



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Morele biases bij de beoordeling van gevaarzetting

Strohmaier, N.; Veldt, G.M.; Velema, L.

Citation

Strohmaier, N., Veldt, G. M., & Velema, L. (2024). Morele biases bij de beoordeling van gevaarzetting. *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2024(8), 207-222. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4196498>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4196498>

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

Morele *biases* bij de beoordeling van gevaarzetting

NTBR 2024/25

Onbewuste beïnvloeding van juridische oordeelsvorming is een delicaat maar belangrijk onderwerp, dat gelukkig in toenemende mate aandacht krijgt, zo ook in dit artikel. Hier staat de vraag centraal in hoeverre percepties van rechters over het zogeheten morele karakter van gedaagden kunnen leiden tot vooringenomenheid (*bias*) bij de toetsing aan de maatschappelijke betamelijkheid en de weging van de gezichtspunten bij het beoordelen van een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige gevaarzetting. Deze vraag is onderzocht middels een vignettestudie onder 320 leken, 281 rechtenstudenten en 324 advocaten. Uit dit onderzoek bleek dat het handelen van de gedaagde in de voorgeschotelde casus eerder als onrechtmatig werd bestempeld wanneer deze persoon werd afgeschilderd als een moreel slecht persoon ten opzichte van een moreel goed persoon, ook al was deze informatie juridisch gezien volstrekt irrelevant. Verder bleek dat juridische expertise geen soelaas bood tegen deze bias, noch praktijkervaring met gevaarzettingsskwes-ties. Ook het geforceerd aflopen van de *Kelderluik-criteria* alvorens een onrechtmatigheidsoordeel te vellen, bood geen bescherming tegen de ‘karakter-bias’. In dit artikel wordt afsluitend stilgestaan bij de mogelijke implicaties van de bevindingen.

1. Inleiding

Het aansprakelijkheidsrecht kenmerkt zich door open normen, waarvan de maatschappelijke betamelijkheid wel de bekendste is. Open normen bieden flexibiliteit en ruimte voor maatwerk, maar tegelijkertijd een hoge mate van rechtsonzekerheid en mogelijke rechtsongelijkheid, nu een veelvoud aan relevante feiten en omstandigheden daarbinnen kan worden gewogen. Zoals door Sieburgh over de maatschappelijke betamelijkheid wordt opgemerkt:

“De rechter die op grond van het onderhavige criterium een handeling onrechtmatig acht, bepaalt zich dikwijls tot het oordeel dat de aan de gedaagde verweten handeling indruist tegen de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid c.q. in strijd is met het ongeschreven recht, zonder daarbij de toegepaste norm te formuleren. Mits hij nauwkeurig motiveert waarom hij tot dat oordeel komt, kan van de rechter niet worden gevergd dat hij daarbij steeds vooropstelt hoe in abstracto de geschonden regel luidt. Veelal moet hij immers rekening houden met talrijke omstandigheden die bij het nemen van de beslissing van belang zijn. Zoals de jurisprudentie aantoonde, kan een kleine nuance in de feiten soms voldoende zijn voor een andersluidend oordeel.”²

Diverse auteurs wezen er al op dat open normen en het beoordelingskader daarbinnen zowel bij de rechtsvorming als bij de toepassing in lagere rechtspraak ruimte bieden voor enigszins verhullende argumentatie (zie uitvoerig par. 3 hierna). Ook kunnen bij de beoordeling onbewuste psychologische processen een rol spelen, op zo een manier dat juridisch irrelevante factoren automatisch en onbewust betrokken worden in de afweging, wat kan leiden tot vooringenomenheid (zie nader par. 3). Een belangrijke bron van vooringenomenheid, die nog niet eerder in de Nederlandse context van gevaarzetting is onderzocht en onvoldoende aandacht heeft gekregen, richt zich op de verstorende invloed van percepties van het morele karakter van de gedaagde en/of eiser in een procedure.

Onder het morele karakter verstaan wij de psychologische karakterisering van een persoon in termen van goed en slecht. Een moreel oordeel over een persoon en diens karakter dus. Er zijn maar weinig karaktereigenschappen die geen morele lading hebben. Zo worden loyaal, betrouwbaar en sociaal gezien als deugdelijk (moreel goed) en lui, onbetrouwbaar en asociaal juist als ondeugdelijk (moreel slecht). Uiteraard zijn er ook meer contentieuze eigenschappen die zowel als deugd of als kwaad gezien kunnen worden, zoals avontuurlijk, bescheiden, competitief, introvert, jaloers, nieuwsgierig, onafhankelijk, etc. Vermoedelijk merkt u als lezer al op dat u bij elke genoemde eigenschap direct een gevoel krijgt over de deugdelijkheid ervan.

Wij vormen onze perceptie van het morele karakter van een persoon veelal niet op basis van heel concrete of specifieke informatie. We ontvangen immers niet van iedereen bij kennismaking een uitgeschreven persoonlijkheidstest. De perceptie wordt in werkelijkheid gevormd op basis van losse aanwijzingen en indrukken. Op basis van andere feiten en omstandigheden proberen wij een holistisch beeld te vormen van het karakter van de gedaagde en dit beeld of deze perceptie kleurt vervolgens onbedoeld en onbewust

¹ Mr. dr. N. (Niek) Strohmaier is als onderzoeker verbonden aan de afdeling Bedrijfswetenschappen van de faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden en tevens verbonden aan advocatenkantoor RESOR te Amsterdam. Mr. dr. G.M. (Gitta) Veldt is universitair hoofddocent aan de afdeling Civiel recht en het Empirical Legal Studies (ELS) lab van de Universiteit Leiden. L. (Lisette) Velema is student-assistent en als onderzoeker verbonden aan het ELS lab van de Universiteit Leiden. Zij hebben allen in gelijke mate bijgedragen aan dit onderzoek. De auteurs bedanken graag de redactie voor hun waardevolle opmerkingen en suggesties. Ook bedanken de auteurs graag de collega's bij andere universiteiten die het onderzoek onder hun studenten hebben willen uitzetten, de Leidse collega's van de afdeling Privaatrecht die tijd hebben vrijgemaakt voor deelname aan een pilotstudie, het ELS lab, ingesteld uit de sectorgelden rechtsgeleerdheid en het Van Wersch Springplank Fonds van de Universiteit Leiden voor het financieren van de dataverzameling en in het bijzonder collega's Niels Demper, Alex Geert Castermans en Femke Ruitenbeek-Bart voor de tijd en moeite die zij hebben gestoken in het becommentariëren van eerdere versies van het artikel.

² Asser/Sieburgh 6-IV 2023/57.

onze verdere oordelen over die persoon en diens gedrag die niet hoeven te kloppen. Dit proces kan daarom leiden tot morele *biases*. Onderzoek naar eerste indrukken laat inderdaad zien dat mensen bij een ontmoeting in een fractie van een seconde bepalen of iemand een goed of slecht moreel karakter heeft. Deze eerste indruk speelt vervolgens een belangrijke rol in hoe gedragingen van de persoon beoordeeld worden.³ Een persoon waarnemen in uitsluitend beschrijvende termen zonder hierover een moreel oordeel te vellen, is ongebruikelijk, al dan niet onmogelijk. Wij verwachten dan ook dat morele biases een rol kunnen spelen bij de toets aan de vereisten voor onrechtmatige daad.

In dit onderzoek vragen wij ons concreet af of dergelijke karakterinformatie over de laedens c.q. gedaagde juridische privaatrechtelijke oordelen van de rechter over de onrechtmatigheid van gevaarzetting beïnvloedt. Nu denkt u wellicht: is dat bezwaarlijk? Juristen zullen geneigd zijn te zeggen dat de beoordeling van gevaarzetting in essentie juist een moreel oordeel is over het gedrag van de laedens in kwestie, dat het beoordelingskader van aansprakelijkheid voor onrechtmatige gevaarzetting ook subjectieve elementen bevat en dat daarmee de karakterinformatie over die gedaagde zelfs heel relevant kan zijn.⁴ Het mag in ieder geval niet per definitie worden uitgesloten. Hier zijn wij het mee eens. Onzes inziens moet echter duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen *relevante* karakterinformatie en *irrelevante* karakterinformatie, dat wil zeggen: informatie waarvan het rechtens is dat het juridische oordeel erdoor wordt beïnvloed en informatie waarvan dit niet rechtens is. We geven een voorbeeld om dit onderscheid te illustreren in relatie tot de vereisten onrechtmatigheid en toerekenbaarheid bij onrechtmatige gevaarzetting. Zo zal de verklaring: “*Ik heb het kelderluik in het café laten openstaan omdat ik Sjouwerman graag ten val wilde brengen.*” belangrijke informatie geven over het morele karakter van gedaagde die in een *Kelderluik*-geval relevant is voor de beoordeling van zowel het gedrag (het onrechtmatigheidsoordeel) als de toerekening van dat gedrag aan die persoon (opzet).⁵ Karakterinformatie kan echter ook volstrekt irrelevant zijn: wat als we zo'n verklaring over het oogmerk niet hebben, maar uit de processtukken of het gedrag ter zitting het beeld ontstaat dat de persoon die in het café het kelderluik heeft laten openstaan, thuis een zeer egoïstische vader is die zijn kinderen verwaarloost? Zullen een liefdevolle vader en een egoïstische vader, die in een café beiden hetzelfde potentieel gevaarzettende gedrag vertonen,

verschillend worden beoordeeld, zelfs als dit (element van het) karakter niet van belang is voor de beoordeling van hun gedrag in kwestie? Als we aannemen dat juristen, waaronder rechters, mensen zijn, dan zou op basis van de morele psychologie het risico op de loer liggen dat de liefdevolle vader die in een café een kelderluik laat openstaan minder snel tot schadevergoeding wordt veroordeeld dan de zeer egoïstische vader. De onbewuste aanname zou kunnen worden gemaakt dat een egoïstische vader vast ook onzorgvuldig is als hij werkzaamheden verricht in een café (lees: een morele bias). Deze aanname of gevolgtrekking is ongefundeerd; het morele oordeel over het gedrag als vader moet los worden gezien van het juridische oordeel over het gedrag in de werksfeer in relatie tot de gevaarzetting. Voornoemd onderscheid van normering van het gedrag en toerekenbaarheid in relatie tot de gevaarzetting op basis van het karakter tussen beide vaders – liefdevol/egoïstisch – is ongerechtvaardigd. Uiteraard kan er discussie bestaan over wanneer karakterinformatie vanuit dogmatisch oogpunt relevant of irrelevant is. Wij focussen in dit onderzoek op evident irrelevante informatie (zie het onderzoeksontwerp in par. 5 en de nuancering in de discussie in par. 7).

In dit artikel staat daarom de vraag centraal in hoeverre percepties van de rechter op basis van irrelevante informatie over het morele karakter van gedaagden een rol spelen bij de toetsing aan de maatschappelijke betamelijkheid en de weging van de gezichtspunten bij gevaarzetting.⁶

Het belang van nader onderzoek naar morele biases in het juridische domein is groot, om meerdere redenen. Zo wordt het risico dat irrelevante informatie over het morele karakter van procespartijen invloed heeft op juridische oordeelsvorming versterkt door het gegeven dat het Nederlandse civiele bewijsrecht geen regels kent over *character evidence*. Onze procedure kent geen beperkingen aan de door partijen te stellen feiten en omstandigheden of te fourneren stukken met mogelijke informatie over het morele karakter van de gedaagde, waarvan de rechter in de schriftelijke ronde kennis kan nemen.⁷ Het staat partijen vrij om in de processtukken, in de presentatie van de stellingen, karakterinformatie te verweven of producties toe te voegen met informatie die de beeldvorming over partijen negatief kan beïnvloeden, ook indien die informatie gezien het toepasselijke juridische kader irrelevant is. Juristen ervaren dit over het algemeen niet als bezwaarlijk; er wordt veelal praktisch mee omgegaan (opmerkingen als ‘daar zijn wij niet gevoelig voor’ of ‘daar lezen we wel omheen’).⁸ Ons onderzoek laat zien dat dergelijke irrelevante informatie toch wordt gelezen en onbewust van invloed zou kunnen zijn. Het bestaan van een morele bias als gevolg daarvan is voor

3 G.P. Goodwin, ‘Moral Character in Person Perception’, *Current Directions in Psychological Science* 2015, 24, 1, p. 38; G.P. Goodwin, J. Piazza & P. Rozin, ‘Moral Character Predominates in Person Perception and Evaluation’, *Journal of Personality and Social Psychology* 2014, 106, 1, p. 148 en E.L. Uhlmann, D.A. Pizarro & D. Diermeier, ‘A Person-Centered Approach to Moral Judgment’, *Perspectives on Psychological Science* 2015, 10, p. 1.

4 K.J.O. Jansen, ‘Het subjectieve element van de onrechtmatigheid. Over de structuur van art. 6:162 BW’, *NTBR* 2007/28.

5 Met dank aan de redactie voor het aanreiken van dit treffende voorbeeld. Zonder hier volledig de discussie uit te werken of subjectieve elementen alleen bij de toerekening of ook bij de onrechtmatigheid een rol spelen, lijkt opzet inderdaad een categorie gevallen waarin zowel de onrechtmatigheid als de toerekening door subjectieve elementen kan worden beïnvloed, zie Jansen 2007, par. 2.

6 Wij lichten in par. 5 toe waarom dit onderzoek niet onder rechters is afgenomen.

7 Dit i.t.t. menig *common law* jurisdictie, waar zogeheten *character evidence* bijv. in het strafrecht nadrukkelijk gereguleerd wordt en dus niet zonder toets in een procedure gebracht kan worden, zie bijv. *Federal Rules of Evidence* 404.

8 Dit hebben wij niet empirisch onderzocht, maar volgt uit de vele reacties die wij kregen op dit project.

juristen in zekere zin een blinde vlek. Bovendien hebben wijzigingen in het civiele procesrecht bijgedragen aan een grotere regierol (actieve rol) voor de rechter.⁹ Denk aan de aangepaste regels over de comparitie, thans de mondelinge behandeling (art. 88 Rv), de comparitie na aanbrengen bij de hoven,¹⁰ andere experimenten en initiatieven¹¹ en de ruimere formulering van art. 22 Rv onder het nieuwe bewijsrecht.¹² Het gevolg van deze ontwikkelingen is dat de rechter steeds vaker en in een veel eerder stadium in de procedure actief in contact staat met de daadwerkelijke procespartijen, in diverse hoedanigheden (als bemiddelaar,¹³ procesregisseur, beslisser), met ruimere bevoegdheden en zodoende onvermijdelijk meer meekrijgt van de persoon achter het geschil, diens houding, gedrag en kwaliteiten, maar ook diens onhebbelijkheden (denk aan zijn humeur, algemene opvattingen, schikkingsbereidheid etc.), waaruit onder omstandigheden aannames gemaakt kunnen worden over het morele karakter van partijen die het oordeel ten onrechte kunnen beïnvloeden.¹⁴ Voorts is het zo dat, ondanks de geschetste ontwikkelingen die mogelijk het risico op morele biases vergroten, er nauwelijks onderzoek is gedaan naar de mogelijke invloed van dit type bias op oordeelsvorming in het privaatrechtelijke domein (zie voor een overzicht van ander onderzoek par. 3).

We focussen in dit onderzoek op het gevaarzettingsleerstuk, aangezien het een belangrijk kernleerstuk vormt in

het civiele recht.¹⁵ Sinds 1965 verwijst de Hoge Raad regelmatig naar het *Kelderluik*-arrest¹⁶ en is de toepassing ervan wezenlijk uitgebreid. De gezichtspunten keren niet alleen terug in de context van werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 lid 2 BW,¹⁷ maar ook bij bijvoorbeeld de beoordeling van gebrekkigheid bij opstalaansprakelijkheid.¹⁸ Aldus heeft ons onderzoek een brede betekenis. Overigens verwachten wij dat dezelfde morele bias eenzelfde invloed zal hebben bij andere open normen.

Allereerst zullen wij iets toelichten over de achtergrond en inhoud van het gevaarzettingsleerstuk en subjectieve omstandigheden aan de zijde van de laedens (par. 2). Vervolgens behandelen wij de juridische theorievorming over de ruimte voor subjectiviteit bij de invulling van open normen en gezichtspunten, en de rol van subjectieve factoren op rechterlijke beslissingen (par. 3). Hierna zullen wij uiteenzetten wat de stand van zaken is in het psychologische onderzoek over invloed van *moral character inferences* op de oordeelsvorming (par. 4). Deze kaders vormen de basis voor ons onderzoeksontwerp en de methodologische keuzes (par. 5). Wij sluiten af met het bespreken van de resultaten (par. 6) en de conclusies, de beperkingen en de implicaties ervan (par. 7).

Overigens hebben wij gedurende het onderzoek gemerkt dat dit onderwerp veel losmaakt bij de privaatrechtjurist en soms zelfs een defensieve houding oproept. Voor juristen is de impact van vooroordelen of onbewuste beïnvloeding van oordeelsvorming door biases een delicaat onderwerp. Civilisten worden opgeleid in het analyseren van geschillen aan de hand van een juridisch kader. Zij selecteren alleen de juridisch relevante feiten en oordelen op basis van juridische argumenten. Onpartijdigheid en onafhankelijkheid zijn kernwaarden in de juridische opleiding, alsook in de rechtspraak. Het beeld van de geblinddoekte Vrouwe Justitia staat bij iedere jurist op het netvlies gebrand en wordt als ideaal nagestreefd. Wij als juristen hopen dat de juridische vorming bijdraagt aan een beoordeling van de zaak op basis van de relevante omstandigheden van het geval. Desalniettemin draagt de rechter in de praktijk geen blinddoek en komt er informatie tot hem/haar/hen over de persoon van de laedens (in het civiele recht) die niet altijd relevant hoeft te zijn voor het geschil. Ons onderzoek laat zien dat op basis van karakterinformatie een morele bias kan ontstaan die het oordeel ten onrechte beïnvloedt. Dit artikel is niet bedoeld als kritiek op de beroepsgroep. Wij hopen slechts

9 R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid* (diss. Tilburg), Kluwer: Deventer 2011, p. 59 en Wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en tot intrekking van de verplichting om elektronisch te procederen bij de rechtbank Gelderland en Midden-Nederland en tot verruiming van de mogelijkheden van de mondelinge behandeling in het civiele procesrecht, *Stb.* 2019, 241.

10 Zie voor het hof Den Haag: www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Den-Haag/Regels-procedures-en-klachten/Paginas/Werkwijze-comparitie-na-aanbrengen-gerechtshof-Den-Haag.aspx. Zie voor het hof Den Bosch: www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-s-Hertogenbosch/Regels-procedures-en-klachten/Paginas/mondelinge-behandeling-na-aanbrengen.aspx (laatst geraadpleegd 28 mei 2024).

11 M. Ashmann, *De regierol van de rechter. Naar harmonie tussen effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid* (*Burgerlijk Proces & Praktijk* nr. 26), Deventer: Wolters Kluwer 2024, m.n. nr. 434-451.

12 De ruimere preprocesuele bewijsvergarig is uiteindelijk uit het wetsvoorstel Bewijsrecht geschrapt, zie de Wet vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht (*Stb.* 2024, 62), die per 1 januari 2025 in werking zal treden. Dat laat wel onverlet dat de rechter bij voorlopige bewijsverrichtingen ook al in contact staat met procespartijen.

13 Zie kritisch: M. Ashmann, 'De januskop van de civiele rechter en de verhouding tot de rechter-bemiddelaar. Een wettelijke grondslag is vereist', *NJB* 2024, afl. 13, p. 872-879.

14 Uit iemands schikkingsbereidheid zou onbewust en ten onrechte kunnen worden afgeleid dat hij rigide is, niet flexibel, onvoldoende erkenning geeft aan wat is gebeurd of aan het leed dat bij iemand anders is ontstaan, hetgeen de onbewuste indruk kan voeden dat iemand ook onzorgvuldig is. Voor het bestek van dit artikel focussen we op morele oordelen over natuurlijke personen, maar dit soort processen zouden onzes inziens ook kunnen optreden bij morele oordelen over bedrijven. Aanleiding voor dit vermoeden zijn onderzoeken die laten zien dat mensen ook ondernemingen sterk moraliseren en zelfs een bepaalde mate van 'menselijkheid' toekennen. Zie hiervoor bijv. J. Martuza, H. Sjästad & H. Thorbjørnsen, 'Business-Size Bias in Moral Concern: People are More Dishonest Against Big than Small Organizations', *preprint* 2024, p. 1-43; N. Sharma, G. Flores-Robles & A.P. Gantman, 'Corporate Corporations: People Construe Companies as Having a Mind and Body When Allocating Blame', *preprint* 2024, p. 1-36 en N. Strohminger & M.R. Jordan, 'Corporate insecthood', *Cognition* 2022/224, 105068.

15 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Coca cola/Du Château* (*Kelderluik*)).

16 Zie bijv. HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC161, *NJ* 1997/175, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Heel/Korver*); HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0830 (*Waterschap Zeeuwse eilanden/Royal Nederland Verzekeringen*); HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, *NJ* 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*) en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262 (*XL insurance Company Ltd/Staat: vuurwerkramp Enschede*).

17 Zie o.a. HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, *NJ* 2008/460 (*Bayar/Wijnen Groothandel in Vlees*).

18 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/Gemeente Ronde Venen, Wilnis*). De rechtbank Den Haag gebruikte de gezichtspunten zelfs als beoordelingskader in de *Urgenda*-zaak: Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

dat dit onderzoek bijdraagt aan de bewustwording onder juristen van dit type bias en een uitnodiging vormt tot nader debat en onderzoek.

2. Het gevaarzettingsleerstuk en subjectieve omstandigheden aan de zijde van de laedens

De beginnend privatist die het leerstuk van de onrechtmatige daad voor het eerst tot zich neemt, leert dat niet iedere gevaarzetting – bestaande uit het scheppen of laten voortbestaan van een gevaar voor eens anders persoon of goed¹⁹ – onrechtmatig is. Het gevaar moet dusdanig zijn, dat de betrokkene zich naar maatstaven van zorgvuldigheid (maatschappelijke betamelijkheid ex art. 6:162 lid 2 BW) van dit gedrag had behoren te onthouden.²⁰ Bij deze beoordeling dient volgens de Hoge Raad een aantal gezichtspunten in acht te worden genomen: “(...) *daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.*”²¹

Van deze *Kelderluik*-factoren bestaan in de literatuur, mede op basis van latere rechtspraak waarin de bewoordingen nogal eens verschillen,²² diverse varianten.²³ Zo worden de eerste twee gezichtspunten ook wel samengenomen als “*de kans op schade*”, staat soms slechts de “*gebruikelijkheid*” van de voorzorgsmaatregelen centraal of wordt de “*aard van de gedraging*” als gezichtspunt toegevoegd, hetgeen door onder

anderen Jansen kritisch is ontvangen.²⁴ Wij gebruiken in dit onderzoek het traditionele viertal omdat zij, naast herkenbaar, in onze ogen ook het meest scherp zijn (par. 5).²⁵ Binnen deze gezichtspuntencatalogus bepalen 1-3 de zwaarte van het risico en 4 de zwaarte van de in acht te nemen zorg.²⁶

Overigens kent men onder *common law* een equivalent van het Nederlandse gevaarzettingsleerstuk in de zogeheten *Learned Hand-formula*, waarop de *Kelderluik*-criteria waarschijnlijk niet zijn geïnspireerd,²⁷ doch waarmee de feitelijke overlap en gelijkenis evident is. Bij de beoordeling van *negligence* wordt conform die formule gekeken naar de “*foreseeability of the harm, likelihood of harm, gravity of harm, and the costs of precautions.*”²⁸ Dat maakt onze bevindingen potentieel ook relevant voor andere jurisdicties waarin vergelijkbare criteria worden gehanteerd.²⁹

Traditioneel gezien vindt de normering van het gedrag plaats onder de toets aan onrechtmatigheid en wordt het verband tussen het gedrag en de persoon genormeerd onder het vereiste van toerekenbaarheid.³⁰ In de doctrine bestaat al langere tijd discussie of *relevante* subjectieve aan de persoon gerelateerde factoren of eigenschappen, zoals de *concrete* kennis van het risico en de voorzienbaarheid ervan voor *de laedens in kwestie*, alleen moeten worden meegewogen bij de toerekenbaarheid³¹ of ook in het onrechtmatigheidsdeel.³² Tegelijkertijd is duidelijk dat wanneer ongeschreven zorgvuldigheidswaarnormen worden toegespitst op of geformuleerd aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, zoals bij gevaarzetting, bij het vaststellen van de zorgvuldigheidswaarnormen vaak direct aan de persoon gerelateerde omstandigheden worden betrokken. Ook is schuld in de loop

19 Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, nr. 408a.

20 Vgl. bewoordingen Hijma & Olthof 2023, nr. 408a. In het *Kelderluik*-arrest formuleerde de Hoge Raad het aldus: “*dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt.*”

21 HR 5 november 1965, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Coca Cola/Duchateau* (*Kelderluik*)).

22 Zie K.J.O. Jansen, ‘Hoe luiden de kelderluikfacturen?’, *NTBR* 2018/14, p. 99-100 onder verwijzing naar o.a. HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934, r.o. 3.3, NJ 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*) en HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, r.o. 3.4, NJ 2013/366 (*Martina/Curaçao*).

23 In de woorden van Lindenbergh gaat het om de volgende gezichtspunten: “*De mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-in achtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid (bij het potentiële slachtoffer) kan worden verwacht; De aard en de omvang van de gevreesde schade (letsel- en zaakschade, zuivere vermogensschade en immateriële schade); De waarschijnlijkheid dat deze schade zich als gevolg van bepaald gedrag zal voordoen; De bezwaarlijkheid (voor de potentiële dader) in termen van kosten, tijd en moeite voor het nemen van voorzorgsmaatregelen.*” S.D. Lindenbergh, in: T. Hartlief e.a., *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding* (*Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5*), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 44, onder verwijzing naar o.a. C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidswaarnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 110.

24 Jansen 2018, p. 99-100. Zie voor het laatste HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934, r.o. 3.3, NJ 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*). Jansen wijst erop dat de toevoegingen in dat arrest kennelijk zijn ontleend aan resp. de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij HR 6 november 1982, NJ 1982/567 (*Prikpatiëntje*), sub 2 en C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 811 (beide aangehaald door P-G Hartkamp in zijn conclusie voor het arrest *Bildtpollen/Miedema*, sub 19).

25 Zie ook HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, r.o. 3.5.6, NJ 2017/73, m.nt. J. Spier (*Vennemans/Nijmegen*). Vgl. Hijma & Olthof 2023, nr. 408a: “*Bij de beoordeling wordt met name in aanmerking genomen; hoe waarschijnlijk het is dat een ander niet de nodige oplettendheid en voorzichtigheid in acht neemt; hoe groot de kans is dat daaruit ongevallen ontstaan; hoe ernstig de gevolgen kunnen zijn; en hoe bezwaarlijk het is om veiligheidsmaatregelen te nemen.*”

26 Jansen 2018, p. 99.

27 E.G.D. van Dongen & I. Giesen, ‘Het *Kelderluik*-arrest: van niet zo revolutionair naar niet meer weg te denken’, *RMThesis* 2018-2, p. 78.

28 Zoals gehanteerd in het arrest *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947) en besproken in C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 236.

29 Vgl. G. van Maanen, D. Townend & A. Teffera, ‘The Dutch ‘Cellar Hatch’ Judgment as a Landmark Case for Tort Law in Europe: A Brief Comparison with English, French and German Law with a Law and Economics Flavour’, *ERPL* 2008, 64: [kluwerlawonline.com.ezproxy.leidenuniv.nl/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\ERPL\ERPL2008064.pdf](https://www.kluwerlawonline.com.ezproxy.leidenuniv.nl/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\ERPL\ERPL2008064.pdf).

30 Hijma & Olthof 2023, nr. 411.

31 C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, 157 en 160.

32 O.a. Jansen 2007, p. 225.

der jaren in steeds grotere mate geobjectiveerd.³³ Wordt schending van een zorgvuldigheidnorm vastgesteld, dan is toerekening krachtens schuld, wet of verkeersopvatting veelal direct gegeven.³⁴ Dat is wellicht ook de reden dat in de praktijk de toerekenbaarheid een ondergeschoven kindje is in het partijdebat; het zal als onrechtmatigheid vaststaat immers zelden ontbreken.³⁵ Wij hebben daarom voor het bestek van dit onderzoek willen focussen op het onrechtmatigheidsoordeel (zie par. 5), mede omdat we ons afvroegen of motivering aan de hand van een gezichtspuntencatalogus de werking van morele biases mogelijk vermindert (par. 3).³⁶

3. Juridische theorievorming over de invulling van open normen, de rol van de rechter en diens subjectiviteit bij oordeelsvorming

Het *Kelderluik*-arrest is een voorbeeld van de concretisering van het beoordelingskader voor een open norm door de Hoge Raad via het formuleren van gezichtspunten. Dat zijn ‘toetsstenen’³⁷ of categorieën van omstandigheden die bij bepaalde gevaltypen moeten worden gewogen en in de motivering van de uitspraak moeten worden betrokken.³⁸ In de literatuur wordt veelal ex-vicepresident van de Hoge Raad H. Drion aangehaald die toelichtte dat de Hoge Raad in dit soort gevallen geen harde subregel of vuistregel geeft, omdat hij de materie nog te weinig uitgekristalliseerd acht of omdat hij de maatschappelijke gevolgen van zo’n regel niet kan overzien.³⁹ Van deze concretisering van het beoordelingskader wordt wel aangenomen dat de rechtszekerheid er in enige mate bij

gebaat is.⁴⁰ Het onderscheid tussen relevante en minder relevante omstandigheden wordt ermee duidelijk, ook al zijn de catalogi vaak niet-limitatief. Tegelijkertijd wordt erkend dat de concrete weging van de omstandigheden en daarmee de beslissing ten gronde per rechter in hoge mate uiteen kan lopen.⁴¹ Daarbij wordt in navolging van Barendrecht als kritiekpunt ook wel opgemerkt dat met het wegen van gezichtspunten haast ieder resultaat kan worden bereikt.⁴²

In de literatuur wordt erkend dat open privaatrechtelijke normen ruimte bieden om ook emoties en ethische of maatschappelijke overwegingen mee te nemen in de beoordelingen en bij de beslissing. Zo wijst Ashmann erop dat bij het vaststellen van de feiten, het beoordelen van open normen en vage begrippen zoals ‘redelijkheid en billijkheid’, de ‘billijkheidstoets’, ‘zorgvuldigheidsnormen’ en de waardering van het getuigenbewijs niet alleen juridische elementen een rol spelen, maar bijvoorbeeld ook emoties en intuïtie.⁴³ Van der Put wijst in haar proefschrift uit 2022 erop dat de rechter feiten dient vast te stellen, stellingen en verweren dient te beoordelen, dient te zitten en beslissen, recht moet doen aan de rechtspositie van de partijen en moet doen aan waarheidsvinding, om op deze wijze te komen tot een goede rechtsbedeling en rechtvaardigheid.⁴⁴ Zij bespreekt meerdere auteurs die erop hebben gewezen dat de oordeelsvorming van de rechter in verschillende fasen plaatsvindt, waarbinnen de rechter tal van keuzes dient te maken. Dat is geen lineair proces.⁴⁵ Aangenomen en geaccepteerd wordt dat die keuzes deels subjectief gekleurd zijn, bijvoorbeeld door de persoon van de rechter.⁴⁶ Tegelijkertijd eindigt dat proces altijd met een beslissing, waarvan rekenschap wordt gegeven middels de motivering van het vonnis, als legitimatie

33 S.D. Lindenbergh, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 69. Zie voor een mooi overzicht van de opvattingen over de mate waarin geobjectiveerd mag worden: F.M. Ruitenbeek-Bart, *En de veroorzaker dan?* (diss. EUR), Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 77-83.

34 Zie ook I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid: een rechtvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2001, p. 114-115 en 233.

35 Zie voor een overzicht van lagere rechtspraak in de context van productnormen: G.M. Veldt, *Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling (R&P nr. CA22) 2020*, hfst. 7, met in nr. 233 een overzicht van de discussie over de invulling van ‘onrechtmatigheid’ en ‘toerekenbaarheid’ in de context van reflexwerking van productaansprakelijkheid.

36 Dit had ook als voordeel dat de studie niet te veel tijd in beslag zou nemen voor de respondenten. Overigens treedt in de praktijk ook steeds meer convergentie op tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid onder invloed van geobjectiveerde zorgplichten, zie bijv. K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 9.1.5.1 (actueel t/m 1 december 2020).

37 S.D. Lindenbergh, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 42.

38 *Asser/Vranken Algemeen deel***** 2005/103-106; Scholten in zijn annotatie bij HR 17 december 1976, NJ 1977/241 (*Bunde/Erckens, Misverstand*), nr. 5 en J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 92 e.v. die gezichtspunten als aanwijzingen beschouwd. Later ook J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1997, p. 81. Zie kritisch en van opvatting dat gezichtspunten soms kunnen worden vertaald naar regels: Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/154 en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/155.

39 H. Drion als opgetekend in J.F. Bruinsma & N.J.H. Huls, ‘De civiele kamer van de Hoge Raad’, *NJB* 1984-19, p. 572. Zie m.n. J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014, nr. 2.5, als ook aangehaald in Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/152.

40 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, ‘Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel’, *RMThemis* 1976, p. 515: “Zonder te verstarren tot vereisten, d.w.z. tot combinaties van noodzakelijke voorwaarden, verliezen de vage normen aldus toch veel van hun vaagheid. De contouren die op deze wijze, d.w.z. door casusvergelijking ontstaan, bevorderen de bespreekbaarheid en daarmee de ‘objectiviteit’ van de rechterlijke besluitvorming op deze terreinen.”

41 Zie voor een overzicht t.a.v. het doctrinaire debat over de functies van gezichtspunten: Quist 2014, p. 91-115.

42 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 3, alsmede J.M. Barendrecht, ‘Vragen aan Schoordijk over open normen’, *RMThemis* 1995-4, p. 143 in relatie tot *Haviltex*, zoals aangehaald door Quist 2014, p. 106.

43 M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011, p. 20.

44 M. van der Put, *Kunstmatige intelligentie bij rechterlijke oordeelsvorming, theoretische analyse en praktische implementatie* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

45 Van der Put 2022, p. 13, 19-35. Vgl. ook R. Hartendorp, ‘Alledaagse rechtspraak, een pragmatische kijk op oordeelsvorming’, *Rechtstreeks* 2009/2.

46 Van der Put 2022, p. 40-41 onder verwijzing naar o.a. M.G. IJzermans, *De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011, p. 197; P. Scholten, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel*, Deventer: Kluwer 1974; J.E. Soeharno, ‘Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles’, *Nederlands Tijdschrift voor rechtsfilosofie & rechtstheorie* 2005, p. 238 en *Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014/77 onder verwijzing naar Scholten: “Scholten heeft ervoor gepleit het subjectieve als onvermijdelijk te accepteren en van daaruit te zoeken naar waarborgen die voorkomen dat de subjectiviteit ontaardt in willekeur en oncontroleerbaar wordt. Deze benaderingswijze is sindsdien in de literatuur de gangbare geworden.”

van het rechterlijk oordeel.⁴⁷ Die motivering speelt – zoals verderop zal blijken – volgens meerdere auteurs een cruciale rol. Deze moet inzichtelijk en begrijpelijk zijn, want daarmee wordt – onder verwijzing naar Vranken in navolging van Scholten – verantwoording afgelegd over de genomen beslissing en uitgedragen dat de beslissing juist is.⁴⁸

Desalniettemin roept dit de normatieve vraag op in hoeverre niet-rationele of subjectieve indrukken of gevoelens een rol zouden mogen spelen in de oordeelsvorming door de rechter.⁴⁹ Hierover bestaat debat. Al geruime tijd wordt erkend dat beslissen geen zuiver rationeel proces is.⁵⁰ Binnen het juridische domein bestaat groeiende interesse in *onbewuste* beïnvloeding, zoals bekend uit de cognitieve psychologie. In de literatuur, met name in het strafrechtelijke domein, komt de impact van biases via heuristieken in diverse fasen van het beslisproces en het juridisch oordeel aan de orde.⁵¹ De literatuur waarin wel de vertaalslag wordt gemaakt naar het privaatrechtelijke domein is veelal bewijsrechtelijk van aard.⁵² In materiële privaatrechtelijke context wees Van Boom al eens op het risico van *availability bias* en *hindsight bias* in het aansprakelijkheidsrecht.⁵³ In verdere recente literatuur wordt erkend dat open normen potentieel een groter risico dragen voor wat Perquin-Deelen ‘mentale misleiding’ door biases noemt. Volgens Perquin-Deelen hangt, ondanks dat deze normen door de jurisprudentie verder zijn ingevuld, de precieze invulling af van zowel de interpretatie van de norm door de rechter, als de

interpretatie van de omstandigheden. Dit in combinatie met het vrije bewijsstelsel maakt volgens haar dat er een grotere invloed kan zijn van onbewuste indrukken en oordeelsvorming op de uiteindelijke beslissing.⁵⁴ Daarvoor is volgens haar mede het psychologische fenomeen ‘confabulatie’ van belang. De rechter neemt in dat geval een beslissing op (deels) onbewuste gronden, maar legitimeert dit vervolgens met bewuste rationale redenen. Deze bewuste rationale redenen zijn in dat geval niet de daadwerkelijke redenen voor het oordeel.⁵⁵ In dat geval is er geen sprake van een intuïtieve beslissing op basis van rechtskennis en ervaring van de rechter in eerdere zaken, of een ‘gewetensbeslissing’ die wordt onderworpen aan de ratio en die waar nodig aan de hand van de motivering wordt gecorrigeerd. Er is juist sprake van een onbewuste vooringenomenheid die via een ogenschijnlijk logische redenering ten onrechte wordt bevestigd en die daardoor zou kunnen leiden tot rechtsongelijkheid en willekeur.⁵⁶ Anders gezegd: het geweten vereist een ‘weten’ en dat ontbreekt juist bij onbewuste processen.⁵⁷

In de literatuur worden diverse suggesties gedaan om de invloed van biases te beperken. In dit onderzoek is één hardnekkig argument uit de juridische literatuur nader onderzocht, namelijk de invloed van de motivering: meerdere auteurs wijzen erop dat door schriftelijk uiteen te zetten op basis waarvan het oordeel tot stand is gekomen, de rechter de invloed van het misleidende onbewuste mogelijk verkleint.⁵⁸ In de woorden van Giesen: “*de motivering leidt tot de noodzakelijke objectivering van het onderliggende subjectieve*

47 Van der Put 2022, p. 33 onder verwijzing naar art. 121 Gw en art. 30 Rv t.a.v. de civiele procedure en later op p. 48 ook naar D. de Groot & H. Steenberghe, *De Mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 251.

48 Van der Put 2022, p. 35-36 onder verwijzing naar HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986; Vranken 2014, p. 91 en Nieuwenhuis 1976, p. 498.

49 De persoon van de rechter krijgt in de Nederlandse doctrine steeds meer aandacht, zie Asser/Vranken *Algemeen deel***** 2014/79-82, onder verwijzing naar o.a. IJzermans 2011 en Miles & Sunstein 2008.

50 Van der Put 2022, p. 43-44 onder verwijzing naar o.a. R.A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press: Cambridge (Mass) 2008; Hartendorp 2009; Scholten 1974, p. 133; Shoeharno 2005 en A. Tversky & D. Kahneman, ‘Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases’, *Science* 1974, vol. 185(4157), p. 1124-1131. En op p. 46-47 naar IJzermans 2011; P.J. van Koppen & J. Ten Kate, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 86; D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Londen: Penguin books 2011 en W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken, de psychologie van het beslissen*, Rapport WRR 2010, Amsterdam University Press: Amsterdam 2011 onder verwijzing naar A.R. Damasio, *Descartes’ error*, Avon Books: New York 1994.

51 M.n. in het strafrecht het bekende werk van Crombag (bijv. Crombag, *Rechterlijk oordeel*, 1973, p. 116 e.v.) en Van Kopen (waaronder de bundels *Het Hart van de zaak* uit 1997, *Het recht van binnen* uit 2002, *Reizen met mijn rechter* uit 2010 en *Routes van het recht* uit 2017). Zie ook Y. Buruma, ‘Hoe rechters denken’, *NJB* 2008/1264, p. 1571; F.S. ten Velden & C.K.W. de Dreu, *Sociaalpsychologische determinanten van strafrechtelijke besluitvorming*, Den Haag: SDU 2012; het themanummer van *Rechtstreeks* uit 2012 met daarin J.J. Rachlinski, ‘Inleiding op Judicial psychology’, *Rechtstreeks* 2012/2 en R. Giard, *Judicial decision making in civil law*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012, met daarin diverse bijdragen, waaronder J.J. Rachlinski, ‘How Judges make decisions’, p. 87 e.v. Onze Leidse collega’s Linda Geven en Roosmarijn van Es mogen niet onvermeld blijven.

52 Zie bijv. L.F.H. Enneking, I. Giesen & R. Rijnhout, ‘Bewijswaardering en psychologische inzichten’, in: W.H. van Boom e.a., *Capita Civilogie*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013, p. 1017-1085, m.n. over *confirmation bias*, *anchoring effect* en *order effects*, die ook oproepen tot nader onderzoek, p. 1057.

53 W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2003, p. 14-17.

54 Ch.F. Perquin-Deelen, *Biases in de boardroom en de raadkamer. Een juridische en filosofische analyse van de bestuurlijke taakuitoefening en rechterlijke beoordeling, mede aan de hand van een empirische studie* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 130, 134-137 en 145, onder verwijzing naar o.a. M. Slors, *Dat had je gedacht!*, Amsterdam: Uitgeverij Boom 2012, p. 174; R.E. Nisbett & T.D. Wilson, ‘Telling more than we know: verbal reports on mental processes’, *Psychological Review* 1977-84, p. 231-253 en P. Carruthers, *The architecture of mind*, New York City: Oxford University Press/New York Press 2006, p. 179.

55 Perquin-Deelen 2020, p. 201. Zie ook Van der Put, p. 62 onder verwijzing naar Ch. Deelen, ‘De invloed van het onbewuste van de rechter op het rechterlijk oordeel’, *NJB* 2015/296, p. 3. Vgl. Buruma 2008, p. 1571.

56 Vgl. de opmerking van Scholten 1974, p. 133: ‘*Juist omdat de beslissing een gewetensbeslissing is, is zij volkomen vrij van willekeur.*’

57 Vgl. Shoeharno 2005, p. 255, die meent dat zowel rationale als irrationele oordelen van rechters zijn gebonden o.b.v. de twee modellen van rechterlijke intuïtie volgens Scholten en Aristoteles. Het irrationele oordeel zou zijn gebonden door het geweten en het rationale door de gemeenschap, de wet, de regel, de gewoonte, enz.

58 Perquin-Deelen 2020, p. 156 (en later ook p. 201 en 203), met in noot 124 Rachlinsky *Rechtstreeks* 2012-2, p. 33 en Enneking e.a. 2013, p. 1059 (en p. 1066, die op hun beurt verwijzen naar J. Baron, *Thinking and Deciding*, 4th ed., Cambridge: Cambridge University Press 2008, p. 221 e.v.), alsmede in noot 125 R.W.M. Giard, ‘In de rechtszaal voert hindsight bias nog te vaak de regie: wie doet er wat aan?’, *Expertise en Recht* 2017-2, p. 49-51, p. 82 en Asser *Procesrecht/Giesen I* 2015/494. Giard koppelt de motiveringsplicht aan het onbewuste systeem II van Kahnemann en stelt dat “*de motiveringsplicht dwingt de rechter dat systeem II te hanteren en expliciete argumenten aan te dragen voor de genomen beslissing. Cognitief psychologen betwijfelen overigens of die rationale motiveringsvlag de intuïtief bepaalde beslissingslading steeds voldoende dekt.*” [geen bron]. Baron voornoemd wordt ook aangehaald in Asser *Procesrecht/Giesen I* 2015/494. Zie in navolging van Rachlinski 2012, p. 33 (die schrijft dat door bij de motivering van de beslissing overwegingen expliciet te maken, zo wellicht ook misleidende intuïtie kan worden gecorrigeerd, zonder daar een bron bij te noemen). Zie ook Van der Put, p. 59. Dit onderstreept volgens Van der Put nogmaals het belang van een zo volledig mogelijke motivering van de beslissing.

oordeel.”⁵⁹ In de context van gevaarzetting vindt die motivering plaats aan de hand van de *Kelderluik*-factoren. Wij waren daarom benieuwd of het eerst aflopen van deze factoren, alvorens een oordeel over onrechtmatigheid te geven, de werking van een morele bias mogelijk kan wegnemen of in ieder geval doen afnemen (zie par. 5 hierna).

Het is niet duidelijk of concretisering van de norm en motivering van de bijbehorende toets, bijvoorbeeld via gezichtspuntencatalogi, de invloed van biases op onbewuste oordeelsvorming verkleint. Goed experimenteel onderzoek in het juridische domein naar de juistheid van deze aanname aangaande het corrigerende effect van de motivering ontbreekt.⁶⁰ Recent is in Nederland wel kwalitatief onderzoek aan de hand van vragenlijsten verschenen van de Raad voor de rechtspraak naar de percepties van rechters over onbewuste oordelen in strafrechtelijke context.⁶¹ Daarnaast heeft Olthuis een vignettestudie gedaan naar de invloed van religie bij de beoordeling van een hindercasus. Hoewel dit onderzoek onder rechters heeft plaatsgevonden, was het aantal respondenten helaas zeer beperkt (n=64).⁶² Verder empirisch-juridisch onderzoek (meer i.h.b. een vignettestudie) in de Nederlandse civiele context naar morele oordeelsvorming ontbreekt. Daarom hebben wij hier nader onderzoek naar willen doen.⁶³

4. De stand van zaken van het psychologische onderzoek over de invloed van moral character inferences op oordeelsvorming

Om tot de hypothese te komen dat er een mogelijke invloed uitgaat van het morele karakter van een procespartij op het rechterlijk oordeel, specifiek in de context van gevaarzetting en de maatschappelijke betamelijkheidsnorm, is een drietal stappen nodig. De eerste stap is dat veel van het menselijk denken en doen in de meeste algemene zin het gevolg is van automatische en onbewuste processen, waarover (vanwege het automatische en onbewuste karakter ervan) in beginsel geen controle kan worden uitgeoefend. De tweede stap is dat deze onbewuste processen kunnen leiden tot

vooringenomenheden (biases) die het juridische oordeel beïnvloeden. De derde en laatste stap is dat een bias in juridische oordeelsvorming kan ontstaan door de perceptie van het morele karakter van een procespartij.

De eerste twee stappen behoeven vermoedelijk weinig toelichting en onderbouwing, nu het weinig controversieel is om te stellen dat veel van ons denken en doen onbewust en automatisch plaatsvindt.⁶⁴ Denk aan autorijden zonder erbij te hoeven nadenken, veters strikken, praten, lopen, of het bekende onderbuikgevoel op basis waarvan veel mensen bij voorkeur hun beslissingen nemen. Het idee dat ons brein uit twee interacterende systemen bestaat (het bewuste en onderbewuste) is in de recente geschiedenis gepopulariseerd door het werk van Amos Tversky en Daniel Kahneman.⁶⁵ Kahneman noemde deze systemen in zijn boek *Thinking Fast and Slow* systeem 1 (het snelle, associatieve, onbewuste systeem) en systeem 2 (het langzamere, inspannende systeem). Het pionierende werk van deze auteurs (en van vele anderen met hen) heeft geleid tot een aanzienlijke catalogus aan denkfouten en vooringenomenheden die het oordeelsvermogen kunnen vertroebelen.⁶⁶ Ook in juridische context is onderzoek gedaan naar de rol van vooringenomenheden in juridische oordeelsvorming en besluitvorming. Zo is onder andere de invloed van emoties,⁶⁷ de politieke oriëntatie van de beoordelaar⁶⁸ en van irrelevante eigenschappen van verdachten zoals diens ras of gender⁶⁹ bekend.⁷⁰ Kortom, ook juristen zijn mensen en dus kunnen ook hun percepties, oordelen en beslissingen onderhevig zijn aan automatische en onbewuste vooringenomenheden.

Het belangrijkste psychologische proces voor dit artikel is het zogeheten *motivated reasoning* of *motivated cognition*. Dit zou vrij vertaald kunnen worden naar ‘doelredeneren’, wat gelijkenissen vertoont met de welbekende confirmation bias, maar niet hetzelfde is. Motivated reasoning houdt in essentie in dat iemand voorafgaand aan de analyse van een situatie,

59 Asser *Procesrecht/Giesen 1* 2015/459, alsook aangehaald door Perquin-Deelen 2020, p. 154.
 60 Overigens erkent Perquin-Deelen zelf ook dat nader empirisch onderzoek in de specifieke context van rechterlijke oordeelsvorming nodig is: Perquin-Deelen 2020, p. 212. Maar zie voor een eerste studie die aanleiding geeft voor de gedachte dat het moeten opschrijven van argument alvorens een beslissing te nemen een potentieel debiasing effect heeft Z. Liu, ‘Does reason writing reduce decision bias? Experimental evidence from judges in China’, *The Journal of Legal Studies* 2018, 47(1), p. 83-118.
 61 E. Maegherman & S. Wiznitzer, ‘Oordeelsvorming onderzocht: strafrechters over (on)bewuste invloeden’, *Rechtsreeks* 2023/3: www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rechtstreeks-2023-03.pdf.
 62 E.H. Olthuis, *The Human Element in Judicial Decision-Making. The Role of Personal Attitudes* (diss. UvA), 2024 (nog niet gepubliceerd tijdens het schrijven van dit artikel), p. 118 en 128. Er werd geen verband gevonden, waarschijnlijk mede door het gebrek aan *statistical power*.
 63 Zie wel G. Dominioni, P. Desmet & L. Visscher, ‘Judges versus Jurors: Biased Attributions in the Courtroom’, *Cornell International Law Journal* 2019, vol. 52, p. 235-265, met Italiaanse participanten, maar daarin is de rol van gezichtspuntentoetsing niet meegenomen. Zie ook P.J. van Koppen & J. ten Kate, ‘Dimensies van privaatrechtelijke geschillen’, *Tijdschrift voor de Psychologie* 1985, 40, p. 208-221: www.petervankoppen.nl/ewExternalFiles/1985%20Dimensies%20van%20privaatrechtelijke%20geschillen.pdf.

64 Zie bijv. met verwijzingen naar klassieke studies: R. Custers & H. Aarts, ‘The unconscious will: How the pursuit of goals operates outside of conscious awareness’, *Science* 2010, 329(5987), p. 47-50.
 65 D. Kahneman, *Thinking, fast and slow*, New York, NY: Farrar, Straus, and Giroux 2011.
 66 De beste bron voor een volledig overzicht is Wikipedia: en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases.
 67 N. Feigenson, ‘Jurors’ emotions and judgments of legal responsibility and blame: What does the experimental research tell us?’, *Emotion Review* 2016, afl. 1, p. 26-31.
 68 E. Braman, *Law, politics, and perception: How policy preferences influence legal reasoning*, University of Virginia Press 2009; L. Epstein & J. Knight, ‘Reconsidering judicial preferences’, *Annual Review of Political Science* 2013, afl. 1, p. 11-31 en J.R. Ferguson, L. Babcock & P.M. Shane, ‘Do a law’s policy implications affect beliefs about its constitutionality? An experimental test’, *Law and human behavior* 2008/32, p. 219-227.
 69 T. Lindholm & J.Y. Cederwall, ‘Ethnicity and gender biases in the courtroom’, in: P.A. Granhag (red.), *Forensic psychology in context: Nordic and international approaches*, Londen: Willan Publishing 2010, p. 228-246; J. Yourstone, T. Lindholm, M. Grann & O. Svenson, ‘Evidence of gender bias in legal insanity evaluations: A case vignette study of clinicians, judges and students’, *Nordic journal of psychiatry* 2008, afl. 4, p. 273-278.
 70 S. Charman, A.B. Douglass & A. Mook, ‘Cognitive bias in legal decision making’, *Psychological science and the law* 2019, p. 30-53; J. Nadler & P.A. Mueller, ‘Social psychology and the law’, in: F. Parisi (red.), *The Oxford handbook of law and economics*, Oxford: OUP 2017, p. 124-160 en J. Haidt, ‘Moral psychology and the law: How intuitions drive reasoning, judgment, and the search for evidence’, *Ala. L. Rev.* 2012/64 p. 867.

gedraging of rechtszaak onbewust al tot een gewenste conclusie is gekomen en vervolgens zijn of haar weg naar die conclusie toe redeneert, door bijvoorbeeld de feiten te interpreteren en het beoordelingskader zodanig te construeren dat tot de gewenste conclusie gekomen kan worden. Het is belangrijk hierbij op te merken dat dit proces automatisch en vooral onbewust plaatsvindt: de beoordelaar handelt dus naar eer en geweten en tracht zo rationeel en objectief mogelijk tot een finaal oordeel te komen. Kunda – degene die de term ‘motivated reasoning’ heeft geopperd en onderzoek naar dit fenomeen heeft gestimuleerd – formuleerde het onbewuste karakter van motivated reasoning als volgt:

“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.”

Een klassieke demonstratie van motivated reasoning is de vignettestudie (zie par. 5 hierna) van Alicke. In zijn onderzoek presenteerde hij de deelnemers (niet-juristen) met een casus over een auto-ongeluk.⁷¹ Een auto die te hard reed en een stopbord negeerde, reed in de flank van een andere auto, waardoor de bestuurder van deze tweede auto letselschade opliep. Er speelde een reeks relevante factoren, zoals dat er olie op de weg lag die de remweg verlengde, een grote tak van een boom die voor het stopbord hing en het gegeven dat de bestuurder die de letselschade opliep door een rood stoplicht reed. Aan de deelnemers werd gevraagd of de auto die te hard reed de oorzaak was van het ongeluk en in hoeverre hij verantwoordelijk gehouden diende te worden voor de geleden schade. De crux was echter dat niet iedereen dezelfde versie van de casus te lezen kreeg: er waren namelijk twee verschillende versies. In de eerste versie reed de bestuurder van de eerste auto te hard, omdat hij een voorraad cocaïne op de keukentafel van zijn ouderlijk huis had laten liggen en deze snel wilde verstoppen alvorens zijn ouders thuiskwamen. In de tweede versie reed de bestuurder juist te hard, omdat hij een cadeautje voor het huwelijksjubileum van zijn ouders op de keukentafel had laten liggen en dit nog snel wilde verstoppen. De resultaten van het onderzoek lieten zien dat de deelnemers eerder een causaal verband vonden tussen de gedraging van de eerste bestuurder (snelheidslimiet overschrijden) en de letselschade van de tweede bestuurder op het moment dat de bestuurder een moreel verwerpelijke motief had om te hard te rijden (cocaïne verstoppen) dan wanneer deze een moreel goed motief had (cadeautje verstoppen). Ook werd de eerste bestuurder eerder verantwoordelijk gehouden voor de geleden schade indien sprake was van een moreel slecht motief. De deelnemers waren door het moreel verwerpelijke motief van de bestuurder als het ware gemotiveerd om de bestuurder verantwoordelijk te houden voor zijn handelen en voor de schade. Zij concludeerden daarom eerder dat er sprake was van een

causaal verband om zodoende hun (onbewust) gewenste uitkomst te kunnen rechtvaardigen.⁷²

In dit voorbeeld van motivated reasoning is het vertrekpunt van de doelredenering een moreel oordeel over het karakter van de verdachte/laedens. Daaruit vloeit de wens voort de moreel slechte persoon verantwoordelijk te houden en de moreel goede persoon mild te beoordelen. Het idee dat een moreel oordeel over iemands karakter een krachtige motivator kan zijn en het denken en doen kan beïnvloeden, is in lijn met recente bevindingen uit de psychologie. Onderzoek naar eerste indrukken laat zien dat mensen bij een ontmoeting in een fractie van een seconde bepalen of iemand een goed of slecht moreel karakter heeft. Deze eerste indruk speelt vervolgens een belangrijke rol in hoe gedragingen van de persoon beoordeeld worden.⁷³

Het idee dat percepties van morele karakters ook een sterke invloed kunnen hebben op juridische oordelen vindt aanzienlijke empirische steun in de literatuur. Zo is onderzocht of evident irrelevante informatie over het karakter van een verdachte invloed kan hebben op juridisch relevante oordelen ten aanzien van causaliteit, voorzienbaarheid en verantwoordelijkheid. In een onderzoek is aan de deelnemers (niet-juristen) een casus voorgelegd over twee honden die twee jonge kinderen hebben aangevallen en waarvan een van de kinderen is komen te overlijden.⁷⁴ De vragen aan de deelnemers waren of de eigenaar van de honden de oorzaak was van het incident, of zij verantwoordelijk was voor de dood van het kind, hoeveel blaam haar trof en in hoeverre het overlijden van het kind voorzienbaar was, nu de honden al vaker waren ontsnapt en zich agressief hadden gedragen jegens kinderen. Voor de helft van de deelnemers werd de eigenaar van de honden beschreven als een gezondheidsbewuste, sociale, vriendelijke vrouw.⁷⁵ Voor de andere helft van de deelnemers werd de eigenaar van de honden juist beschreven als een sociaal, teruggetrokken persoon.⁷⁶ Ondanks dat de gegeven ka-

71 M.D. Alicke, ‘Culpable causation’, *Journal of personality and social psychology* 1992, afl. 3, p. 368.

72 Voor overzichtsartikelen met meer voorbeelden van onderzoek naar motivated reasoning, zie N. Strohmaier & S. de Jong, ‘Moral Character Judgments and Motivated Cognition’, in: M. Brigaglia & C. Roversi, *Legal Reasoning*, Palermo: Diritto & questioni pubbliche 2023, p. 227-248; C.J. Clark, E.E. Chen & P.H. Ditto, ‘Moral coherence processes: Constructing culpability and consequences’, *Current Opinion in Psychology* 2015, afl. 6, p. 123-128 en P.H. Ditto, D.A. Pizarro & D. Tannenbaum, ‘Motivated moral reasoning’, *Psychology of learning and motivation* 2009/50, p. 307-338.

73 G.P. Goodwin, ‘Moral Character in Person Perception’, *Current Directions in Psychological Science* 2015, 24, 1, p. 38; G.P. Goodwin, J. Piazza & P. Rozin, ‘Moral Character Predominates in Person Perception and Evaluation’, *Journal of Personality and Social Psychology* 2014/106, 1, p. 148 en E.L. Uhlmann, D.A. Pizarro & D. Diermeier, ‘A Person-Centered Approach to Moral Judgment’, *Perspectives on Psychological Science* 2015, afl. 10, p. 1.

74 J. Nadler & M.H. McDonnell, ‘Moral character, motive, and the psychology of blame’, *Cornell L. Rev.* 2011/97, p. 255.

75 De volledige karakteromschrijving luidde als volgt: “Sara Davidson is a 39 year old woman who lives in a house with her two dogs. Sara has two young nieces whom she adores and sees often. She spoils them with birthday presents and special outings. Sara spends much of her free time volunteering for various local charities. She tries to maintain a healthy lifestyle by eating well and exercising. She has many close friends and an active social life.”

76 De volledige karakterbeschrijving luidde als volgt: “Sara Davidson is a 39 year old woman who lives in a house with her two dogs. Sara has two young nieces but she rarely sees them, and does not really like to spend time with them. She spends much of her free time watching trash-tv talk shows while smoking and eating junk food, even though she is aware that it’s not good for her blood sugar problem. She doesn’t socialize much and prefers to keep to herself.”

rakterinformatie evident irrelevant was voor de voorliggende juridische vragen, werd de moreel slechte eigenaar eerder verantwoordelijk gehouden voor de dood van het kind dan de moreel goede eigenaar. Daarnaast werd de moreel slechte eigenaar eerder aangewezen als de oorzaak en werd ook de voorzienbaarheid van het incident hoger ingeschat.

Wat voornoemde literatuur duidelijk maakt, is dat mensen geneigd zijn om vrijwel direct een moreel oordeel te vellen over het karakter van een persoon en dat dit automatische en veelal onbewuste oordeel de verdere interpretatie van de feiten en de invulling van het beoordelingskader in een zaak beïnvloedt, zodat dat tot de 'gewenste' conclusie wordt gekomen.⁷⁷

Een vraag die nog openstaat, is in hoeverre juristen met relevante kennis en ervaring – in vergelijking met de leken uit voornoemde onderzoeken – in vergelijkbare mate vatbaar zijn voor de invloed van motivated reasoning. Juristen met ruime kennis en ervaring zijn zich er terdege van bewust dat zij hun juridisch oordeel niet dienen te laten kleuren door irrelevante informatie, zoals het morele karakter van een procespartij. Zij weten aan de hand van welke omstandigheden zij wel een open norm dienen in te vullen en hoe zij hun oordeel aan de hand van gezichtspunten dienen te motiveren. Is het mogelijk dat dit voldoende bescherming biedt tegen mogelijke vooringenomenheden, voortkomend uit de perceptie van het morele karakter van de gedaagde? De beschikbare literatuur biedt weinig hoop. In algemene zin kan gezegd worden dat experts in vergelijkbare mate vatbaar zijn voor biases als leken. Er zijn overigens wel enkele onderzoeken waaruit volgde dat experts niet of minder beïnvloed werden door een bepaalde bias. Zo bleek dat in tegenstelling tot leken, rechters gespecialiseerd in het faillissementsrecht niet beïnvloed werden door de zogeheten *omission bias*,⁷⁸ noch door de achtergrond (het ras) van de schuldenaar, noch door verontschuldiging van de schuldenaar.⁷⁹ Ook is er een studie bekend waarin rechters in staat bleken weerstand te bieden tegen hindsight bias (het retrospectief overschatten van de voorzienbaarheid van een gebeurtenis).⁸⁰ Echter, dergelijke studies lijken eerder uitzondering dan regel te zijn. Verreweg de meeste onderzoeken waarin experts (zoals rechters of advocaten) direct vergeleken

worden met leken laten zien dat er nauwelijks tot geen verschil is in de mate van vatbaarheid voor biases.⁸¹

Kortom, er is voldoende reden om aan te nemen dat percepties van het morele karakter van een procespartij invloed kunnen hebben op de beoordeling van een juridisch geschil, ook door rechters. Echter, dit blijft voornamelijk een aanname en in Nederland is nog niet onderzocht of het morele karakter van bijvoorbeeld de gedaagde invloed heeft op het uiteindelijke oordeel in de context van gevaarzettingssituaties, waarin de motivering van het oordeel aan de hand van een gezichtspuntencatalogus er mogelijk voor zou kunnen zorgen dat er minder ruimte is voor biases bij de invulling van de open norm.

Ondanks de beschermende werking die mogelijk uit kan gaan van de gezichtspuntencatalogus komen wij op basis van de behandelde literatuur tot de hypothese dat het onrechtmatigheidsoordeel in gevaarzettingssituaties alsmede de invulling van de *Kelderluik*-criteria gekleurd worden door het morele karakter van de procespartijen. Meer specifiek verwachten wij dat onrechtmatigheid eerder wordt aangenomen indien de gedaagde een moreel slecht karakter heeft dan wanneer de gedaagde een moreel goed karakter heeft. Tevens verwachten wij dat dit effect van het morele karakter op dezelfde wijze de invulling van of weging van de omstandigheden binnen de gezichtspunten beïnvloedt.

Om deze hypothesen te kunnen onderzoeken, maken wij gebruik van een zogeheten vignettestudie, omdat deze methode toestaat om de mogelijke invloed van een specifieke factor te onderzoeken en daarmee oorzakelijke verbanden te constateren. Rechtspraakanalyse biedt geen uitkomst, omdat niet te achterhalen is hoe de rechter het morele karakter van de gedaagde heeft beoordeeld, noch of de rechter anders had geoordeeld bij een andere evaluatie van het karakter. Met een vignettestudie is het mogelijk om juristen een casus voor te leggen waarbij alle juridisch relevante feiten en omstandigheden voor iedere deelnemer hetzelfde zijn, maar met het morele karakter van de gedaagde kan worden gevarieerd. Op deze manier is het mogelijk om de causale invloed van het morele karakter op juridische oordeelsvorming te isoleren, en dus een blik te werpen op mogelijke onbewuste processen. Hieropvolgend wordt de

77 Voor meer onderzoek naar de invloed van karakterpercepties op juridische en morele oordelen, zie bijv. J. Nadler, 'Blaming as a social process: The influence of character and moral emotion on blame', *Law and contemporary problems* 2012, afl. 2, p. 1-31.

78 Omission bias is de neiging om schade/nadeel dat is voortgekomen uit een nalaten als minder verwijtbaar te beoordelen dan schade of nadeel dat is voortgekomen uit een doen.

79 J.J. Rachlinski, C. Guthrie & A.J. Wistrich, 'Heuristics and biases in bankruptcy judges', *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/ Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 2007, p. 167-186. Zie verder J.J. Rachlinski, C. Guthrie & A.J. Wistrich, 'Inside the bankruptcy judge's mind', *BUL Rev.* 2006/86, p. 1227.

80 C. Guthrie, J.J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Blinking on the bench: How judges decide cases', *Cornell L. Rev.* 2007, 93, p. 1. Zie voor een ander onderzoek waarin rechters minder vatbaar bleken dan leken en rechtenstudenten voor een deel van de onderzochte biases: D. Teichman, E. Zamir & I. Ritov, 'Biases in legal decision-making: Comparing prosecutors, defense attorneys, law students, and laypersons', *Journal of empirical legal studies* 2023, afl. 4, p. 852-894.

81 Zie bijv. D.E. Melnikoff & N. Strohminger, 'The automatic influence of advocacy on lawyers and novices', *Nature Human Behaviour* 2020, afl. 12, p. 1258-1264; C. Guthrie, J.J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Inside the judicial mind', *Cornell L. Rev.* 2000/86, p. 777; R.K. Helm, A.J. Wistrich & J.J. Rachlinski, 'Are arbitrators human?', *Journal of Empirical Legal Studies* 2016, afl. 4, p. 666-692; A.J. Wistrich, C. Guthrie & J.J. Rachlinski, 'Can judges ignore inadmissible information—the difficulty of deliberately disregarding', *U. Pa. L. Rev.* 2004/153, p. 1251; S. Landsman & R.F. Rakos, 'A preliminary inquiry into the effect of potentially biasing information on judges and jurors in civil litigation', *Behavioral Sciences & the Law* 1994, afl. 2, p. 113-126; M. Kneer & S. Bourgeois-Gironde, 'Mens rea ascription, expertise and outcome effects: Professional judges surveyed', *Cognition* 2017/169, 139-146 en N. Strohmaier, A. Zehnder & M. Kneer, 'Moral Character Inferences Bias Legal Judgments of Jurors and Experts Across Jurisdictions'. Dit artikel werd ten tijde van het schrijven van deze *NTBR*-bijdrage gereedgemaakt voor publicatie.

gehanteerde methode nader uiteengezet, waarna de resultaten van het onderzoek worden beschreven.

5. Methode: een vignettestudie

5.1 Drie groepen deelnemers

Aan dit onderzoek hebben drie verschillende groepen deelgenomen: leken (niet-juristen), rechtenstudenten en advocaten. Nu het de rechters zijn die in procedures het aansprakelijkheidsoordeel vellen, was dit de aangewezen doelgroep geweest voor dit onderzoek. Onderzoek doen onder deze doelgroep kent echter uitdagingen als het gaat om toegang tot respondenten. Tevens speelde mee dat er een aanzienlijke hoeveelheid respondenten benodigd was voor dit onderzoek (300 per groep), wat dataverzameling onder rechters verder compliceerde.⁸² Wij hebben daarom gekozen voor advocaten als deelnemers, nu dit een grotere groep betreft en zij bekend zijn met de relevante wet- en regelgeving en zich bewust zijn van het belang van het weren van oordelen en vooringenomenheden in juridische oordelen. De vraag is of rechters op een dusdanige manier verschillen van advocaten dat de resultaten van dit onderzoek niet of onvoldoende te generaliseren zijn naar rechters. Wij denken dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.⁸³

Om te onderzoeken of juridische kennis en ervaring voldoende bescherming bieden tegen de invloed van 'extra-

⁸² Om gedegen conclusies te kunnen trekken uit empirisch onderzoek is het belangrijk dat de steekproefgrootte afdoende is. Niet alleen is het moeilijk om als onderzoeker toegang te krijgen tot de rechterlijke macht, als een onderzoek wel wordt goedgekeurd om af te nemen onder rechters is het bereiken van de vereiste steekproefgrootte een uitdaging. Ons werd door de Raad voor de rechtspraak voorgesteld toestemming te vragen voor onderzoek onder rechters van de sectie civiel, maar gezien dit een beperkte groep betreft en de *response rate* in de regel relatief laag ligt, zouden wij ruimschoots niet aan het benodigde aantal deelnemers komen. Wij hebben daarom besloten af te zien van dataverzameling onder deze groep rechters. Een risico van de wel verzamelde data is dat o.b.v. een (te) kleine steekproef geconcludeerd wordt dat het onderzochte effect gevonden is, terwijl het effect in werkelijkheid niet bestaat (type 1 fout), of juist dat geconcludeerd wordt dat het effect niet gevonden is terwijl deze in de werkelijkheid wel bestaat (type 2 fout).

⁸³ Er wordt nogal eens gesteld dat rechters getraind zijn om onpartijdig en objectief te oordelen. Wij zijn niet bekend dat dergelijke trainingen daadwerkelijk plaatsvinden en voor zover deze wel plaatsvinden, trekken wij de effectiviteit ervan in twijfel. Naar ons weten is er nog altijd geen effectieve training ontwikkeld (waar ook ter wereld) om de hardnekkige invloed die uitgaat van onbewuste en automatische biases te neutraliseren. Slechts gewezen worden op en gewaarschuwd worden voor het bestaan van dergelijke processen is onvoldoende. Vgl. G. Dominioni, P. Desmet & L. Visscher, 'Judges versus jurors: Biased attributions in the courtroom', *Cornell Int'l LJ* 2019, p. 235, die o.b.v. onderzoek onder rechters in opleiding tot de conclusie komen dat opleiding de werking van biases niet neutraliseert. De vraag of rechters of advocaten meer of minder last zouden hebben van onbewuste biases kan twee kanten op geredeneerd worden. Enerzijds zou gesteld kunnen worden dat rechters steeds een onpartijdige positie innemen, terwijl advocaten juist gewend zijn om partijdig te zijn. Mogelijk dat die partijdigheid bij advocaten ertoe leidt dat zij meer vatbaar zijn voor invloeden van morele karakterpercepties. Anderzijds kan gesteld worden dat advocaten net zo goed gewend zijn een onpartijdig standpunt in te nemen, nu zij in de fase van het procesadvies zo neutraal en onpartijdig mogelijk naar een zaak dienen te kijken. Bovendien lijken advocaten zich terdege bewust te zijn van de invloed van beeldvorming omtrent procespartijen en maken zij hier dan ook getrig gebruik van. Mogelijk dat zij hierdoor beter in staat zijn om door irrelevante karakterinformatie heen te prikken en daardoor minder vatbaar zijn voor de 'biasende' werking ervan. Wat ons betreft is er dan ook geen overtuigend argument voor het standpunt dat rechters wezenlijk verschillen van advocaten op een manier waardoor zij minder last zouden hebben van de bias die onderwerp is van dit onderzoek.

juridische' factoren (zoals het karakter van procespartijen) is ook gekozen om leken – zonder rechtenstudie of juridische werkervaring – en rechtenstudenten – met kennis van het gevaarzettingsleerstuk, maar zonder praktijkervaring – mee te nemen in het onderzoek.⁸⁴ Van de advocaten verwachten we meer kennis en ervaring op dit terrein (zie mede figuur 1).

Het streven was om uiteindelijk per groep 300 deelnemers te hebben, om zodoende voldoende statistische 'power' te hebben om eventuele effecten te ontdekken en gefundeerde conclusies te kunnen trekken.⁸⁵

De leken zijn gerekruteerd via een panelservice en zijn financieel gecompenseerd voor hun deelname.⁸⁶ De rechtenstudenten zijn primair benaderd op de Universiteit Leiden, vooral via de online leeromgevingen van een reeks vakken. Ook hebben collega-academici van rechtenfaculteiten van andere universiteiten oproepen geplaatst. De advocaten zijn benaderd via e-mail, wier e-mailadressen online zijn verzameld via de websites van hun kantoren.⁸⁷ Onderstaande tabel geeft een overzicht van het aantal deelnemers per groep (na exclusies) en enkele demografische gegevens.

Figuur 1. Demografische gegevens.

	Leken	Studenten	Advocaten
Aantal deelnemers	320	281	324
Gemiddelde leeftijd (SD ⁸⁸)	28.8 (8.0)	21.9 (5.0)	49.8 (10.7)
Man / Vrouw / NB / Zeg ik liever niet	154 / 160 / 6 / 0	123 / 153 / 1 / 4	174 / 156 / 0 / 0
Publiek- / Straf- / Civielrecht / Anders (%)			6.1 / 2.7 / 67.9 / 23.3 ⁸⁹

⁸⁴ Bij het rekruteren van de studenten is ervoor gewaakt dat zij in ieder geval een inleidend vak in het burgerlijk recht hebben afgerond waarbinnen onrechtmatige daad is behandeld. Het gros heeft tevens het tweedejaars vak verbintenissenrecht afgerond. Van de groep studenten die mee is genomen in de analyses was 33.8% eerstejaars student, 24.2% tweedejaars, 17.8% derdejaars, 9.3% vierdejaars (of later) bachelorstudent en 14.9% volgde een master Rechtsgeleerdheid.

⁸⁵ De beoogde aantallen en exclusiecriteria, alsmede het onderzoeksontwerp, de hypotheses en analyseplan zijn vooraf vastgelegd in zogeheten preregistraties. Deze zijn online te raadplegen. Voor de leken: aspredicted.org/5n26r.pdf; voor de studenten: aspredicted.org/5rk2p.pdf en voor de experts: aspredicted.org/7gq48.pdf. Om er zorg voor te dragen dat na het evt. uitsluiten van deelnemers (bijv. omdat zij onvoldoende aandachtig hebben deelgenomen en/of een controlevraag foutief beantwoordden) min. 300 deelnemers per groep over zouden blijven, was het streven om voor elke groep 10% meer respondenten te rekruteren dan benodigd (dus 330). Alleen voor de groep studenten is het beoogde aantal niet behaald.

⁸⁶ Voor een reeks pilots hebben wij gebruikgemaakt van PanellnZicht. Voor de daadwerkelijke studie zijn de participanten gerekruteerd via Prolific.

⁸⁷ Onder deze groepen hebben we boekenbonnen verlost.

⁸⁸ SD staat voor 'standaarddeviatie', een maat voor de spreiding in de data.

⁸⁹ De respondenten die voor 'anders' kozen, zijn overwegend civilisten. Zij gaven aan gespecialiseerd te zijn in bijv. het arbeidsrecht, familierecht, huurrecht, socialezekerheidsrecht of jeugdrecht. Er kan, kortom, van uit worden gegaan dat zo'n 90% van de deelnemende advocaten een civielrechtelijke achtergrond had.

5.2 **Casus en karaktermanipulatie**

Iedere deelnemer is een casus voorgelegd (zie online appendix 1).⁹⁰ In het kort betrof de casus een consument die aanzienlijke letselschade heeft opgelopen (verlamming), nadat hij in een winkelmagazijn was uitgeleden over een pas gedweilde vloer. De consument mocht niet in het magazijn komen, maar het onderscheid tussen de winkel en het magazijn was niet heel duidelijk, ondanks pogingen van de winkelier om dit onderscheid te verduidelijken. De consument stelt de winkelier aansprakelijk voor de door hem geleden schade, omdat hij van mening is dat deze meer had moeten ondernemen om te voorkomen dat klanten (per ongeluk) in het magazijn konden belanden en daar konden uitglijden over de natte vloer.

Belangrijk is dat niet iedereen dezelfde casus te lezen kreeg. Er waren twee verschillende versies. Alle relevante feiten waren in beide varianten identiek. Het enige verschil tussen de beide versies was hoe de gedaagde werd afgeschilderd. In eerste versie werd de gedaagde beschreven met informatie over zijn houding en karaktereigenschappen die bij de lezer een moreel oordeel als ‘goed’ zou kunnen voeden. In de tweede versie ging het om informatie die een moreel oordeel als ‘slecht’ zou kunnen voeden.⁹¹ Zo kregen de lezers van de eerste versie te lezen dat de gedaagde (de winkelier) bekendstaat als een zeer vriendelijke en sociale man die zich altijd heeft bekommerd om de ouderen in de buurt. De lezers van de tweede versie lasen juist dat de winkelier bekendstaat als een zeer onvriendelijke man die zich niet bekommert om het welzijn van de ouderen in de buurt. Ook was de ‘moreel goede’ winkelier erg geschrokken van het ongeluk en schoot hij zijn klant direct te hulp, terwijl zijn ‘moreel slechte’ tegenhanger zich juist vooral druk maakte over een eventuele schadeclaim.⁹² Ook uit de verklaring van een getuige die de winkelier kent uit de buurt, kon worden opgemaakt dat de winkelier een goed dan wel slecht karakter had.

90 Te raadplegen via: OSF.IO/F8QVT.

91 Het gaat hier uitdrukkelijk niet om een juridisch relevant of juist moreel oordeel over goed of slecht, maar om karaktereigenschappen die een mogelijk psychologisch oordeel kunnen voeden.

92 Overigens is in reactie op ons onderzoek door collega’s de vraag opgevoerd of het niet-bieden van nazorg in reactie op een ongeval op zichzelf onrechtmatig kan zijn en/of een aanwijzing zou mogen zijn voor het niet betrachten van afdoende zorg ex ante. In algemene zin denken wij dat het niet-bieden van zorg achteraf zeer zeker onrechtmatig kan zijn. In het onderhavige geval is echter van belang dat uit de casus-variant ‘moreel slechte laedens’ niet bleek dat er in het geheel geen hulp was geboden of dat het uitblijven van hulp tot verergeren van de schade in concreto heeft gelezen. Wij hebben de deelnemers slechts voorgelegd dat de veroorzaker niet onder de indruk was van het ongeval, dat hij de schuld vooral bij de ander legde en dat hij zich wel zorgen maakte om een claim die mogelijk zou volgen. In die omstandigheden menen wij dat uit een afstandelijke, onsympathieke houding na het ongeval niet zomaar mag worden afgeleid dat de voordien rechtens vereiste zorgvuldigheid niet is betracht. Doet men dat wel, dan trekt men onzes inziens een overhaaste conclusie. Voor de geloofwaardigheid van de casus was het evenwel nodig om de karakters te schetsen in de context van het ongeval. Zouden we in casu een pyromaan vs. een vrijwillige brandweerman hebben geïntroduceerd en het daarbij hebben gelaten, dan zou dat vragen oproepen en ver afstaan van de subtielere wijze waarop morele beïnvloeding in de werkelijke wereld plaatsvindt (externe validiteit).

Wij kozen voor een reguliere gevaarzettingcasus om meerdere redenen. Ten eerste weten we zeker dat alle deelnemers die een rechtenopleiding hebben voltooid dit leerstuk hoogstwaarschijnlijk in de opleiding hebben gehad, nu het aan alle rechtenfaculteiten in Nederland wordt voorgeschreven en zij dit leerstuk dus kunnen toepassen.⁹³ Voorts is voor een standaard geval gekozen zodat de deelnemer c.q. rechter geen rechtsgronden hoeft aan te vullen, niet aan rechtsvorming hoeft te doen en de invloed van het morele karakter in deze beperkte beslissruimte meetbaar wordt.⁹⁴ De beslissruimte van de rechter in een civiel geschil wordt in de echte wereld mede bepaald door de selectie van de toepasselijke rechtsvragen en rechtsregels, alsmede de toepasselijke (open) normen en interpretatie daarvan (aanvulling van rechtsgronden ex art. 25 Rv). Voor wat betreft de motivering van het oordeel aan de hand van de feiten wordt de rechter in beginsel begrensd door het partijdebat (art. 24 en art. 149 Rv). Desalniettemin heeft in de echte wereld de rechter in de diverse fasen nog met vele andere keuzes te maken. Denk aan het beoordelen of is voldaan aan de stelplicht, of de eiser (of de gedaagde bij bevrijdende verweren) tot bewijs moet worden toegelaten, alsmede de uiteindelijke bewijswaardering. Wij hebben ervoor gekozen de relevante feiten en de juridische grondslag als vaststaand te presenteren. Dit betekent dat ons experiment als het ware een stringente toets is van de hypothese, nu het denkbaar is dat irrelevante factoren een grotere invloed kunnen hebben naarmate de rechter meer bewegingsvrijheid heeft en wel op verschillende momenten (zie par. 3; zie voor nuanceringen par. 6).

Wel is ervoor gekozen om zowel omstandigheden die binnen de gezichtspuntencatalogus pleiten vóór onrechtmatigheid, als omstandigheden die pleiten tégen onrechtmatigheid aan de casus toe te voegen, zodat de uitkomst niet volstrekt evident is. Bij evident onrechtmatige of niet-onrechtmatige gevallen verwachten wij dat biases een minder grote rol spelen.⁹⁵

5.3 **Casusvragen**

Nadat de respondenten de casus hadden gelezen, werden hen de vragen voorgelegd die zagen op de vier *Kelderluik*-criteria, het onrechtmatigheidsoordeel en de eventuele mate van eigen schuld.

Om het onderzoek zo hanteerbaar mogelijk te houden, kozen we ervoor om in de vraagstelling de gezichtspunten uit het

93 W.H. van Boom, *Door meten tot weten. Over rechtswetenschap als kruispunt* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 11. De link naar het experiment is alleen aangeboden in onderwijsomgevingen van vakken waarin studenten zaten die het gevaarzettingleerstuk al hadden gehad.

94 Vgl. heteronome rechtsvinding in de woorden van Wiarda: G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (met nawoord van T. Koopmans), Deventer: Kluwer 1999.

95 Voorts lijkt het ons aannemelijk dat in de echte wereld m.n. de onduidelijke gevallen de rechter bereiken en dat evidente gevallen veelal worden geschikt, maar wellicht is de wens de vader van deze gedachte. Uiteraard kunnen er vele – ook minder rationele – redenen zijn waarom burgers procederen: A. Mein & F. de Meere, *Motieven van burgers om (niet) naar de rechter te gaan* (Research Memoranda 2018, nr. 3), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2018. De advocaat dient conform de gedragsregels voor ogen te houden dat een regeling in der minne altijd de voorkeur verdient boven een proces, zie gedragsregel 5.

oorspronkelijke *Kelderluik*-arrest te hanteren. Het gezichtspunt 'de aard van de gedraging' is, omdat het in de doctrine enigszins controversieel is (par. 2), buiten de vraagstelling gelaten. Andere vestigingsvereisten als toerekening, schade en causaal verband zijn niet uitgevraagd. Schade en causaal verband waren in de casus als het ware expliciet gegeven. Toerekenbaarheid is in dit type casus in steeds grotere mate in het onrechtmatigheidsoordeel verdisconteerd, waardoor onze verwachting was dat bij een positief onrechtmatigheidsoordeel de toerekenbaarheid zo goed als automatisch vast zou staan (par. 2). Er moesten bovendien keuzes worden gemaakt om de lengte van het onderzoek behapbaar te houden voor de deelnemers. Wel is de invloed van eigen schuld uitgevraagd, omdat we benieuwd waren in hoeverre het morele oordeel doorwerkt in de verdeling van de schade over beiden.

De instructie en vragen voor de juristen en studenten luiden als volgt:

“Wij vragen u zich te verplaatsen in de (civiele) rechter in de zaak tussen de heer Voorschoten en de heer Ritsema. U dient te beoordelen in hoeverre de heer Voorschoten in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid (ex art. 6:162 lid 2 BW) heeft gehandeld. Geef op basis van de in de casus genoemde omstandigheden per relevant gezichtspunt aan hoe dit in de casus zou moeten worden gewogen, alsmede uw oordeel ten aanzien van de aansprakelijkheid.”

- “In hoeverre is niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid waarschijnlijk?” (beantwoord op 7-puntsschaal van (1) ‘zeer onwaarschijnlijk’ tot (7) ‘zeer waarschijnlijk’)
- “Hoe groot is de kans dat daaruit ongevallen ontstaan?” (beantwoord op 7-puntsschaal van (1) ‘heel erg klein’ tot (7) ‘heel erg groot’)
- “Hoe ernstig kunnen de gevolgen zijn?” (beantwoord op 7-puntsschaal van (1) ‘helemaal niet ernstig’ tot (7) ‘zeer ernstig’)
- “In hoeverre is het nemen van veiligheidsmaatregelen bezwaarlijk?” (beantwoord op 7-puntsschaal van (1) ‘helemaal niet bezwaarlijk’ tot (7) ‘zeer bezwaarlijk’)

De onrechtmatigheidsvraag en de eigenschuldvraag zijn als volgt geformuleerd:

- “Geef graag uw oordeel over de mate van onrechtmatigheid van het handelen van de heer Voorschoten.” (beantwoord op een 7-puntsschaal van (1) ‘helemaal niet onrechtmatig’ tot (7) ‘zeer onrechtmatig’)
- “Indien de heer Voorschoten inderdaad aansprakelijk zou zijn voor de schade die Ritsema heeft geleden, welk percentage van de door Ritsema geleden schade vindt u dat vergoed moet worden door de heer Voorschoten, rekening houdend met eventuele eigen schuld?” (beantwoord middels een schuifknop die vastgezet kon worden op een schaal van 0 tot 100%)

Hoewel – indachtig de veelgebruikte analogie met zwangerschap – iemand niet een beetje onrechtmatig kan hebben gehandeld, is de mogelijke invloed van percepties van het morele karakter van de gedaagde op het onrechtmatigheidsoordeel beter meetbaar als er ruimte is voor nuance en respondenten niet gedwongen worden tot een binair antwoord (wel of niet onrechtmatig). Door het onrechtmatigheidsoordeel gradueel weer te geven, kan worden getoetst of het morele karakter van de gedaagde het oordeel binnen de gezichtspunten en/of het eindoordeel zwarter of witter maakt.

Daarnaast is ervoor gekozen een open vraag toe te voegen na de onrechtmatigheidsvraag, waarmee de deelnemers gevraagd werden hun onrechtmatigheidsoordeel kort toe te lichten. Deze open vraag stelde ons in staat om te onderzoeken of deelnemers expliciet verwijzen naar het karakter van de gedaagde en deze factor mogelijk verwerken in hun motivering. Ook kon middels deze vraag een analyse gemaakt worden van de verschillende motiveringen. Worden andere argumenten aangedragen of wordt een ander gewicht toegekend aan bepaalde feiten, afhankelijk van het morele karakter van de gedaagde?

Tot slot is de deelnemers gevraagd naar hun perceptie van het karakter van de gedaagde, om zo te kunnen controleren of het karakter zoals dit geschetst is in de casus (goed of slecht) ook als zodanig is gepercipieerd. Deze vraag luidde als volgt:

- “Tot slot zijn wij geïnteresseerd in uw perceptie van het morele karakter van de heer Voorschoten. Is hij volgens u een goed persoon of juist een slecht persoon?” (beantwoord op een 7-puntsschaal van (1) ‘zeer slecht persoon’ tot (7) ‘zeer goed persoon’)

De vragen zijn voor de groep leken iets anders geformuleerd. Dit omdat uit pilots onder collega’s bleek dat de *Kelderluik*-criteria wellicht moeilijk te duiden en toe te passen zijn zonder juridische achtergrond. Wij hebben daarom getracht de *Kelderluik*-criteria, vragen en instructie toegankelijk op te schrijven voor de leken:

“Om te bepalen of de heer Voorschoten de schade die de heer Ritsema heeft opgelopen moet vergoeden, moet de rechter vaststellen hoe risicovol het handelen van de heer Voorschoten is geweest. Ook moet hij bepalen of Voorschoten meer voorzorgsmaatregelen had moeten treffen om schade te voorkomen. Voor die beoordeling beantwoordt de rechter de volgende vragen. Hoe zou u deze vragen beantwoorden?”

- “Hoe waarschijnlijk is het dat iemand tijdens het winkelen niet oplettend en voorzichtig genoeg is om te voorkomen dat diegene een magazijn met pas gedweilde vloer inloopt?” (beantwoord op 7-puntsschaal van (1) ‘zeer onwaarschijnlijk’ tot (7) ‘zeer waarschijnlijk’)
- “Hoe groot is de kans dat er een ongeluk gebeurt als iemand tijdens het winkelen niet oplettend en voorzichtig genoeg is

en daardoor per ongeluk een magazijn met pas gedweilde vloer binnenloopt?” (beantwoord op 7-puntsschaal van (1) ‘heel erg klein’ tot (7) ‘heel erg groot’)

- “Hoe ernstig kunnen de gevolgen van een ongeval zijn als iemand tijdens het winkelen niet oplettend en voorzichtig genoeg is en daardoor per ongeluk een magazijn met pas gedweilde vloer binnenloopt?” (beantwoord op 7-puntsschaal van (1) ‘helemaal niet ernstig’ tot (7) ‘zeer ernstig’)
- “Hoeveel moeite of geld kost het voor een winkelier om verdere veiligheidsmaatregelen te nemen?” (beantwoord op 7-puntsschaal van (1) ‘helemaal geen moeite of geld’ tot (7) ‘zeer veel moeite of geld’)

De onrechtmatigheidsvraag en de eigen-schuldvraag luidde voor de leken als volgt:

- “In hoeverre bent u het eens of oneens met de volgende stelling: “Het is de schuld van de heer Voorschoten dat de heer Ritsema nu verlamd is en hij moet daarom schadevergoeding betalen.”” (beantwoord op een 7-puntsschaal van (1) ‘zeer mee oneens’ tot (7) ‘zeer mee eens’)⁹⁶
- “Stel, de rechter beslist dat de heer Voorschoten schadevergoeding moet betalen. Om te bepalen hoeveel geld de heer Voorschoten aan de heer Ritsema moet betalen, kijkt de rechter of Ritsema zelf ook schuld heeft aan het ongeval. Hoe meer schuld de heer Ritsema zelf heeft, hoe minder schadevergoeding de heer Voorschoten hoeft te betalen aan Ritsema. Welk percentage van de schade moet de heer Voorschoten volgens u betalen aan Ritsema?”

5.4 Volgorde van de vragen

Behalve de invloed van karakterinformatie is in dit onderzoek ook gekeken naar de mogelijke beschermende werking van de gezichtspuntencatalogus. Is de mogelijke vooringenomenheid als gevolg van karakterinformatie over de gedaagde afgezwakt of zelfs volledig afwezig als de deelnemers gedwongen worden eerst de vier gezichtspunten te beoordelen en daarmee hun oordeel te motiveren, alvorens hun onrechtmatigheidsoordeel te geven, vergeleken met de situatie waarin de deelnemers eerst hun onrechtmatigheidsoordeel moeten geven en pas daarna de gezichtspunten beoordelen? Om dit te onderzoeken hebben we elke groep deelnemers wederom opgeknipt in tweeën. De eerste groep kreeg de vragen in de ‘standaard’ volgorde gepresenteerd, dus eerst de vier gezichtspunten en pas daarna de onrechtmatigheidsvraag en eigen-schuldvraag. De tweede groep deelnemers kreeg een alternatieve volgorde van de vragen gepresenteerd, namelijk eerst het onrechtmatigheidsoordeel (incl. open vraag naar de motivering), vervolgens de vier gezichtspunten en tot slot de eigen-schuldvraag. Alle deelnemers kregen de vraag naar het morele karakter van de gedaagde als laatste.

96 Wij zijn ons als juristen bewust dat toerekenbaarheid o.g.v. schuld een ander onderdeel vormt van het beoordelingskader voor schadevergoeding o.g.v. onrechtmatige daad, maar ‘onrechtmatig’ als begrip vormt voor leken simpelweg een te abstracte term. Schuld ligt dicht bij de belevingswereld van de gewone mens.

Door deze verdere onderverdeling van de deelnemers (een zogeheten 2x2-design) zijn er in totaal vier verschillende varianten van het experiment ontstaan. Namelijk, versie 1 met een gedaagde met een goed karakter en standaard volgorde van de vragen, versie 2 met een goed karakter en alternatieve volgorde, versie 3 met een slecht karakter en standaard volgorde en versie 4 met een slecht karakter en alternatieve volgorde. Iedere deelnemer werd willekeurig toebedeeld aan een van deze vier versies.

5.5 Hypotheses

Op basis van de behandelde literatuur in paragraaf 4 verwachtten wij dat het morele karakter van de gedaagde invloed heeft op de invulling van de *Kelderluik*-criteria, het onrechtmatigheidsoordeel en het oordeel ten aanzien van de eigen schuld van de gelaedeerde. Meer specifiek was de verwachting dat alle oordelen negatiever ingekleurd zouden worden als de gedaagde negatief was afgeschilderd.

Ten aanzien van mogelijke verschillen tussen de groepen (leken, studenten en juristen) voor wat betreft de mate van vatbaarheid voor de vooringenomenheid door het karakter van de gedaagde hadden wij van tevoren geen concrete hypothese. Nu vergelijkbaar onderzoek geen verschil vond tussen leken en juristen, lag het naar ons idee voor de hand dat juridische kennis en ervaring onvoldoende bescherming zou bieden tegen de vooringenomenheid als gevolg van het karakter van de gedaagde.

Ook ten aanzien van de beschermende werking die mogelijk uitgaat van de gezichtspuntencatalogus hadden wij geen concrete verwachting. Wij wilden onderzoeken of de juridische aanname dat de motivering, in dit geval aan de hand van gezichtspunten, de invloed van morele biases op het onbewuste oordeel zou kunnen verkleinen, klopt.

6. Resultaten

Allereerst is het belangrijk om te verifiëren of de respondenten de moreel slechte gedaagde ook als moreel slechter percipieerden dan de moreel goede gedaagde. Dit bleek zo te zijn voor alle drie de groepen deelnemers.⁹⁷

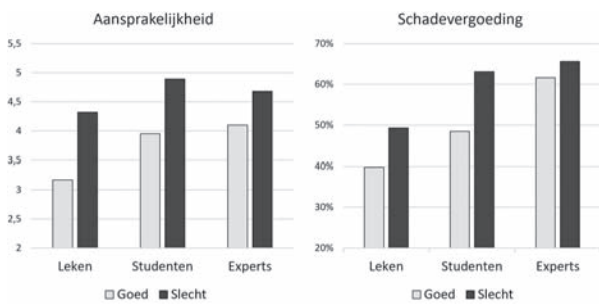
Vervolgens is de belangrijkste vraag of het morele karakter van de gedaagde invloed heeft gehad op het onrechtmatigheidsoordeel van de deelnemers. Dit bleek, in lijn met onze hypothese, het geval te zijn. Zoals in figuur 1 te zien is, werden voor alle drie de groepen deelnemers de onrechtmatigheid respectievelijk de aansprakelijkheid van de gedaagde eerder aangenomen indien deze was afgeschilderd als een moreel slecht persoon ten opzichte van wanneer deze juist was

97 Leken: moraal goed 6.12, moreel slecht 2.9; studenten: moreel goed 6.19, moreel slecht 2.94; experts: moreel goed 5.92, moreel slecht 3.48. Voor de drie statistische toetsen geldt $p < .001$, wat betekent dat er een statistisch significant verschil bestond tussen beoordeling van het karakter van de moreel ‘goede’ en ‘slechte’ gedaagde. De moreel goede gedaagde werd ook als een beter mens gezien.

afgeschilderd als een moreel goed persoon.⁹⁸ De mate waarin deze bias invloed heeft op het oordeel lijkt optisch gezien af te nemen naarmate kennis en ervaring toenemen, maar dit is niet helemaal het geval. Zo is er geen significant verschil tussen de ernst van de bias tussen de leken en de studenten.⁹⁹ Ook is er geen significant verschil tussen de studenten en de experts.¹⁰⁰ Wel is er verschil tussen de leken en de experts, in die zin dat de experts een minder sterke bias laten zien.¹⁰¹

Voor wat betreft de eigen-schuldvraag is in figuur 1 te zien dat het karakter van de gedaagde met name invloed had op het oordeel van de leken en de studenten. Zij dichtten een grotere mate van eigen schuld toe aan de gelaedeerde als de dader een moreel goed karakter had, dan wanneer deze een moreel slecht karakter had.¹⁰² Voor de experts is eenzelfde trend zichtbaar, maar het verschil tussen beide karakters was in deze groep niet statistisch significant.¹⁰³

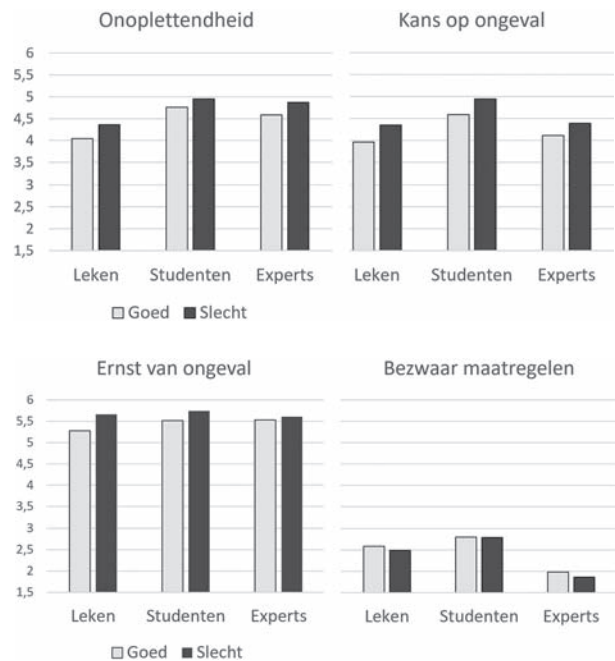
Figuur 1. Resultaten voor het onrechtmatigheidsoordeel en het eigen-schuldoordeel (uitgedrukt in het percentage dat de gedaagde zou moeten vergoeden aan de gelaedeerde).



Vervolgens is de vraag in hoeverre het morele karakter van de gedaagde invloed heeft gehad op de beoordeling van de vier *Kelderluik*-criteria. Zoals te zien is in figuur 2, is voor de eerste drie criteria voor alle drie de groepen deelnemers een trend waarneembaar die suggereert dat het morele karakter inderdaad invloed heeft gehad op de invulling van deze criteria. Echter, uit de statistische toetsen volgt dat niet elk verschil ook 'significant' is. Voor de leken heeft

het morele karakter een statistisch significante invloed op alle criteria, behalve de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen.¹⁰⁴ Voor de studenten is er een significant effect van karakter op het oordeel ten aanzien van de kans op een ongeval,¹⁰⁵ maar niet op de andere drie criteria.¹⁰⁶ Voor de experts lijkt er een klein effect te zijn voor het eerste en tweede criterium,¹⁰⁷ maar niet voor het oordeel ten aanzien van de ernst van de gevolgen van een mogelijk ongeval of de bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen.¹⁰⁸

Figuur 2. De resultaten per Kelderluik-criterium.



De vraag staat nog open in hoeverre toepassing van de gezichtspuntenencatalogus in gevaarzettingssituaties een beschermende werking kan hebben voor wat betreft de mogelijke

98 Leken: goed karakter $M = 3.17, SD = 1.46$, slecht karakter $M = 4.32, SD = 1.51, F(1, 318) = 47.71, p < .001, \eta_p^2 = .130$; studenten: goed karakter $M = 3.95, SD = 1.53$, slecht karakter $M = 4.88, SD = 1.15, F(1, 279) = 33.44, p < .001, \eta_p^2 = .107$; experts: goed karakter $M = 4.10, SD = 1.55$, slecht karakter $M = 4.68, SD = 1.38, F(1, 322) = 12.68, p < .001, \eta_p^2 = .038$.

99 $F(1,597) = 0.85, p = .358, \eta_p^2 = .001$.

100 $F(1,601) = 2.34, p = .127, \eta_p^2 = .004$.

101 $F(1,640) = 5.94, p = .015, \eta_p^2 = .009$. Ook nemen de studenten en experts in deze specifieke casus eerder aansprakelijkheid van de gedaagde aan dan de leken. Tussen de studenten en experts zat geen verschil. Hoofdeffect voor de factor 'groep': $F(2,922) = 18.74, p < .001, \eta_p^2 = .039$; verschil leken en studenten: $p < .001$; verschil leken en experts: $p < .001$, verschil studenten en experts: $p = .747$ (pairwise comparisons met LSD-correctie).

102 Leken: goed karakter $M = 43.78, SD = 23.40$, slecht karakter $M = 49.29, SD = 23.25, F(1, 279) = 13.28, p < .001, \eta_p^2 = .040$; studenten: goed karakter $M = 48.46, SD = 23.90$, slecht karakter $M = 63.11, SD = 19.62, F(1, 279) = 31.54, p < .001, \eta_p^2 = .102$.

103 Goed karakter $M = 61.61, SD = 27.25$, slecht karakter $M = 65.62, SD = 28.34, F(1, 322) = 1.69, p = .195, \eta_p^2 = .001$. In deze casus beoordeelden de experts de mate van eigen schuld lager dan de leken en studenten, en de studenten weer lager dan de leken. Hoofdeffect voor de factor 'groep': $F(2,922) = 46.08, p < .001, \eta_p^2 = .091$; verschil leken en studenten: $p < .001$; verschil leken en experts: $p < .001$, verschil studenten en experts: $p < .001$ (pairwise comparisons met LSD-correctie).

104 Onoplettendheid: goed karakter $M = 4.04, SD = 1.67$, slecht karakter $M = 4.36, SD = 1.57, F(1, 318) = 3.15, p = .077, \eta_p^2 = .010$; kans op een ongeval: goed karakter $M = 3.96, SD = 1.83$, slecht karakter $M = 4.35, SD = 1.72, F(1, 318) = 3.77, p = .053, \eta_p^2 = .012$; ernst van een ongeval: goed karakter $M = 5.28, SD = 1.55$, slecht karakter $M = 5.65, SD = 1.39, F(1, 318) = 5.06, p = .025, \eta_p^2 = .016$; bezwaarlijkheid van te nemen maatregelen: goed karakter $M = 2.59, SD = 1.06$, slecht karakter $M = 2.49, SD = 1.14, F(1, 279) = 0.002, p = .968, \eta_p^2 = .000$. Strikt genomen spreekt men van statistische significantie als de p-waarde lager is dan .05. Echter, deze cut-off is vrij arbitrair en het is discutabel of een p-waarde van bijv. 0.053 op een betekenisvolle wijze verschilt van .049.

105 Goed karakter $M = 4.59, SD = 1.40$, slecht karakter $M = 4.95, SD = 1.20, F(1, 279) = 5.37, p = .021, \eta_p^2 = .019$.

106 Onoplettendheid: goed karakter $M = 4.76, SD = 1.43$, slecht karakter $M = 4.95, SD = 1.45, F(1, 279) = 1.24, p = .267, \eta_p^2 = .004$; ernst van een ongeval: goed karakter $M = 5.52, SD = 1.25$, slecht karakter $M = 5.74, SD = 1.19, F(1, 279) = 2.24, p = .136, \eta_p^2 = .008$; bezwaarlijkheid van te nemen maatregelen: goed karakter $M = 2.80, SD = 1.72$, slecht karakter $M = 2.79, SD = 1.90, F(1, 279) = 0.002, p = .968, \eta_p^2 = .000$.

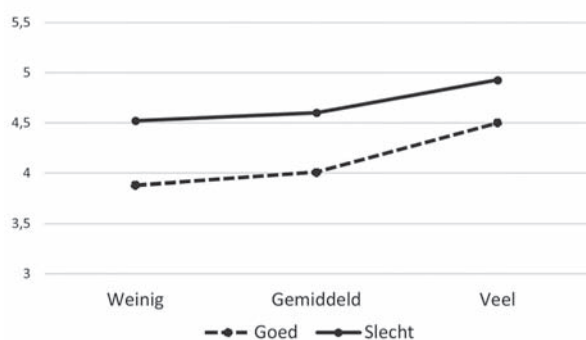
107 Onoplettendheid: goed karakter $M = 4.58, SD = 1.55$, slecht karakter $M = 4.87, SD = 1.52, F(1, 322) = 2.97, p = .086, \eta_p^2 = .009$; kans op een ongeval: goed karakter $M = 4.11, SD = 1.50$, slecht karakter $M = 4.39, SD = 1.43, F(1, 322) = 2.90, p = .090, \eta_p^2 = .009$.

108 Ernst van een ongeval: goed karakter $M = 5.53, SD = 1.35$, slecht karakter $M = 5.61, SD = 1.33, F(1, 322) = 0.30, p = .588, \eta_p^2 = .001$; bezwaarlijkheid van te nemen maatregelen: goed karakter $M = 1.98, SD = 0.97$, slecht karakter $M = 1.86, SD = 1.05, F(1, 322) = 1.13, p = .288, \eta_p^2 = .005$.

beïnvloeding door irrelevante factoren bij het aansprakelijkheidsoordeel. Is deze beïnvloeding minder of misschien zelfs niet bestaand als de gezichtspunten eerst beoordeeld worden en pas daarna het onrechtmatigheidsoordeel? In de onderhavige studie vonden wij geen bewijs voor een dergelijke beschermende werking, voor geen van de drie groepen.¹⁰⁹ Of de gezichtspunten nu eerst 'ingevuld' worden of niet, het karakter van de gedaagde beïnvloedt het onrechtmatigheidsoordeel.

Tot slot nog de vraag in hoeverre praktijkervaring met de *Kelderluik*-criteria een factor van betekenis speelde. Kan het zo zijn dat ervaring met de gevaarzettingzaken en dus de *Kelderluik*-criteria ervoor kunnen zorgen dat irrelevante factoren, zoals het morele karakter van een procespartij, minder of geen invloed hebben op de beoordeling? Om dit te kunnen analyseren, is de deelnemende advocaten gevraagd in hoeverre zij in hun werk te maken hebben met de *Kelderluik*-criteria (beantwoord op een 7-puntsschaal van (1) 'helemaal niet' tot (7) 'zeer nadrukkelijk'). De analyse laat zien dat het karakter van de gedaagde het juridische oordeel beïnvloedt, *onafhankelijk* van de mate van ervaring met gevaarzettingkwesities. Het effect van het karakter van de gedaagde op het onrechtmatigheidsoordeel (het verschil tussen de twee lijnen) lijkt kleiner te worden met toenemende mate van ervaring, maar statistisch gezien is dit verschil niet significant.¹¹⁰ De lijnen liggen in feite dus overal even ver uit elkaar. Wel is er een verband tussen de mate van ervaring met de *Kelderluik*-criteria en de neiging om aansprakelijkheid aan te nemen, wat te zien is aan het gegeven dat beide lijnen stijgen.¹¹¹

Figuur 3. Ervaring met *Kelderluik*-criteria en het aansprakelijkheidsoordeel.



7. Conclusies, beperkingen en implicaties van het onderzoek

De belangrijkste bevinding van dit onderzoek is dat de onrechtmatigheidsoordelen van juristen in gevaarzettingzaken beïnvloed kunnen worden door irrelevante percepties

van het morele karakter van de gedaagde. Juridische kennis en ervaring bleken geen bescherming te bieden tegen de onderzochte vooringenomenheid. Er zijn wel enkele verschillen gevonden tussen de leken, rechtenstudenten en advocaten, maar deze verschillen werden vooral gevonden bij de kleuring van de gezichtspunten en de eigen-schuldvraag en dus niet bij het belangrijkste oordeel: de onrechtmatigheid van het handelen van de gedaagde. Voorts bleek dat gedwongen worden eerst de gezichtspunten te beoordelen alvorens het onrechtmatigheidsoordeel te vellen, geen soelaas bood. Tot slot bleek ook van ervaring met gevaarzettingzaken geen beschermende werking uit te gaan. In die zin kan geconcludeerd worden dat karakterinformatie een robuuste invloed heeft op juridische oordelen.

Deze bevindingen zijn wat ons betreft problematisch. Het zou niet zo mogen zijn dat indrukken van het morele karakter van een gedaagde de interpretatie van de omstandigheden van het geval dusdanig beïnvloeden dat het uiteindelijke onrechtmatigheidsoordeel mede hiervan afhangt. Niet alleen leidt deze vooringenomenheid mogelijk tot onrechtvaardige uitkomsten in een specifiek geval, ook komen de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid in het geding nu verschillende beoordelaars verschillende indrukken zullen hebben van een gedaagde. Om deze reden is het niet te voorspellen in welke richting de vooringenomenheid zal wijzen (strenger of juist milder oordeel) en zullen gelijke gevallen mogelijk niet gelijk worden behandeld.

Enkele reserves ten aanzien van deze conclusies en zorgen zijn echter op hun plaats. Ten eerste waren de deelnemende experts advocaten en niet rechters. Het is daarom onzeker of de bevindingen te generaliseren zijn naar rechterlijke oordeelsvorming, al achten wij de kans klein dat rechters op een relevante manier zouden verschillen van advocaten waardoor zij minder onderhevig zouden zijn aan de bestudeerde bias.¹¹²

Ten tweede is in dit onderzoek gebruikgemaakt van een relatief beknopte en fictieve (zij het op waarheid gebaseerde) casus. Het is denkbaar dat de informatie over het karakter van de gedaagde nadrukkelijk de aandacht trok, terwijl bij een meer uitgebreid feitencomplex de indrukken van iemands karakter meer naar de achtergrond verdwijnen. Het tegendeel kan echter ook het geval zijn; meer informatie zou de rechter ook meer munitie kunnen geven om het onbewuste oordeel uitvoeriger te motiveren. Wij hebben aan de kwalitatieve analyse van de motiveringen kunnen zien dat veel omstandigheden zowel voor als tegen onrechtmatigheid kunnen worden aangehaald en daarmee dus

109 Leken: $F(1, 316) = 0.72, p = .397, \eta_p^2 = .002$; studenten: $F(1, 277) = 0.17, p = .681, \eta_p^2 = .001$; experts: $F(1, 320) = 3.02, p = .083, \eta_p^2 = .009$.

110 De interactie tussen de factor 'moreel karakter' en 'ervaring' was niet statistisch significant, $t = -.56, p = .58$. Deze interactie is getoetst middels Hayes' Process macro. 16°, 50° en 84° percentiel.

111 Regressiecoëfficiënt (b) = .12, $t = 2.27, p = .024$.

112 Wij hebben dit reeds beargumenteerd in een voetnoot bij par. 5.1 in de methode sectie van dit artikel. De strekking van het argument is dat rechters vaak als onpartijdig worden gezien door training en ervaring met een onpartijdige rol, maar de effectiviteit daarvan wordt betwijfeld. Onderzoek toont aan dat opleidingen en/of trainingen biases niet opheffen. Hoewel rechters onpartijdig zouden moeten zijn, zijn er naar onze mening geen overtuigende redenen om aan te nemen dat zij minder vatbaar zijn voor biases dan advocaten, die eveneens gewend zijn objectief naar zaken te kijken, bijv. bij het geven van een procesadvies.

instrumenteel kunnen worden ingezet in de motivering. Dit zou onderwerp kunnen zijn van toekomstig onderzoek.¹¹³

Tot slot is aan de deelnemers slechts een enkele casus voorgelegd. Het is denkbaar dat in een ander geval het feitencomplex van dusdanige aard is dat er minder ruimte is voor beïnvloeding door irrelevante karakterinformatie. Wij zijn hierover overigens niet optimistisch, al is het wel zo dat vooringenomenheden vooral de ruimte krijgen in complexe, 'grijze' gevallen waarin het kwartje beide kanten op kan vallen. Bij juridisch meer eenvoudige zaken kan die ruimte minder zijn. Tegelijkertijd valt er ook dan voor de rechter, gezien de diverse fasen, nog veel te kiezen waardoor we verwachten dat vooringenomenheid ook invloed kan hebben op hoor en wederhoor en bijvoorbeeld instructiebeslissingen.

Deze reserves daargelaten, kunnen de bevindingen uit dit onderzoek tot enkele aanbevelingen nopen. Op basis van voorgaand en eerder onderzoek bestaat (nog) geen effectieve oplossing voor motivated reasoning. Het lijkt haast niet te voorkomen; het is immers een natuurlijk, menselijk, onbewust proces dat zich in een fractie van een seconde voltrekt. De enige manier om te voorkomen dat een oordeel onbewust door de perceptie van het morele karakter wordt beïnvloed, lijkt het voorkomen dat irrelevante informatie over de persoon op basis waarvan het onbewuste oordeel wordt gevormd – en dat kan mogelijk ook diens manieren, accent, kleding of uiterlijk zijn – de rechter bereikt. De invoering van een verplichte blinddoek dus? Hier ontstaat direct een spanningsveld met andere kernwaarden in de privaatrechtelijke procedure zoals *fair trial* en hoor en wederhoor (art. 6 EVRM) en met de wetenschappelijke aangetoonde voordelen van een goed persoonlijk contact met de rechter.¹¹⁴ Willen we bijvoorbeeld een eiser of gedaagde niet in persoon laten horen door de rechter die uiteindelijk de beslissing ten gronde neemt ter voorkoming van onbewuste oordelen, terwijl we ook weten dat ervaren procedurele rechtvaardigheid en goed persoonlijk contact met de rechter de naleving van het eindoordeel aantoonbaar bevordert?¹¹⁵ Zo ver willen wij niet gaan. Toch zijn gevallen denkbaar waarin wij denken dat een gepaste afstand tussen de rechter en procespartijen nuttig en mogelijk zou kunnen zijn. Zo zou kunnen worden gedacht aan het vervangen van de rechter die betrokken is geweest bij voorlopige

bewijsverrichtingen zodra de zaak ten gronde wordt aangebracht, zodat de bodemrechter eerst alleen het dossier bestudeert alvorens hij of zij de partijen ter comparitie in persoon ziet.¹¹⁶ Griffiers en rechters in de voorfase dienen zich voorts extra bewust te zijn van de wijze waarop zij informatie in het proces-verbaal van een zitting of getuigenverhoor weergeven, zodat deze geen voer zijn voor latere onbewuste oordelen. Ook moet geen informatie over het verloop van eerdere zittingen worden gedeeld die niet relevant is voor de merites van de zaak. Een vergelijkbaar principe zou kunnen gelden voor de comparitie na aanbrengen; ook dan kunnen rechters worden gewisseld en zou de eerste rechter zich in onze ogen moeten onthouden van bijvoorbeeld het delen van informatie over de schikkingsbereidheid van een der partijen met de rechter die de zaak ten gronde gaat behandelen.¹¹⁷ Of regels over character evidence als in sommige common law jurisdicties zinvol zijn (par. 1), zou nader moeten worden onderzocht; vooralsnog is onduidelijk welk type informatie – gefourneerd door partijen of uit eigen ervaring – de meeste invloed heeft. Wat ons betreft zou bij de evaluatie van de diverse lopende procedurele pilots aandacht moeten zijn voor mogelijke neveneffecten als deze.¹¹⁸

Wel lijken er eerste aanwijzingen te zijn dat bewustwording van deze processen enige neutraliserende werking zou kunnen hebben.¹¹⁹ Hoewel doorslaggevend bewijs ontbreekt, dragen wij met dit artikel hopelijk bij aan deze bewustwording. Tegelijkertijd willen we erop wijzen dat dit geen sluitende oplossing is voor het probleem.

Ten slotte laten de resultaten van de open vragen zien dat sprake is van noise: “*undesirable variability in judgments of the same problem.*”¹²⁰ In andere woorden: willekeur waar uniformiteit verwacht zou mogen worden. Hoewel we accepteren dat er variëteit kan zitten in de uitkomst bij het beoordelen van een zaak aan de hand van de invulling van open normen door rechters, lijkt de variëteit in dit experiment te groot. Het gaat alle kanten op. Sterker nog: de uitkomst van deze procedure lijkt – los van de meetbare invloed van het morele karakter – een tombola. Dit vraagt nadere analyse van deze antwoorden, onderzoek naar verklaringen voor deze uiteenlopende oordelen en nadere normatieve duiding daarvan. Noise zou daarmee naast biases wel eens het grootste gevaar van het gevaarzettingsleerstuk kunnen zijn. Genoeg werk aan de winkel voor ons als onderzoekers dus.

113 Voor een recent preadvies over de relatie tussen open normen en willekeur, zie N. Strohmaier & J.M.W. Pool, 'Ruis bij open normen: Een onderschat risico voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid', in: L.C. Groen & S.J.M. Reinders (red.), *Empirisch onderbouwde wetgeving. Preadviezen / Nederlandse Vereniging voor Wetgeving (NVvW)*, Den Haag: Boom juridisch 2024, 63-102.

114 Hierbij moet gedacht worden aan het fenomeen procedurele rechtvaardigheid. Voor literatuur hierover zie bijv. E.A. Lind & T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum Press 1988; T.R. Tyler, & L.E. Allan, *Procedural justice. Handbook of justice research in law*, New York: Plenum Publishers 2001 en L. Hulst, K. van den Bos, A.J. Akkermans & E.A. Lind, 'On the Psychology of Perceived Procedural Justice: Experimental Evidence that Behavioral Inhibition Strengthens Reactions to Voice and No-voice Procedures', *Frontiers in Psychological and Behavioral Science* 2017/1.

115 Zie voor een overzicht in strafrechtelijke context: L. Ansems, *Procedural Justice on Trial* (diss. Utrecht), 2021, hfst. 1, i.h.b. p. 6.

116 Op dit punt is onzes inziens afwijken van art. 155 Rv soms geboden; *Parl. Gesch. Burgerlijk Procesrecht* 2002, p. 353.

117 Dat wisselen kan in die fase nog zonder al te veel problemen, zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:726, r.o. 3.3.2.

118 Wij sluiten ons aan bij Ashmann die, in navolging van Asser, Groen en Vranken, er eerder al aandacht voor vroeg dat diverse pilots voldoende deugdelijk empirisch moeten worden geëvalueerd, zie voor een overzicht Ashmann 2024, nr. 434-451.

119 Liu 2018.

120 D. Kahneman, O. Sibony & C.R. Sunstein, *Noise. A Flaw in Human Judgment*, Londen: William Collins 2021, p. 29.