwendeel van de auteurs voor handhaving van de beleidsvrijheid van de curator.⁸⁸ Ook in het Consultatiedocument Insolventierecht, waarin specifiek aandacht wordt besteed aan de taak van de curator, wordt geen aandacht besteed aan de enorme verschillen die bestaan in de taakuitoefening van curatoren.⁸⁹ Wanneer aandacht wordt gevraagd om het nader invullen van de norm, is dat niet vanwege de daardoor ontstane rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid.⁹⁰ De gedachte is dat het unieke karakter van ieder faillissement het onmogelijk maakt om nadere richtlijnen voor curatoren op te stellen. Wat ons betreft laat dit argument zien dat de mate van ruis nog niet volledig is doorgedrongen. Bovendien is het wel degelijk mogelijk om het risico op ruis te beperken, waarover in de volgende paragraaf meer.

De resultaten van de besproken ruismeting onder curatoren laten tevens zien dat ruis niet alleen een probleem is onder rechters. Ook andere (directe) normadressaten met een zekere mate van beleidsvrijheid blijken vatbaar te zijn voor ruis. Hoewel het onderzoek alleen onder curatoren is uitgevoerd, menen wij dat de resultaten ook zijn door te trekken naar de toepassing van open normen door andere normadressaten zoals bestuursorganen. De curator is immers belast met de afwikkeling van faillissementen en omdat hij een belangrijke maatschappelijke taak vervuld, wordt hij ook wel vergeleken (en soms gelijkgesteld) met een bestuursorgaan.⁹¹

Tezamen laten paragraaf 3 en 4 zien dat open normen kunnen zorgen voor aanzienlijke mate van ruis, met alle gevolgen van dien. De oordelen en beslissingen kunnen bij open normen vrij letterlijk alle kanten op gaan. Vooral saillant is dat ruis in belangrijke mate het gevolg kan zijn van irrelevante situationele factoren en persoonlijke kenmerken van de normadressaat. Het is immers uiteindelijk deze normadressaat die de geboden ruimte moet invullen en de onderhavige situatie moet duiden en hij of zij doet dit op basis van zijn of haar unieke interpretatie van de feiten en eigen rechtvaardigheidsgevoel. Mensen hebben de illusie dat zij

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld Pool 2022; Pool *TvI* 2022; Van Zanten 2012.

⁸⁸ Van Hees en Van Eckelen-Atema 2023.

⁸⁹ Consultatiedocument Insolventierecht, via <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie>, laats bekeken op 23 augustus 2023.

⁹⁰ Zo lijkt in de Consultatiereactie van INSOLAD de wens om tot invulling van de open norm vooral te zijn ingestoken vanuit de wens om duidelijkere richtlijnen voor curatoren op

⁹¹ Zie bijvoorbeeld Van Hees 2023.

de wereld objectief waarnemen (naïef realisme) en dat hun oordelen grotendeels in lijn zijn met die van redelijk denkende anderen (false consensus effect). Voor zover het bestaan van onbewuste en automatische biases erkent wordt ziet men die biases vooral bij anderen en niet bij zichzelf (bias blindspot). Wij hopen dat dit preadvies zal bijdragen aan het meer nadrukkelijk op de kaart zetten van het fenomeen ruis en dus van het probleem van rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid bij open normen. Idealiter zal de bewustwording ook leiden tot de motivatie om de mate van ruis te reduceren. De volgende paragraaf doet enkele handreikingen hiertoe.

5. Het reduceren van ruis

Onze boodschap voor de wetgever is tweeledig. Enerzijds stellen wij dat ruis bij open normen simpelweg bestaat en niet onderschat zou moeten worden. Dit gegeven geeft aanleiding om normen (meer) gesloten te formuleren. Anderzijds stellen wij dat indien toch geopteerd wordt voor het implementeren van een open norm de wetgever wel zou moeten proberen de mate van ruis zo veel mogelijk te reduceren. Enkele oplossingsrichtingen om ruis te reduceren worden hieronder uiteengezet.

Een kanttekening hierbij is dat het doel van dit preadvies primair het introduceren van het fenomeen ‘ruis’ is en het vragen van aandacht voor de aanzienlijke en onderschatte mate van ruis bij open normen. Het doel is daarom niet direct het uitwerken van oplossingen om de mate van ruis te reduceren, omdat dit qua benodigde tekst en onderzoek een tweede preadvies zou vergen. Een tweede kanttekening is dat het onwaarschijnlijk is dat ruis volledig gereduceerd kan worden tot nul. Zo lang normadressaten mensen zijn zal er altijd een bepaalde mate van subjectiviteit zijn, met ruis als gevolg. Dat gezegd hebbende kan er wel naar worden gestreefd om de mate van ruis zo veel als mogelijk te reduceren en wij zullen in onderstaande enkele oplossingsrichtingen behandelen.

5.1. Bewustwording van psychologische processen in (juridische) oordeelsvorming

Het is wellicht ietwat een doodoener, maar als de wetgever en normadressaten zich niet bewust zijn van de (oneigenlijke) factoren die onbewust en automatisch invloed kunnen uitoefenen op de oordeelsvorming en besluitvorming, zal er weinig veranderen. De praktijk laat zien dat de mens vaak denkt niet vatbaar te zijn voor onbewuste psychologische factoren zoals vooringenomenheden. Dat geldt des te meer voor juristen. Te veel nog heerst de illusie onder juristen dat zij, vanwege hun opleiding en/of ervaring, minder of niet vatbaar zouden zijn voor processen die grotendeels het resultaat zijn van miljoenen jaren evolutie. Prominent moreel

psycholoog Jonaithan Haidt verwoorde deze illusie als volgt:

*“There is a delusion stalking the academy. Not just in departments of psychology and philosophy, but in schools of law and in the highest court in the land. It is the belief that there exists a reliable faculty of reasoning, capable of operating effectively and impartially even when self-interest, reputational concerns, intergroup conflict, and a three million dollar donation pull toward a particular conclusion. I would like to close by suggesting that the practice and teaching of law could be improved by the incorporation of more psychology into the curriculum. Judges should evaluate laws with a proper understanding of human nature and its vicissitudes. Just as important, they should have a proper understanding of themselves and their own limitations”.*⁹²

Deze instelling (de illusie van onfeilbaarheid) zien wij ook terug bij de curatoren en insolventierechtjuristen, zoals besproken in par. 4. Wij onderschrijven het belang van het vergaren van kennis uit de gedragswetenschappen en hopen dat dit preadvies hieraan een bijdrage kan leveren.

Opvallend is overigens dat er binnen het recht wel veel aandacht is voor biases, zoals tunnelvisie bij rechters, bestuurders en toezichthouders, veelal in relatie tot bekende rechterlijke dwalingen in zaken als de Puttense moorzaak, Schiedammer parkmoord, of die van Lucia de Berk, als ook voor vooringenomenheden in bijvoorbeeld de context van etnisch profileren. Overigens hebben rechterlijke dwalingen en gevallen van discriminatie er niet toe geleid dat vatbaarheid voor biases nu breed wordt erkent en is *bias blindspot* – het niet erkennen van de eigen vatbaarheid voor biases – nog altijd merkbaar.

Maar waarom wordt er wel gesproken over bias, maar vrijwel niet over ruis, terwijl ruis waarschijnlijk een grotere bron van onrechtvaardigheid is dan bias? Een mogelijke verklaring is dat beslissingen die zijn beïnvloed door een bias achteraf kunnen worden beoordeeld als ‘fout’. De individuele gevallen waarin achteraf gezien fouten zijn gemaakt als gevolg van vooringenomenheden zijn daarom tastbaar en spreken tot de verbeelding. Ruis daarentegen is in een individueel geval niet aan te wijzen en blijft daarmee wat abstract en ongrijpbaar. Bij ruis is ook niet per se altijd sprake van een foute beslissing en in individuele gevallen gaat er ook niet altijd iets mis. De normadressaat vult ‘gewoon’ naar eer en geweten de ruimte in die hem gegeven is en de vraag of een andere beoordelaar tot een ander oordeel was gekomen zal altijd in het ongewisse blijven. Ruis is daardoor grotendeels onzichtbaar.

⁹² Haidt 2012.

Deze onzichtbaarheid maakt dat ruis vaak onbesproken blijft in het debat, en daardoor niet wordt gewerkt aan manieren om ruis te beperken. Wij hopen dat dit preadvies over het risico van ruis bij zal dragen aan de benodigde bewustwording en adviseren de wetgever en wetgevingsjuristen zich middels trainingen en cursussen zich te verwittigen van de noodzakelijke gedragswetenschappelijke kennis.

5.2. Meten van het bestaan en de mate van ruis

Zoals gezegd is ruis moeilijk zichtbaar en in de praktijk zal nooit helemaal duidelijk worden hoe een andere beoordelaar op basis van dezelfde feiten geoordeeld zou hebben. Dat betekent echter niet dat ruis onmogelijk is om te meten, zoals wij eerder hebben laten zien met de door ons uitgevoerde ruismeting besproken in paragraaf 4. Middels zo'n ruismeting zou de wetgever bestaande of beoogde normen kunnen toetsen op de mate van ruis. Het centrale idee van een ruis meting is dat je een representatieve groep normadressaten een identieke casus voorhoudt en hen vraagt hun oordeel hierover te geven via een vragenlijst.⁹³ Blijkt uit de ruismeting dat er inderdaad sprake is van aanzienlijke ruis bij de invulling van een open norm of dat normadressaten de norm invullen op een manier die door de wetgever niet is voorzien en/of onwenselijk wordt geacht, dan biedt dit een aanknopingspunt om de betreffende norm nader te concretiseren. Wij raden dan ook aan om tijdens het wetgevingsproces, waarbij de (ambtelijk) voorbereidingsfase het meest voor de hand liggende moment zou zijn, ruismetingen uit te voeren alvorens een nieuwe norm te introduceren en tevens om ruismetingen uit te voeren bij reeds bestaande open normen waarvan vermoed wordt dat ruis zich voordoet.

5.3. Normaliseren van 'decision hygiene'

Een middel om ruis te reduceren kan zijn om meer aandacht te besteden aan de besluitvorming zelf. Onafhankelijk van hoe open een norm is en hoeveel ruis de betreffende norm oplevert verdient het aanbeveling om beslissingen te nemen met inachtneming van zogeheten *decision hygiene*. Dit fenomeen ziet op het nemen van beslissingen aan de hand van bepaalde regels en protocollen. Hierbij kan gedacht worden aan het aanwijzen van een 'advocaat van de duivel', het aflopen van een 'bias checklist', het anonimiseren en filteren van (proces)stukken, en het samenvoegen van individuele oordelen om zodoende gebruik te maken van de 'wisdom of the crowd'. Dit zijn slechts enkele voorbeelden en welke techniek het meest zinvol is moet

⁹³ Het verdient aanbeveling om een dergelijke ruismeting uit te voeren met ondersteuning van iemand die ervaring hiermee heeft om zodoende de bruikbaarheid van de resultaten te waarborgen. In het al vaker aangehaalde boek 'Noise' van Kahneman c.s. wordt beschreven hoe een ruis meting (noise audit) het beste aangepakt kan worden.

beoordeeld worden aan de hand van de omstandigheden van het geval, zoals wie de normadressaat is en of een besluit door een individu of groep genomen wordt. Decision hygiene is des te belangrijker in situaties waarin een groep tezamen een beslissing maakt, nu besluitvorming in groepen het probleem van ruis kan versterken.⁹⁴ Om ruis te verminderen kan het dus nuttig zijn om naast het nader invullen van de normen, ook te bekijken of de ruis verminderd kan worden door het implementeren van decision hygiene maatregelen onder de beoordelaars. Of een beslissing goed of slecht is zou minder beoordeeld moeten worden aan de hand van de uitkomst van de beslissing en meer op basis van de procedure die gevolgd is. Goede beslissingen nemen kun je in die zin leren en zonder enige kennis of training op dit gebied is de kans gering dat beslissingen op een verantwoorde manier genomen worden, met bias en ruis als gevolg.

De vraag kan worden opgeworpen in hoeverre de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) gezien kunnen worden als vorm van decision hygiene en zodoende al voldoende als waarborg dienen voor gedegen besluitvorming. Zo schrijft art. 3:2 Awb voor dat alle relevante feiten en belangen in kaart moeten worden gebracht zodat geen eenzijdig beeld ontstaat (zorgvuldigheidsbeginsel) en schrijft art. 2:4 Awb voor dat een bestuursorgaan zijn taak moet uitvoeren zonder vooringenomenheid en ervoor moet waken dat persoonlijke belangen de besluitvorming beïnvloeden (fair-play-beginsel). Ook kan gedacht worden aan het motiveringsbeginsel zoals voortvloeit uit art. 3:47 Awb, wat ziet op het deugdelijk motiveren van overheidsbesluiten. Onder de aanname dat de abbb in de praktijk actief worden nageleefd zou daarom vermoed kunnen worden dat er reeds voldoende waarborgen zijn voor behoorlijke besluitvorming.

Het is echter niet direct evident dat de abbb de mate van ruis reduceren. Zo is het zeer de vraag *hoe* beslissers ervoor kunnen zorgen dat zij zonder vooringenomenheid beslissen en persoonlijke belangen niet (onbewust) laten meewegen. En ook al lukt het om de relevante feiten en belangen volledig in kaart brengen, dan moeten deze alsnog worden gewogen, waardoor er ruimte ontstaat voor ruis. Wat betreft het motiveringsbeginsel is het maar zeer de vraag in hoeverre een plicht tot deugdelijk motiveren ruis kan reduceren. In paragraaf 3 hebben we gezien dat bij rechterlijke oordeelsvorming significante ruis bestaat, ondanks de rechterlijke motiveringsplicht. Ook de ruismeting onder curatoren zoals besproken in paragraaf 4 laat liet zijn dat alle curatoren prima in staat waren hun oordeel te motiveren, maar de mate van ruis was er niet minder om. Normadressaten zullen, nadat zij een open norm hebben ingevuld, hun

⁹⁴ Sunstein 1999.

oordeel deugdelijk kunnen motiveren, maar dit sluit niet uit dat er geen ander oordeel mogelijk was die ook deugdelijk te motiveren was. De mate van ruis is tot zekere hoogte begrenst tot de bandbreedte waarbinnen beslissingen nog te verantwoorden c.q. te motiveren zijn. Hoe concreter, geslotener de norm, hoe kleiner die bandbreedte wordt en dus hoe minder ruis. Maar 'slechts' de plicht om tot een sluitende motivering te komen biedt vermoedelijk weinig soelaas voor wat betreft het reduceren van ruis.

De abbb bieden onzes inziens dan ook te weinig handvatten om ruis te reduceren. Decision hygiene protocollen kunnen wel dienend zijn aan het conformeren aan de abbb, nu dergelijke protocollen wel concrete handvatten bieden.

5.4. Tussenconclusie

Ondanks dat ruis een onvermijdelijk gevolg is van menselijke besluitvorming op het moment dat er een beroep moet worden gedaan op het eigen oordeelsvermogen, is het toch aan te raden dat de wetgever probeert ruis zo veel mogelijk te beperken op het moment dat een norm in meer of mindere mate open is geformuleerd. Als eerste stap is het dan belangrijk om het bewustzijn van het fenomeen ruis en de onderliggende onbewuste processen in menselijke oordeelsvorming te bevorderen via trainingen en cursussen. Ten tweede zou de wetgever ruis metingen moeten uitvoeren om zodoende in kaart te brengen hoe groot het probleem van ruis is bij een bepaalde (beoogde) open norm. Tot slot adviseren wij de wetgever om te stimuleren dat normadressaten gebruik maken van decision hygiene strategieën om zodoende besluitvormingsprocessen te optimaliseren en daarmee het risico op bias en ruis te verminderen. Alvorens dit preadvies af te sluiten staan wij in de volgende paragraaf nog stil bij de afweging die de wetgever moet maken tussen de voor- en nadelen van open normen en hoe onderzoek uit de morele psychologie suggereert dat er een risico is dat het nadeel van ruis en dus rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid onvoldoende gewicht krijgt in die afweging door de relatieve onzichtbaarheid en ongrijpbaarheid van ruis.

6. Het dilemma omtrent rechtvaardigheid bij open normen

Het is onwaarschijnlijk dat er een 'one size fits all' oplossing mogelijk is voor het fenomeen ruis bij open normen. Steeds zal een afweging moeten worden gemaakt tussen de voor- en nadelen van een open norm. Het is denkbaar dat in sommige gevallen de voordelen van een open norm zwaarwegend genoeg zijn om significante ruis en daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid op de koop toe te nemen. In andere gevallen zullen de

gevolgen van ruis echter van dusdanige aard zijn dat het wenselijk kan zijn om meer sturing en duiding te geven aan de normadressaten, of zelfs de norm volledig in te vullen. Het nadeel van een open norm is dus (onder meer) aanzienlijke rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid en het nadeel van een gesloten norm is de onmogelijkheid om te kunnen differentiëren en dus maatwerk te leveren.

De afweging tussen openheid van een norm en geslotenheid van een norm kan dus neerkomen op een afweging tussen twee 'kwaden'. Enerzijds stelt een open norm de normadressaat in staat maatwerk te leveren en dus tot een zo rechtvaardig mogelijk besluit te komen in een specifiek geval, met het risico op aanzienlijke mate van ruis en rechtsonzekerheid in het grotere systeem als nadelig neveneffect. Anderzijds zorgt een gesloten norm voor een systeem met weinig ruis en veel rechtszekerheid, met als nadelig neveneffect dat het gebrek aan differentiatiemogelijkheden kan leiden tot een onrechtvaardige uitkomst in een concreet geval. Zoals reeds benoemd, is een onrechtvaardige uitkomst in een concreet geval wanneer een beslissing is beïnvloed door bijvoorbeeld een bias meer zichtbaar en tastbaar dan onrechtvaardigheid voortkomend uit rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid in een systeem ontstaan door ruis. Een onrechtvaardige uitkomst in een concrete casus zal daarom ook meer verontwaardiging oproepen en daarmee een motivatie vormen om die onrechtvaardigheid in de toekomst te voorkomen. Een risico is dan ook dat de afweging tussen de genoemde kwaden niet zuiver wordt gemaakt omdat onrechtvaardigheid in een concreet geval onevenredig veel gewicht krijgt. Dat dit een reëel risico is blijkt uit onderzoek binnen de morele psychologie waarin is aangetoond dat emoties en (morele) verontwaardiging een belangenafweging zoals die omtrent open normen kunnen beïnvloeden.

Om de parallel tussen onderzoek in de morele psychologie en de afwegingen bij open normen te verduidelijken bespreken we kort het zogeheten trolleyprobleem.⁹⁵ Het trolleyprobleem wordt gebruikt om een bekend ethisch vraagstuk te onderzoeken waarin de vraag centraal staat wanneer het te rechtvaardigheden is om de vrijheden van individuen in te perken om daarmee het belang van de maatschappij in bredere zin te dienen. Het trolleyprobleem gaat als volgt. Een op hol geslagen tram (trolley) stevent af op een groep van vijf mensen die aan het spoor aan het werk zijn en die alle vijf komen te overlijden als er niet wordt ingegrepen. Er kan een schakelaar omgezet worden waardoor de tram wisselt naar een ander spoor waarop slechts een enkel persoon staat. De vraag is of het ethisch verantwoord zou zijn de schakelaar om te zetten om daarmee vijf mensen te redden, ten koste van een ander

⁹⁵ Voor een introductie, zie bijvoorbeeld Greene 2016, p. 173-189.

persoon. Over het algemeen beantwoordt men deze vraag bevestigend en neemt daarmee een utilitaristisch standpunt in, wat wil zeggen dat de beste uitkomst voor een zo groot mogelijke groep wordt gekozen.

De antwoorden op het trolleyprobleem kunnen echter volledig draaien op het moment dat de utilitaristische keuze meer morele verontwaardiging en weerstand oproept, bijvoorbeeld wanneer bepaalde elementen van het trolleyprobleem worden veranderd. Een bekende variant van het trolleyprobleem waarin dit het geval is betreft het voetbrugdilemma, waarin wederom een op hol geslagen tram vijf mensen zal doden als er niet wordt ingegrepen. In deze variant kan er echter geen schakelaar worden omgezet, maar moet een groot en zwaar persoon van een voetbrug afgeduwd worden zodat deze op de rails terechtkomt en zodoende de tram stopt. In abstractie is deze variant identiek aan de originele versie en is de vraag wederom of het ethisch verantwoord is om één persoon op te offeren om er vijf te kunnen redden. Echter, in tegenstelling tot bij de originele versie is men in deze voetbrug-variant een stuk minder bereid om de opoffering als ethisch verantwoord te beschouwen.

De meest dominante theorie om deze discrepantie in oordelen te verklaren stelt dat mensen anders oordelen afhankelijk van de mate waarin het dilemma emoties oproept.⁹⁶ Als het dilemma wordt gepresenteerd op een wijze die weinig emoties of morele verontwaardiging oproept, zoals in de originele variant waarin er ‘slechts’ een schakelaar hoeft worden omgezet om de utilitaristische keuze te maken, kiest men er over het algemeen voor om de benodigde handeling te verrichten, om zo vijf mensen te redden ten koste van een enkel persoon. Echter, als de variant van het dilemma wel veel emoties en weerstand oproept, zoals in de variant waarbij iemand voor een trein moet worden geduwd om de utilitaristische keuze te maken, heeft men veel meer moeite met het rechtvaardigen van de utilitaristische keuze. Kortom, negatieve emoties die vrijkomen zorgen ervoor dat we niet meer goed in staat blijken om de meer utilitaristische keuze te maken, die we wel zouden maken als een dilemma in meer emotioneel-neutrale, abstracte vorm aan ons wordt gepresenteerd.⁹⁷

Terug naar open normen. Met het ethische dilemma uit dit trolleyprobleem is een interessante parallel te trekken met het dilemma over de keuze tussen open normen of meer gesloten normen. In het trolleyprobleem gaat het om iemand opofferen om een grotere groep te kunnen redden. Bij het vraagstuk over het voorkomen van ruis in open normen gaat het om het

⁹⁶ Greene e.a. 2001, p. 2105-2108.

⁹⁷ Voor meer studies die aantonen dat concrete, emotie oproepende informatie besluitvorming beïnvloed op oneigenlijke wijze, zie bijvoorbeeld Struchiner, De Almeida & Hannikainen 2020; zie tevens Greene 2007, p. 322-323; en verder Paxton, Ungar & Greene 2012. Voor onderzoek naar het idee dat ratio en emotie interacteren bij het vormen van morele oordelen, zie Helion & Pizarro 2015, p. 109-125.

accepteren van onrechtvaardigheid in een concreet geval ten behoeve van het (beter) functioneren van het grotere systeem (i.e., middels een hoge mate van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid). Dat betekent dat bij een systeem waarin ruis zoveel mogelijk wordt beperkt, door bijvoorbeeld meer gesloten normen te gebruiken, in concrete gevallen onrechtvaardige situaties kunnen ontstaan omdat de normadressaat geen (of minder) mogelijkheden heeft om de normen naar eigen inzicht in te vullen. Gezien de belangrijke rol die emoties kunnen spelen in deze afwegingen is het denkbaar dat de onrechtvaardige uitkomsten in gevallen waar normadressaten niet de ruimte hebben om af te wijken van een gesloten norm dusdanig veel verontwaardiging oproepen dat de aandacht vooral uitgaat naar dergelijke relatief uitzonderlijke gevallen en dat aan de onrechtvaardigheid die bestaat als gevolg van een systeem met beperkte rechtszekerheid en rechtsgelijkheid onvoldoende gewicht wordt gegeven. Onrechtvaardigheid in een concreet geval is saillant, tastbaar en begrijpelijk. Onrechtvaardigheid voortkomend uit een inefficiënt systeem met een hoge mate van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid daarentegen is abstract, grotendeels onzichtbaar, en vooral een statistisch gegeven. Zoals gezegd is het risico dan ook dat bij de afweging door de wetgever omtrent het open of gesloten formuleren van een norm te weinig gewicht wordt gegeven aan ruis, rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid, en algehele inefficiënties in het systeem. Onze aanbeveling zou daarom zijn dat de wetgever zich niet alleen moet laten leiden door schrijnende onrechtvaardige uitkomsten door gesloten normen en oog moet hebben voor de onzichtbare vijand genaamd ‘ruis’.

7. Afsluitend

In dit preadvies hebben wij de lezer geïntroduceerd in het fenomeen ‘ruis’, specifiek als een risico bij het hanteren van open normen. Het probleem van ruis is niet nieuw, ook in de juridische literatuur wordt het risico van ruis, weliswaar vaak willekeurig genoemd, regelmatig besproken. Wij menen echter dat de *mate* van ruis en de hieruit voortkomende rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid door juristen schromelijk wordt onderschat. Om dit argument kracht bij te zetten, en om aan te sluiten bij het thema van de jaarvergadering – empirisch onderbouwde wetgeving –, hebben wij aan de hand van empirisch onderzoek uit vooral de gedragswetenschappen voorbeelden gegeven van de verschillende vormen van ruis in juridische besluitvorming. Vervolgens hebben we laten zien hoe ruis kan worden gemeten, door verslag te doen van eigen onderzoek onder faillissementscuratoren. Uit deze ruismeting blijkt dat wanneer de wetgever weinig richting meegeeft, in deze specifieke context ten aanzien van het meewegen van maatschappelijke belangen bij de afwikkeling van faillissementen, de

interpretatie en toepassing van de norm vrij letterlijk alle kanten op kan gaan. Deze ruismeting laat tevens zien dat het probleem van ruis niet alleen speelt bij rechters, maar dat ook andere normadressaten met een zekere mate van beleidsvrijheid (zoals bestuursorganen) vatbaar zijn voor ruis.

Het oplossen van het probleem van ruis is makkelijker gezegd dan gedaan. Het streven zou onzes inziens daarom niet moeten zijn om ruis volledig te verhelpen, omdat dit vrijwel onmogelijk is gezien het feit dat beslissingen nemen mensenwerk is en (voorlopig) zal blijven. Dat betekent overigens niet dat de wetgever geen maatregelen kan nemen om ruis te beperken. Wij hebben in dit preadvies enkele adviezen gedaan om ruis te reduceren. Het begint met het doen toenemen van het bewustzijn van het probleem, waar dit preadvies hopelijk aan zal bijdragen. Zonder bewustzijn en erkenning van het probleem van ruis zal de motivatie en urgentie om ermee aan de slag te gaan nihil zijn. Bewustwording van het probleem van ruis kan bewerkstelligd worden door het stimuleren van cursussen en trainingen op het gebied van de gedragswetenschappen. Naast dit eerste advies ten aanzien van bewustwording en educatie adviseren wij ten tweede dat de wetgever gebruik zou moeten maken van ruismetingen om zodoende de mate van ruis bij een (beoogde) open normen in kaart te brengen en op die manier meer geïnformeerd een besluit te kunnen nemen omtrent de gewenste mate van openheid van de norm. Nu zelfs bij relatief gesloten normen sprake zal zijn van ruis, adviseren wij tot slot om het gebruik van *decision hygiene* bij normadressaten te introduceren en te normaliseren om zodoende ruis (verder) te reduceren. Beslissingen maken, zeker in een groep, gaat gepaard met risico op allerlei soorten bias, wat uiteindelijk (mede) leidt tot ruis. Ondanks dat mensen dusdanig veel beslissingen maken door de jaren heen dat wij graag geloven hier expert in te zijn, is het toch aan te bevelen om decision hygiene strategieën toe te passen om zodoende de kans op bias en ruis te verminderen.

Al met al hopen wij dat de lezer van dit preadvies van mening is (geworden) dat rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid als gevolg van ruis bij open normen een onderschat probleem is en meer aandacht en gewicht verdient bij de totstandkoming en evaluatie van wetgeving.

Literatuurlijst

Abrams, Bertrand en Mullainathan 2012

D.S. Abrams, M. Bertrand & S. Mullainathan, 'Do judges vary in their treatment of race?', *The Journal of Legal Studies* 2012, volume 41, nr. 2, p. 347-383.

Adriaanse, Strohmaier, Pool & Broekema 2023

J.A.A. Adriaanse e.a., 'De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief: een empirisch onderzoek naar 'ruis' bij belangenafwegingen in faillissementen', in: E.J. van Opendijk e.a., *De Taak van de Curator. INSOLAD Jaarboek 2023*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 3 e.v.

Arora 2018

A. Arora, 'Too tough on crime? The impact of prosecutor politics on incarceration', *American Economic Association*, 2008.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid: Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Kluwer 1992.

Bartolomeo, Clancy & Richardson 1981

J. Bartolomeo, K. Clancy & D. Richardson, *Sentence decision making: The logic of sentence decisions and the extent and sources of sentence disparity*, Department of Justice 1981.

Boeve & Groothuijse 2022

M. Boeve & F. Groothuijse, 'Kroniek van het omgevingsrecht', *Nederlands Juristenblad* 2022/2369, afl. 33, p. 2763-2775.

Boeve & Groothuijse 2023

M. Boeve & F. Groothuijse, *Regelcomplexiteit in de ruimtelijke verordening: Een verkenning aan de hand van twee casestudy's*, Raad van State 2023, p. 7-90.

Boyd 2013, p. 193-219

C.L. Boyd, 'She'll settle it?', *Journal of Law and Courts* 2013, volume 1, nr. 2, p. 193-219.

Boyd 2016, p. 788-799

C.L. Boyd, 'Representation on the courts? The effects of trial judges' sex and race', *Political Research Quarterly* 2016, volume 69, nr. 4, p. 788-799.

Chen & Loecher 2022

D. L. Chen & M. Loecher, *Mood and the Malleability of Moral Reasoning: The Impact of Irrelevant Factors on Judicial Decisions*, 2022.

Chen & Philippe 2023

D.L. Chen & A. Philippe, 'Clash of norms judicial leniency on defendant birthdays', *Journal of Economic Behavior & Organization* 2023, volume 211, p. 324-344.

Cohen & Yang 2019

A. Cohen & C.S. Yang, 'Judicial politics and sentencing decisions', *American Economic Journal: Economic Policy* 2019, volume 11, nr. 1, p. 160-191.

Danziger, Levav & Avnaim-Pesso 2011

S. Danziger, J. Levav & L. Avnaim-Pesso, 'Reply to Weinshall-Margel and Shapard: Extraneous factors in judicial decisions persist', *Proceedings of the National Academy of Sciences* 2011, volume 108, nr. 42.

Depew, Eren & Mocan 2017

B. Depew, O. Eren & N. Mocan, 'Judges, juveniles, and in-group bias', *The Journal of Law and Economics* 2017, volume 60, nr. 2, p. 209-239.

Doornebal 2008

J. Doornebal, 'Goed koopmansgebruik als open norm', *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen* 2008/33, afl. 7.

Drion 2017

C.E. Drion, 'Open normen en het belang van de waarom-vraag', *Nederlands Juristenblad* 2017/1979.

Epstein & Knight 2013

L. Epstein & J. Knight (2013), 'Reconsidering judicial preferences', *Annual Review of Political Science* 2013, volume 16, p. 11-31.

Eren & Mocan 2018

O. Eren & N. Mocan, 'Emotional judges and unlucky juveniles', *American Economic Journal: Applied Economics* 2018, volume 10, nr. 3, p. 171-205.

Feigenson & Park 2006

N. Feigenson & J. Park, 'Emotions and attributions of legal responsibility and blame: A research review', *Law and Human Behavior*, volume 30, p. 143-161.

Fox & Van Sickle 2000

R. Fox & R. van Sickle, 'Gender dynamics and judicial behavior in trial courts: an exploratory study', *Justice System Journal* 2000, volume 21, nr. 3, p. 261-280.

Glöckner 2016

A. Glöckner, 'The irrational hungry judge effect revisited: Simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated', *Judgment and Decision making* 2016, volume 11, nr. 6, p. 601-610.

Greene e.a. 2001

J.D. Greene e.a., 'An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment', *Science* 2001, volume 293, nr. 5537, p. 2105-2108.

Greene 2007

J.D. Greene, 'Why are VMPFC patients more utilitarian? A dual-process theory of moral judgment explains', *Trends in cognitive sciences* 2007, volume 11, nr. 8, p. 322-323.

Greene 2016

J.D. Greene, 'Solving the trolley problem', in: *A companion to experimental philosophy*, Wiley 2016, p. 173-189.

Haidt 2012

J. Haidt, 'Moral psychology and the law: How intuitions drive reasoning, judgment, and the search for evidence', *Alabama Law Review*, volume 64, nr. 867.

Hartkamp 1981

A.S. Hartkamp, 'Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1981, p. 213.

Hartlief 2002

T. Hartlief, 'Open normen in het schadevergoedingsrecht: de artikelen 6:98, 99 en 101 BW', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2002.

Helion & Pizarro 2015

C. Helion & D.A. Pizarro, 'Beyond dual-processes: the interplay of reason and emotion in moral judgment', *Handbook of neuroethics* 2015, p. 109-125.

Hesselink 1993

M. Hesselink, 'Stelsel scherpe normen geeft schijnrechtszekerheid: Over falsificatie van rechtsregels door burgerlijke rechters', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1993/6109.

Heyes & Saberian 2019

A. Heyes & S. Saberian, 'Temperature and decisions: evidence from 207,000 court cases', *American Economic Journal: Applied Economics* 2019, volume 11, nr. 2, p. 238-265.

Heyes & Saberian 2022

A. Heyes & S. Saberian, 'Correction to "Temperature and Decisions: Evidence from 207,000 Court Cases" and Reply to Spamann', *American Economic Journal: Applied Economics*, volume 14, nr. 4, p. 529-533.

Hoekstra 2023

C. Hoekstra, 'Maatschappelijke normvorming en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: een gezichtspuntencatalogus', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2023/7419, p. 539-552.

Holste & Spamann 2023

L. Holste & H. Spamann, 'Experimental investigations of judicial decision-making', *The Cambridge Handbook of Experimental Jurisprudence* (komt in 2023 uit).

Huisman & Jak 2022

P. Huisman & N. Jak, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2022/6, p. 183-194

Ippel 2023

M. Ippel e.a., *Zorgplichten in het bestuursrecht, preadviezen VAR*, Den Haag: BJu 2023.

Kahneman e.a. 2016

D. Kahneman e.a., *Noise: How to Overcome the High, Hidden Cost of Inconsistent Decision Making*, Harvard Business Review 2016.

Kahneman, Sibony & Sunstein 2021

D. Kahneman, O. Sibony & C.R. Sunstein, *Noise. A Flaw in Human Judgment*, London: William Collins 2021.

Kunda 1990

Z. Kunda, 'The case for motivated reasoning', *Psychological Bulletin* 1990, volume 108, nr. 3, p. 480–498.

Manning, Carroll & Carp 2004

K.L. Manning, B.A. Carroll & R.A. Carp, 'Does age matter? Judicial decision making in age discrimination cases', *Social Science Quarterly* 2004, volume 85, nr. 1, p. 1–18.

Mehmood, Seror & Chen 2023

S. Mehmood, A. Seror & D.L. Chen, 'Ramadan fasting increases leniency in judges from Pakistan and India', *Natural Human Behaviour* 2023, volume 7, p. 874–880.

Memelink 2009

P. Memelink, *De Verkeersopvatting* (diss. Universiteit Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2009.

Merckelbach 2016

H. Merckelbach, 'Deskundigen in het traject naar herziening', *Nederlands Juristenblad* 2016/1232, afl. 26, p. 1761-1766.

Nan 2011

J.S. Nan, *Het Lex-Certa Beginsel* (diss. Amsterdam UvA), Sdu Den Haag 2011.

Partridge & Eldridge 1974

A. Partridge & W.B. Eldridge, *The Second Circuit sentencing study: A report to the judges of the Second Circuit*, Federal Judicial Center, 1974.

Paxton, Ungar & Greene 2012

J.M. Paxton, L. Ungar & J.D. Greene, 'Reflection and reasoning in moral judgment', *Cognitive science* 2012, volume 36, nr. 1, p. 163-177.

Pool 2022

J.M.W. Pool, *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden: een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement* (diss. Universiteit Leiden), Boom juridisch 2022.

Pool 2022

J.M.W. Pool, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2022/20.

Pool, Pluut & Vriesendorp 2023

J.M.W. Pool, H. Pluut en R.D. Vriesendorp, 'Wanneer prevaleren maatschappelijke belangen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers? Een experimenteel onderzoek naar belangenafwegingen van curatoren', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2023/X.

Pool 2023

J.M.W. Pool, 'Rethinking the Goal of Bankruptcy Proceedings', *Erasmus Law Review* 2023/2.

Pool, Pluut & Vriesendorp 2023

J.M.W. Pool, H. Pluut & R.D. Vriesendorp, 'De curator: een octopus, een politieagent of toch een super(wo)man?' Verslag van het INSOLAD Lustrumcongres over de taak van de curator, in: E.J. van Oppendijk e.a., *De Taak van de Curator. INSOLAD Jaarboek 2023*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 463 e.v.

Raman, Vera & Manna 2022

V. Raman, C. Vera & C.J. Manna, 'Bias, Consistency, and Partisanship in US Asylum Cases: A Machine Learning Analysis of Extraneous Factors in Immigration Court Decisions'. *Equity and Access in Algorithms, Mechanisms, and Optimization* 2022, nr. 4, p. 1-14.

Ramji-Nogales, Schoenholtz & Schrag 2007

J. Ramji-Nogales, A.I. Schoenholtz & P.G. Schrag, 'Refugee roulette: Disparities in asylum adjudication', *Stanley Law Review* 2007, volume 60, nr. 295.

De Ranitz 1996

S.H. de Ranitz, 'Crediteurenbelang versus "andere belangen"', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus* (Serie Onderneming en Recht deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Rood 1981

G. Rood, 'Over vage normen in het sociaal recht', in *Gratia Commercii*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1981.

Ross & Ward 1996

L. Ross & A. Ward, 'Naive realism in everyday life: Implications for social conflict and misunderstanding', in: T. Brown, E. S. Reed & E. Turiel (eds.), *Values and Knowledge*, Hillsdale, NJ: Erlbaum, p. 103-135.

Rustenburg 2020

P. Rustenburg, *Een algemene normtheorie toegepast op open normen in het belastingrecht* (diss. Universiteit Leiden), Leiden 2020.

Schanzenbach & Tiller 2008

M.M. Schanzenbach & E.H. Tiller, Reviewing the sentencing guidelines: Judicial politics, empirical evidence, and reform. *The University of Chicago Law Review* 2008, 75(2), p. 715-760.

Scholten Ondernemingsrecht 2022

C.J. Scholten, '(On)behoorlijk bestuur volgens Kant', *Ondernemingsrecht* 2022/4.

Shamena & Patrick 2015

A. Shamena & B. Patrick, 'Politics in the Courtroom: Political Ideology and Jury Decision Making', *Journal of the European Economic Association* 2015.

Siminski & Evans 2021

P. Siminski & S. Evans, 'The Effect of Outside Temperatures on Criminal Court Sentencing Decisions', *Series of Unsurprising Results in Economics* 2021.

Spamann & Klöhn 2016

H. Spamann & L. Klöhn, 'Justice is less blind, and less legalistic, than we thought: Evidence from an experiment with real judges', *The Journal of Legal Studies* 2016, volume 45, nr. 2, p. 255-280.

Spamann 2022

H. Spamann, 'Comment on "Temperature and Decisions: Evidence from 207,000 Court Cases"', *American Economic Journal: Applied Economics* 2022, volume 14, nr. 4, p. 519-528.

Stevens 2007

L.G.M. Stevens, 'Durf te vertrouwen op open normen', *Weekblad Fiscaal Recht* 2007/1090.

Strijder & Van den Oord 2022

J.J. Strijder & I.M. van den Oord, 'Ruslandsancties: over uitleg, vage normen en vragen bij de handhaafbaarheid ervan in de Nederlandse rechtstaat', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2022/6.

Strohmaier & De Jong 2023

N. Strohmaier & S. de Jong, 'Moral Character Judgments and Motivated Cognition in Legal Reasoning', *Legal Reasoning and Cognitive Science: Topics and Perspectives* 2023, p. 1-22.

Struchiner & De Almeida & Hannikainen 2020

N. Struchiner, G.D.F. De Almeida & I.R. Hannikainen, 'Legal decision-making and the abstract/concrete paradox', *Cognition* 2020, volume 205.

Sunstein 1999

C.R. Sunstein, 'The law of group polarization', *John M. Olin Law & Economics Working Paper* 1999, nr. 91.

Timmerman 2023

V. Timmerman, 'Artikel 2:8 BW, zorgplichten en de rol van de rechter', *Ondernemingsrecht* 2023/48, afl. 7.

Tollenaar 2008

A. Tollenaar, *Gemeentelijk beleid en beleidsregels. De toegevoegde waarde van beleidsregels voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Boom juridisch 2008.

Valbé & Ramírez-Folch 2023

J.J. Vallbé & C. Ramírez-Folch, 'The effect of judges' gender on decisions regarding intimate-partner violence', *Journal of Empirical Legal Studies* 2023.

Van Aardenne 2014

H. van Aardenne, 'Problemen bij de strafrechtelijke handhaving van open normen in de Sanctiewet', *Tijdschrift Onderneming en Strafrecht in de Praktijk* 2014/2, p. 10-15.

Van Eekelen-Atema 2021

M. van Eekelen-Atema, 'De faillissementscurator en maatschappelijke belangen', in: L. Enneking e.a. (red), *Publiek privaatrecht. Over publieke doelen en belangen in privaatrechtelijke verhoudingen*, Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Van Hees 2023

T. Van Hees, 'De taak van de curator en maatschappelijke belangen', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2023/25.

Van Hees & Van Eekelen-Atema 2023

A. Van Hees & M. van Eekelen-Atema, 'Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?', in: E.J. van Opendijk e.a., *De Taak van de Curator. INSOLAD Jaarboek 2023*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Van Klink 1998

B.M.J. van Klink, *De wet als symbool: Over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid* (diss. Tilburg University), W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Van Koppen & Kate 1984

P.J. Van Koppen & J.T. Kate. 'Individual differences in judicial behavior: Personal characteristics and private law decision-making', *Law and Society Review* 1984, p. 225-247.

Van Lint 2012

A.J. van Lint, 'Wie betaalt de rekening van open normen?', *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht* 2012/151.

Van Lochem 2019

J.P. van Lochem, *Open normen in het huurrecht. Ruimte versus rechtszekerheid* (diss. Universiteit Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Van Ommeren 2012

F.J. van Ommeren, 'Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, par. 5.4., p. 176 e.v.

Van der Velde 2022

J. Van der Velde, 'Open normen in ruimtelijke regels. Is het omgevingsplan een nieuwe fase in een neverending story?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2022/1.

Van Zanten 2012

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer, Kluwer 2012.

Vriesendorp 1995

R.D. Vriesendorp, 'De taak van de curator', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1995/5, p. 117 e.v.

Weinshall-Margel & Shapard 2011

K. Weinshall-Margel & J. Shapard, 'Overlooked factors in the analysis of parole decisions', *Proceedings of the National Academy of Sciences* 2011, volume 108, nr. 42.

Wiarda 1998

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Witteveen 2007

W.J. Witteveen, 'Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever', in: *Alternatieve regelgeving. Preadvies Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Deventer: Kluwer 2007.