



ANTILLIAANSE
JURISTEN
VERENIGING

NIEUWSBRIEF

No. 1: 2021 - 2022

INHOUDSOPGAVE

- 1** Voorwoord
- 2** Colofon
- 3** Voorstelrondje nieuwe bestuursleden
- 4** Terugblik algemene ledenvergadering 24 juni 2021
- 5** Bijdrage: Rechtspraak in Covid-tijd
- 6** Bijdrage: Terugkijken door een vertroebelde bril.
Over mentale misleiding: de invloed van hindsight
bias, het Knobe-effect en gekleurde vraagstelling op
aansprakelijkheid

1 VOORWOORD



Geachte lezer,

Het zomerreces is alweer voorbij en het nieuwe bestuursjaar van de Antilliaanse Juristenvereniging ('AJV') is weer aangevangen. Het bestuur van AJV staat na een korte vakantie paraat om ook dit bestuursjaar in te vullen met interessante lezingen en speciaal voor de leden georganiseerde evenementen en gezellige borrels.

In deze nieuwsbrief doen de nieuwe bestuursleden een kort voorstelrondje en blikken wij terug op een goed geslaagde Algemene Ledenvergadering, die in tijd nogal uitliep vanwege de interessante voordracht van mr. Karel Frielink en de discussies die daarop volgden. Mocht u de ledenvergadering niet hebben kunnen bijwonen, hoeft u niet te treuren. In deze nieuwsbrief vindt u de bewerking van de voordracht van Karel Frielink terug, die wij u niet hebben willen onthouden.

Nu ons leven is gegrepen door het coronavirus en ook wij juristen bijna dagelijks met de gevolgen daarvan te maken hebben, wordt in deze nieuwsbrief aandacht besteed aan de gevolgen van het virus voor de rechterlijke macht en de diverse uitdagingen die daardoor bij de rechterlijke macht op tafel liggen. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, St. Maarten en van Bonaire, St. Eustatius en Saba geeft via deze nieuwsbrief een inkijkje in wat er zoal speelt bij de rechterlijke macht in deze tijden.

Wij wensen u veel leesplezier!

Het bestuur van de AJV

2 COLOFON

De Antilliaanse Juristen Vereniging is de vereniging voor juristen van Aruba, Bonaire, Curaçao, Sint Maarten, Sint Eustatius en Saba. De AJV heeft tot doel het bevorderen van zowel de belangstelling voor de rechtswetenschappen als de juridische dienstverlening op de eilanden.

Het lidmaatschap staat open voor alle juristen in Aruba, Bonaire, Curaçao, Sint Maarten, Sint Eustatius en Saba en daarbuiten en bedraagt NAf 150,- per jaar. Voor rechtenstudenten die nog niet in het bezit zijn van een academische titel, graad of hoedanigheid bedraagt de contributie NAf 120,- per jaar.

AJV Nieuwsbrief:

De AJV Nieuwsbrief wordt digitaal onder de leden verspreid.

Advertenties:

Voor het plaatsen van advertenties in de AJV Nieuwsbrief kan contact opgenomen worden met het bestuur via antilliaansejuristenvereniging@gmail.com.

Secretariaat AJV:

L.B. Smithplein 3, Curaçao

E-mail: antilliaansejuristenvereniging@gmail.com

Website: www.antilliaansejuristenvereniging.com

Rekeningnummer: MCB 27874007

Het bestuur van de Antilliaanse Juristen Vereniging

Verenigingsjaar 2021 - 2022



mw. mr. Xiomara Chelius, voorzitter
advocaat/partner bij
MXLaw



mw. mr. Joyceline Lovert, vicevoorzitter
advocaat/partner bij True
Lawyers



mw. mr. Tahirah de Lanoy, secretaris
gerechtssecretaris bij het
Gemeenschappelijk Hof
van Justitie



mr. mr. Francine Da Costa Gomez, penningmeester
tax manager en advocaat
bij HBN Law & Tax



mw. mr. Marie Weijand, bestuurslid
advocaat bij HBN Law &
Tax



mw. mr. Oliivia Leito, bestuurslid
gerechtssecretaris bij het
Gemeenschappelijk Hof
van Justitie



mw. mr. Bernice Rollings, bestuurslid
jurist bij de Ombudsman
van Curaçao

3 VOORSTELRONDJE **NIEUWE** BESTUURSLEDEN

Bernice Rollings

Ik ben Bernice Rollings en werk bij de Ombudsman in de functie van jurist. Ik heb de masters Arbeidsrecht en Maritime and Transport Law voltooid aan de Erasmus School of Law en heb ook een semester juridische vakken gevolgd aan de Universitat Autònoma de Barcelona. Ik ben graag bezig met interieur design, yoga, wandelen, koken en lezen.

Dit bestuursjaar wil ik mij toeleggen op het (verder) uitbreiden van onze social media aanwezigheid. Op 26 juni jl. heb ik in dat kader de Facebookpagina www.facebook.com/antilliaansejuristenvereniging opgericht. Vergeet niet deze pagina te *liken* 👍 ;)!

Daarnaast wil ik mijn netwerk verder aanboren voor artikelen voor onze nieuwsbrief en onze activiteitenplanning professionaliseren/standaardiseren door middel van een handboek met stappenplannen, concepten, etc. Tevens zal ik dit bestuursjaar doorgaan met het opmaken van uitnodigingen voor onze activiteiten.



Olievia Leito

Ik ben Olievia, werkzaam op de strafafdeling bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie. Naast het juristenwerk bak ik graag heerlijke taarten en hou ik me ook bezig met mijn moestuintje. In het bestuur van de AJV ben ik uw contactpersoon op de mail. Schroom niet om de AJV per mail te contacteren.



Francine Da Costa Gomez

Ik ben Francine Da Costa Gomez en ben met veel plezier werkzaam als Tax Manager en advocaat bij HBN Law & Tax. In mijn vrije tijd houd ik van koken, ik ben een ware "Foodie". Ik zal aankomend bestuursjaar de functie van Penningmeester bekleden. Ik hoop jullie te zien bij onze events en kijk uit naar een mooi bestuursjaar!



Joyceline Lvert

Zeg maar Joyce. Ik ben partner bij True Lawyers en met veel plezier als (proces)advocaat actief. Mocht u mij niet kennen als advocaat, dan kent u mij allicht als zwemmer, als docent bij de rechtenfaculteit van de UoC of als oud Radulphiaan. Ik kijk ernaar uit u bij een volgend AJV event te ontmoeten.



4 TERUGBLIK

ALGEMENE LEDENVERGADERING 24 JUNI 2021



Het was goed om onze actieve leden tijdens de algemene ledenvergadering eindelijk weer fysiek te ontmoeten. Het was een geslaagde avond en borrel. Tijdens de ledenvergadering zijn de besluiten en notulen van de digitale algemene ledenvergadering van 24 september 2020 officieel geratificeerd en vastgesteld. De voorzitter Xiomara Chelius heeft verslag gedaan van de activiteiten van de AJV in het bestuursjaar 2020-2021 en de penningmeester en kascommissie zijn ingegaan op het incassobeleid dat door de AJV is gevoerd. De financiën van de AJV zijn aanmerkelijk verbeterd, waarvoor de AJV ook haar leden langs deze weg graag bedankt. Tijdens de ledenvergadering heeft het bestuur afscheid genomen van mr. Karina Keizer als bestuurslid tevens secretaris van het bestuur. Het bestuur is Karina zeer erkentelijk voor de grote inzet en betrokkenheid die zij de afgelopen jaren heeft getoond. Van de ledenvergadering zijn notulen opgesteld die bij de volgende vergadering aan onze leden ter vaststelling zullen worden voorgelegd.

5 RECHTSPRAAK IN COVID-TIJD

Bijdrage van Mw. mr. Th. G. Lautenbach. Thea Lautenbach is lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

We kregen allemaal te maken met de sluiting van het gerechtsgebouw half maart vorig jaar. Op dit moment zitten we in een tweede lockdown en worden we geconfronteerd met eenzelfde situatie. De rechtspraak heeft in Nederland veel kritiek gekregen vanwege de sluiting van de gerechtsbouwen. Fred Hammerstein begreep niet dat de rechtspraak kennelijk niet behoort tot de onmisbare onderdelen van onze maatschappij. De sluiting is volgens hem slecht voor het vertrouwen van burgers in de rechtspraak, de toegang tot de rechter moet juist in een tijd van uitzonderlijke maatregelen gewaarborgd blijven en er ontstaan nieuwe achterstanden bij de behandeling van zaken. Vanuit de strafrechtspleging is er kritiek op de online en telefonische behandeling van zaken en met name op de onvoldoende bescherming van de rechten van verdachten daarbij. Vanuit de advocatuur is erop gewezen dat deze manier van behandeling van zaken onvoldoende recht doet aan het beginsel van hoor en wederhoor. Principiële kritiek kwam van de werkgroep strafrecht van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, dat van mening was dat de rechten van verdachten uit artikel 6 EVRM werden geschonden door geen aanwezigheid in persoon, geen aanwezigheid bij de gehele online zitting en geen contact hebben met de advocaat ter zitting. Zij benadrukt dat voor het opbouwen van de vertrouwensband die nodig is voor deugdelijke consultatiebijstand, persoonlijk (face-to-face) contact sterk de voorkeur heeft boven telefonisch contact, zeker bij arrestanten die een hen nog onbekende advocaat krijgen toegewezen. Ditzelfde geldt voor verhoorsbijstand: een fysiek aanwezige advocaat ervaart ook non-verbale communicatie van de verhorende ambtenaren en van de verdachte en kan ook om die reden effectievere bijstand verlenen dan een advocaat die slechts telefonisch inbelt. Ook kaartte het NJCM het probleem van het vereiste van openbaarheid van het proces aan. De sluiting van de gerechten heeft tot gevolg dat zittingen niet bijgewoond kunnen worden door het publiek. Het alternatief dat geboden wordt, het bijwonen van zittingen door maximaal drie journalisten, schiet in de ogen van het NJCM tekort.

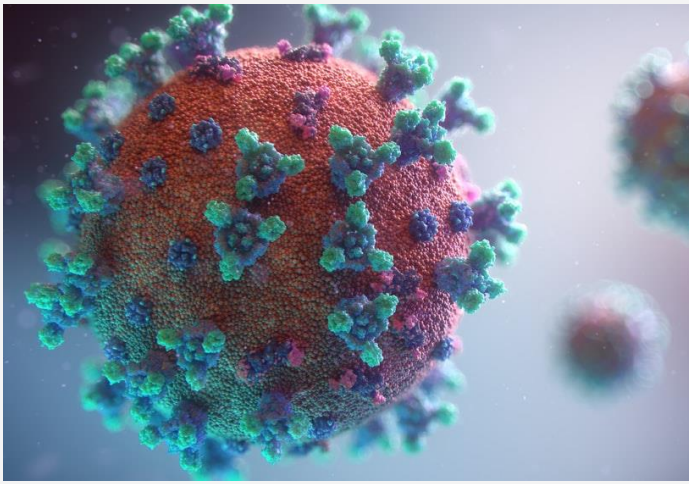
De intrekking dan wel aanhouding van zittingen heeft tot gevolg dat er nieuwe achterstanden ontstaan, dat is waar. De zaken komen stil te liggen, tenzij partijen ervoor kiezen de zaak schriftelijk af te doen of kiezen voor een mondelinge behandeling via een digitaal communicatiemiddel. Maar acute problemen blijven liggen: denk aan familiezaken, achterstanden in huurzaken, rechten van ontslagen werknemers. Ook worden de rechten van bewoners van zorginstellingen beperkt omdat mentoren, curatoren en andere vertegenwoordigers niet meer op bezoek kunnen komen.

Het is fijn dat de moderne communicatiemiddelen ons de mogelijkheid geven voor het organiseren van een digitale zitting waarbij rechtstreekse interactie met de rechter en de wederpartij mogelijk is. Verbale en non-verbale interactie is nodig om een partij het gevoel te geven dat hij gehoord en gezien wordt. Het is van wezenlijk belang dat partijen het idee hebben dat zij een bijdrage kunnen leveren aan de uitkomst van de zaak, los van de vraag of het uiteindelijk effect heeft gehad. Het zal meer legitimiteit geven aan de uitspraak. Een voordeel van een digitale zitting is dat het voor sommige rechtzoekenden als toegankelijker wordt gezien omdat zij vanuit hun huis kunnen deelnemen aan een rechtszitting. De reistijd is er niet of is beperkt. Buitenlandse partijen kunnen makkelijker deelnemen aan het proces. En zaken kunnen gewoon doorgaan en efficiënt worden behandeld.

Maar nadelen zijn er ook. Door de toegang tot de gerechtsgebouwen te ontfemen aan het publiek en zittingen af te zeggen of alleen via beeldverbindingen te laten verlopen, is de rechtspraak niet meer openbaar. Openbaarheid is echter een wezenlijk element voor een eerlijke procedure: openbaarheid is nodig om controle te houden op wat in de rechtszaal gebeurt, zodat misstanden ter discussie kunnen worden gesteld, waarbij alle procesdeelnemers betrokken zijn. Het betreft een fundamenteel rechtsbeginsel zoals verankerd is in de Grondwet en het EVRM. Openbaarheid van rechtspraak betekent ook dat burgers naar zittingen gaan en begrijpen wat er wordt behandeld, als rechterlijke uitspraken worden gelezen en begrepen, en dat mediaberichten over de

(straf)rechtspraak niet slechts de ‘hypes’ weergeven maar ook de zogenoemde ‘doorsneezaken’. Ook is openbaarheid nodig als vorm van informatievoorziening: het publiek moet kunnen volgen wat de rechtspleging doet en zien dat de rechtspleging functioneert zoals het moet want daarmee wordt vertrouwen in de rechtspraak bevorderd. Het is niet aanvaardbaar dat deze situatie te lang duurt. De rechtspraak moet naast openbaar dus ook toegankelijk zijn.

Een mogelijkheid om de openbaarheid van rechtspraak te kunnen waarborgen zou bijvoorbeeld kunnen zijn livestream opnames of door gebruik te maken van het internet. De vraag is wel of de wetenschap dat de “hele wereld” mee kan kijken en dat alles op video of audio wordt vastgelegd het gedrag van procesdeelnemers, rechters, officieren, procespartijen, verdachten en getuigen, zal beïnvloeden. Mogelijk zullen zij zich meer terughoudend opstellen of juist “een show voor de bühne” geven. Er bestaat ook het risico van onrechtmatige opnames. Bovendien kan de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de procesdeelnemers groter zijn in vergelijking met een fysieke zitting, omdat het publiek bij een digitale of livestream zitting vaak meer te zien krijgt. In Nederland wordt druk geëxperimenteerd met het rechtstreeks toelaten van publiek tot online zittingen. Iedereen kan zich aanmelden voor een rechtszitting door een aanmeldformulier in te vullen en nadat de reservering is bevestigd, wordt een persoonlijke uitnodiging (link) tot de Skype-sessie gestuurd waarin de zitting wordt gehouden. Het grote voordeel ten opzichte van de livestream is dat de kosten minimaal zijn, omdat er geen cameraopstellingen en beeldregisseurs nodig zijn. Hierdoor kunnen substantieel meer zittingen op afstand worden gevolgd door geïnteresseerden. Daarnaast is de verspreiding kleiner door een beperkter publiek, dit zorgt waarschijnlijk voor een lagere inbreuk. Mogelijke waarborgen zouden kunnen worden ingebouwd. Zo zouden deelnemers zich vooraf moeten legitimeren, net als bij een fysieke zitting, er zouden gedragsregels kunnen worden opgesteld en technische mogelijkheden worden ingevoerd om iemand te kunnen verwijderen.



En het is aan de rechter om af te wegen of een livestream of het rechtstreeks toelaten van publiek tot een digitale zitting inderdaad geschikt is voor de desbetreffende zitting. Al met al zal de openbaarheid van een (deels) digitale zitting voorlopig nog wel onderwerp van discussie blijven, die in rechte of in wetgeving meer structuur zou moeten krijgen. De Hoge Raad heeft zich in zijn arrest van 15 december 2020 al kunnen uitlaten over het vraagstuk openbaarheid van rechtspraak. In die (straf)zaak had de rechtbank geoordeeld dat, hoewel het gerechtshuis op de dag van zitting tijdelijk niet toegankelijk was voor

publiek als gevolg van COVID-19, onderzoek ter zitting over de toelaatbaarheid van gevraagde uitlevering feitelijk in het openbaar heeft plaatsgevonden, in aanmerking genomen dat het de pers was toegestaan om zittingen bij te wonen en dat daarmee op dat moment controleerbaarheid voldoende was gewaarborgd. Dit oordeel geeft volgens de Hoge Raad niet blijk van onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd. De Hoge Raad overwoog verder dat niet iedere beperking in de toegankelijkheid van de gerechtshuizen door COVID-19 de behandeling het openbaar karakter ontnemt. Het komt erop aan of op andere wijze recht kan worden gedaan aan de belangen die worden gediend met openbare behandeling van een zaak, in het bijzonder waarborgen van publieke verantwoording van rechtspleging en van vertrouwen van het publiek in de rechtspraak.

De meeste rechters delen de ervaring dat een digitale zitting een forse beperking oplevert. Met de werkelijkheid van een fysieke zitting waarbij alle procesdeelnemers in dezelfde ruimte zitten is het niet goed te vergelijken. Onderzoek wijst uit dat de volgende problemen bij een digitale zitting worden ervaren: de selectieve toegang tot online verbindingen, waarbij rechtzoekenden soms hun toevlucht moeten nemen tot computers in publieke ruimten, het optreden van technische storingen, de zitting moet soms gestaakt worden (bijv. omdat een partij klaagt de zitting niet te kunnen volgen), een pleiter is niet goed verstaanbaar, slecht zichtbaar of iemand verliest ongemerkt de connectie terwijl de zitting gewoon doorgaat, de effectiviteit van pleidooien neemt af door storingen en de kwaliteit van het horen van verdachten/partijen en getuigen, de afstandsrelatie tussen cliënt en advocaat beperkt de communicatie en de effectiviteit van de inbreng, de omgang met anderstaligen en de inzet van vertalers, psychologische effecten, vooral bij laagopgeleiden die het toch al moeilijk vinden om de communicatie met rechters te volgen, het gevoel kunnen krijgen niet serieus te worden genomen en mentaal afhaken en de vraag of het horen van kinderen op een open wijze gerealiseerd kan worden. Ook vinden veel rechters dat een onlinezitting meer inspanning vergt dan een gewone fysieke zitting. De zittingen duren doorgaans

langer dan een gewone zitting. Het is lastiger om de regie vast te houden. Soms is er een (zeer) slechte verbinding of komt de verbinding zelfs helemaal niet tot stand. Een zorgvuldig voorbereide zitting kan dan niet doorgaan. Met uitstel van de zaak tot gevolg en onzekerheid voor partijen over de afloop van hun zaak. Maar ook met een goede verbinding is het lastig om echt met partijen in contact te komen en de emoties te onderkennen die zij vaak ervaren bij een zitting, of het nu straf, bestuur of civiel recht is. Veel online signalen van en naar partijen gaan helaas in de onlinezitting verloren, terwijl verbale en non-verbale communicatie nu juist de kracht is van het doen van zittingen.

Er is onderzoek gedaan in het Verenigd Koninkrijk, dat beslissingen over borgtocht online anders uitvallen dan bij fysieke zittingen: in digitale zittingen wordt 48% van de verzoeken tot borgtocht niet toegekend, terwijl dat in persoon 32% is. Volgens onderzoek hangt dat samen met technische problemen en gebrek aan kwaliteit. Een toename van het aantal fouten zou het gevolg kunnen zijn van slechtere communicatie en minder informatie uit lichaamstaal dan bij behandeling in persoon. Maar de London Commercial Court en de Netherlands Commercial Court hebben ook heel succesvol grote (handels)geschillen behandeld.

Het lijkt dus vooral de kwetsbare justitiabelen, die sowieso al moeite hadden de gang van zaken van rechtszaken te begrijpen, te raken. Ook de digitaal minder bedreven groepen kunnen in het nadeel zijn. In het geval partijen rechtsbijstand hebben, kan de communicatie via een advocatenkantoor veel problemen voorkomen maar dan moeten wel hoge eisen gesteld worden aan de kwaliteit van online verbindingen van advocaten. Dit geldt ook voor het contact met gevangenen, huizen van bewaring, asielcentra, etc.

Per zaak zou bekeken moeten worden of deze zich leent voor een online behandeling. Uit een evaluatie van de Nederlandse rechtspraak blijkt dat het niet zozeer het soort zaak (civiel, straf, etc.) is dat bepaalt of een zaak geschikt is voor een online zitting maar meer de kenmerken van een zaak omdat de dynamiek en de sfeer in een virtuele zitting anders is en er minder ruimte is voor non-verbale communicatie. Kenmerken die de geschiktheid voor online zittingen bevorderen zijn onder andere eenvoudigheid, weinig emotie, weinig inhoudelijk, mate van spoed en zaken die volgens een vaste procedure worden behandeld. De geschiktheid hangt met name af van de noodzaak dan wel wenselijkheid van (sociale) interactie tussen rechter en procespartijen, tussen partijen onderling of dat de rechter bijvoorbeeld de lichaamstaal van een verdachte wil kunnen lezen. Ook in een familiezaak of jeugdzaak waar emoties hoog kunnen oplopen zoals in een echtscheidingszaak of een uithuisplaatsing kan een rechter het wenselijk vinden om de zaak in een fysieke zitting te behandelen. Complexe zaken lijken zich ook minder goed te lenen voor een digitale zitting.

Het coronavirus heeft veel rechtsvragen opgeroepen die de komende tijd waarschijnlijk alleen maar zullen toenemen. Vragen die spelen zijn onder andere: hebben de coronamaatregelen wel een wettelijke basis, contractuele geschillen en de normen die gelden bij de verdeling van risico's door het COVID virus; is er bij de Corona crisis sprake van onvoorziene omstandigheden en moeten contracten worden aangepast; moet de pijn 50/50 worden verdeeld? Levert COVID een relevant overmachtsverweer op? Kan een duurovereenkomst worden opgezegd met als zwaarwegende grond COVID?

Denk verder aan huurzaken: is de Corona crisis een gebrek van het gehuurde en heeft de huurder daarom recht op huurvermindering, moet er een verbod komen op woningontruimingen en arbeidszaken: Verder spelen kwesties als: is de Staat/het Land aansprakelijk als er onvoldoende ziekenhuiscapaciteit (in het bijzonder IC-capaciteit) en beademingsapparatuur beschikbaar is, zijn vrijheidsrechten van de burgers in het geding als sprake is van een lockdown en andere vergaande Coronamaatregelen, is daar een voldoende wettelijke basis voor? Alhoewel de Hoge Raad, naast de hiervoor aangestipte zaak, al een paar "Corona-zaken" op zijn bordje heeft gehad (bijvoorbeeld de "Corona-betekening" en een zaak over machtiging voortzetting crisismaatregel waarin de vragen speelden of de psychiater bij zijn onderzoek mocht volstaan met telefonisch contact met betrokkene en of de rechtbank het verzoek telefonisch mocht behandelen en een cassatie in het belang van de wet in een jeugdzaak, waarbij aan de orde was of het toelaatbaar is dat een strafzaak op zitting inhoudelijk wordt behandeld, terwijl een van de raadsheren van het hof in verband met de uitbraak van COVID niet fysiek op de zitting aanwezig kon zijn), bestaat de rechtspraak voornamelijk uit feitenrechtspraak van de eerste aanleg.

Naar verwachting zal de rechtspraak te maken krijgen met een toenemende instroom van zaken. Het na "Corona-tijd" blijven doen van online zittingen – naast de fysieke zittingen – kan de rechtspraak helpen deze stroom van zaken aan te kunnen. Positief is dat de ontwikkeling naar digitaal met sprongen vooruit is gegaan. Ook de rechterlijke macht is meer gewend geraakt aan en ingespeeld op het doen van online zittingen. De huivering en aarzeling bij de online zittingen, die er bij velen in eerste instantie bestond is afgenomen of lijkt zelfs helemaal weg. Het is wel tijd om na te denken over een structurele toepassing maar daarvoor zal wetgeving nodig zijn. Ook zal extra geld en capaciteit binnen de rechtspraak nodig blijven om de kwaliteit van de videoconnecties en de technische ondersteuning gedurende de zittingen te kunnen waarborgen.

6 TERUGKIJKEN

DOOR EEN VERTROEBELDE BRIL

OVER MENTALE MISLEIDING: DE INVLOED VAN HINDSIGHT BIAS, HET KNOBE-EFFECT EN GEKLEURDE VRAAGSTELLING OP AANSPRAKELIJKHEID

Mr. K. Frielink¹

Inleiding – een drieluik

Het is doorgaans vrij eenvoudig om (enige) invloed uit te oefenen op wat mensen denken. Zeg bijvoorbeeld als spreker tegen een zaal dat men vooral niet moet denken aan een roze olifant.² Het effect van een dergelijke uitspraak zal niet zelden zijn dat een deel van de toehoorders de rest van die dag met een roze olifant 'in het hoofd' zit. Op dezelfde manier kan door de wijze waarop vragen worden gesteld, bijvoorbeeld aan een getuige, de beantwoording worden 'gestuurd'.³ De aard van de vraagstelling kan de uitkomst van een procedure bepalen. In deze bijdrage wordt stilgestaan bij deze en andere 'psychische kanten' van procedures waarin aansprakelijkheid aan de orde is.

Wat is er mis met een gekleurde bril? Het leven kan er met een dergelijke bril een stuk rooskleuriger uitzien. Waar het in de kern bij de uitdrukking – iets door een gekleurde bril zien – om gaat, is dat een fenomeen vanuit een bepaald perspectief of standpunt wordt bekeken. Voor juristen wordt het interessant als dat perspectief of standpunt niet onbevooroordeeld is. De blik op, en de beoordeling van een fenomeen, denk aan de feiten die in een aansprakelijkheidszaak spelen, kunnen worden vertroebeld. Die vertroebeling – die kan leiden tot een onjuiste waardering van de feiten en dus ook tot een onjuiste uitkomst van een zaak – kan meerdere oorzaken hebben. Voor rechters en advocaten is het van belang dat zij zich daarvan bewust zijn.

Centraal staat het onderwerp civielrechtelijke aansprakelijkheid. Het kan daarbij gaan om bestuurdersaansprakelijkheid,⁴ maar ook om aansprakelijkheid als gevolg van een aanrijding, als gevolg

¹ Karel Frielink is advocaat te Curaçao. Dit artikel is een van voetnoten voorziene bewerking van zijn voordracht gehouden op 24 juni 2021 voor de leden van de Antilliaanse Juristenvereniging.

² Het voorbeeld is ontleend aan C.F. Perquin-Deelen, *Biases in de boardroom en de raadkamer* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 4.4. (hierna: Perquin-Deelen (2020)).

³ B. van Zelst, 'De kracht (en het gevaar) van cognitive illusions in het civielrechtelijk debat. Over de rol van de advocaat in het voorkomen van onjuiste beslissingen', *NJB* 17 (2021), p. 1374-1382 (hierna: Van Zelst (2021)). Het artikel bevat tal van nuttige verwijzingen voor verdere bestudering van dit onderwerp. Hij merkt op (p. 1374) dat het niet moeilijk is te bedenken hoe cognitieve illusies door advocaten kunnen worden gebruikt.

⁴ K. Frielink, *Rechtspraak Bestuurdersaansprakelijkheid Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

van een medische fout, of als gevolg van schade die ontstaat doordat iemand in een gat is gevallen als gevolg van een openstaand kelderluik.⁵

Aan de hand van tot de verbeelding sprekende voorbeelden zal eerst de aan de orde zijnde problematiek worden geschetst (eerste luik). Daarna wordt kort ingegaan op de theorie (tweede luik), waarna eveneens kort wordt ingegaan op hoe rechters en advocaten hiermee om zouden kunnen gaan (derde luik).

Het eerste luik – enkele willekeurige voorbeelden

"I knew it would happen!", "I knew it all along!", of "Ik heb het altijd al geweten!". Na bijna elke gebeurtenis – groot, klein, opvallend, schokkend – zijn er veel meer mensen die die gebeurtenis zeggen te hebben voorspeld, dan daarvoor.

Een voorbeeld waarbij ons brein ons misleidt: de waarde van $8 \times 7 \times 6 \times 5 \times 4 \times 3 \times 2 \times 1$ wordt in de regel hoger ingeschat dan de waarde van $1 \times 2 \times 3 \times 4 \times 5 \times 6 \times 7 \times 8$.⁷ In dit verband wordt over 'anchoring bias' gesproken.⁸

U bent aanwezig bij het huwelijk van uw beste vriend of vriendin en u zegt tegen de persoon naast u: *"Vanaf het eerste moment dat ik hen samen zag, wist ik dat ze uiteindelijk zouden gaan trouwen."*

*"I Knew Trump Would Win!"*⁶ Na 8 november 2016 waren er opeens veel meer kiezers, journalisten en politieke analisten die zeiden te hebben voorspeld dat Donald Trump op die dag de Amerikaanse presidentsverkiezingen zou winnen, dan er daarvoor waren.

Gaat een getrouwd stel uit uw vriendenkring uit elkaar, dan is de kans groot dat u zegt: *"Ik heb vanaf het begin al twijfels gehad over deze relatie."*

U neemt een medewerker aan die u na een half jaar moet ontslaan omdat die niet blijkt te functioneren. U krijgt van één van uw partners te horen dat er tijdens de sollicitatieprocedure al signalen waren dat deze medewerker problemen zou kunnen veroorzaken.

Een collega van u wordt ontslagen wegens het verduisteren van gelden, en uw eerste reactie is: *"Ik vond het altijd al een vreemde figuur"*.

⁵ HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966, 136 m.nt. Scholten (*Kelderluik*). De Hoge Raad geeft vier criteria om te beoordelen of er bij gevaarzetting sprake is van onrechtmatig handelen en derhalve van een vergoedingsplicht (die bekend staan als de kelderluik-criteria): (1) Hoe waarschijnlijk is het dat de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid niet in acht wordt genomen? (2) Wat is de kans dat uit de onoplettendheid en onvoorzichtigheid een ongeval ontstaat? (3) Wat is de ernst van de te verwachten gevolgen? (4) Hoe bezwaarlijk is het nemen van maatregelen die het ongeval hadden kunnen voorkomen? Zie ook HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. Brunner (*Jetblast*), waaruit volgt dat een waarschuwing pas voldoende is als het publiek op de hoogte is (en niet slechts kan zijn) van het gevaar en de waarschuwing leidt tot handelen of nalaten waardoor het gevaar wordt voorkomen. Zie ook HR 28 juni 2013, NJ 2013, 366 (*Bon Futuro*) over een gedetineerde die bij een voetbalspel op de binnenplaats gewond was geraakt. Zie daarover de noot van M.A. Loth, gepubliceerd in: M.V.R. Snel, P.S. Bakker & M.A. Loth (red.), *Caribisch Vermogensrecht Geannoteerd*, Den Haag: Bju 2020, nr. 15 (p. 181-187).

⁶ Elizabeth Whittaker, *I Knew Trump Would Win: Or, a Story of Hindsight is 20/20*, published on the Internet on 14 April 2017 (<https://medium.com/my-social-media-report/i-knew-trump-would-win-or-a-story-of-hindsight-is-20-20-fcf883e6a7f0>).

⁷ J. van der Vlist, *Voorzienbare verrassingen? Een onderzoek naar het omgaan met vroege signalen van potentiële debacles door woningcorporaties* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2020, p. 64.

⁸ Het eerste wat mensen zien, in dit geval een hoog dan wel een laag getal aan het begin van de reeks, werkt als een soort anker in het hoofd dat bepalend is voor het denken, en dat leidt tot verschillende schattingen. Zie over 'anchoring bias' ook <https://www.youtube.com/watch?v=NFIDdbquWJY>. De prijs die iemand bereid is te betalen voor een goed of dienst wordt veelal bepaald door een 'arbitrary anchor'.

Het tweede luik – de theorie

Kort zal worden ingegaan op de in de titel genoemde onderwerpen hindsight bias, het Knobe-effect en de invloed van gekleurde vraagstelling.⁹

Hindsight bias

Hindsight bias is de neiging om een gebeurtenis die reeds heeft plaatsgevonden ('after the fact') als voorspelbaar of onvermijdelijk te zien, terwijl er geen of nauwelijks enige basis was voor een dergelijke voorspelling voordat die gebeurtenis plaatsvond.¹⁰ Gebeurtenissen die reeds hebben plaatsgevonden worden als meer voorspelbaar aangemerkt dan voordat die gebeurtenissen hebben plaatsgevonden. Anders gezegd: achteraf – met de wetenschap wat zich daadwerkelijk heeft afgespeeld - zijn gebeurtenissen makkelijk te 'voorspellen'.

*"Hindsight bias is het fenomeen dat het resultaat van een bepaalde beslissing of handeling achteraf gezien overduidelijk en voorzienbaar lijkt te zijn. Het is de neiging te overschatten in hoeverre een gebeurtenis voorkomen had kunnen worden. Kennis van het resultaat heeft hierbij invloed op het oordeel over het verleden."*¹¹

Onder de titel "I Knew It Would Happen!" verscheen in 1975 het resultaat van een experiment over de reis van de Amerikaanse President Richard Nixon naar Moskou en China in 1972.¹² Aan de deelnemers van het onderzoek werd voorafgaand aan de reis gevraagd naar de waarschijnlijkheid van elk van de diverse mogelijke uitkomsten van die reis, ofwel naar hun voorspellingen. Enige tijd na de reis werd aan die deelnemers gevraagd aan te geven wat zij zich herinnerden van de antwoorden die zij hadden gegeven, waarbij zij tevens moesten aangeven of zij dachten dat die gebeurtenissen hadden plaatsgevonden. Met andere woorden: zij moesten opnieuw de waarschijnlijkheid van het plaatsvinden van bepaalde gebeurtenissen aangeven. De onderzoekers ontdekten twee dingen: (i) de deelnemers kenden achteraf een hogere voorzienbaarheid toe aan de gebeurtenissen waarvan zij dachten dat die hadden plaatsgevonden; en (ii) de deelnemers beoordeelden gebeurtenissen waarvan zij dachten dat zij niet waren gebeurd, achteraf als minder waarschijnlijk dan zij vooraf hadden geoordeeld.¹³

Iemand kan zich uiteraard verkeerd herinneren over welke informatie hij in het verleden beschikte of welke mening hij had. Informatie die zich in het geheugen van een persoon bevindt kan ook als het ware worden ge-update met de nieuwe informatie. Verder lijken mensen te lijden aan wat de neiging tot 'gemak' of 'gemakzucht' (ease) genoemd kan worden. Twee oorzaken worden prettiger gevonden dan tien oorzaken.¹⁴ Zijn enkele mogelijke oorzaken gevonden, dan bestaat de neiging om niet verder te zoeken. Zo kan – bijvoorbeeld in een enquêteprocedure – het te laat afronden van een jaarrekening achteraf worden gezien als een duidelijk signaal dat het 'faillissement eraan zat te komen', terwijl een faillissement op dat moment niet voorzienbaar was, en er andere redenen waren voor het te laat afronden van de jaarrekening. Achteraf kunnen signalen een evidentie krijgen die zij eerder niet hadden.

⁹ Wat hier verder niet wordt besproken, maar wel relevant is, is wat bekend staat als 'implicit race bias'. Zie bijvoorbeeld Robin DiAngelo, *White Fragility. Why it's so hard for white people to talk about racism*, London: Penguin Random House UK 2018

¹⁰ Van Zelst (2021), p. 1378 geeft aan dat hindsight bias moet worden onderscheiden van confirmation bias: *"Vertaald naar het juridische betreft die de neiging bewijs te selecteren of zwaarder te laten meewegen, dat een eerder ingenomen standpunt of gemaakte hypothese bevestigt, en bewijs terzijde te stellen dat die hypothese of dat standpunt ontkracht."*

¹¹ Perquin-Deelen (2020), nr. 5.3.1.

¹² Baruch Fischhoff & Ruth Beyth, "'I Knew It Would Happen". Remembered Probabilities of Once-Future Things', *Organizational Behavior and Human Performance* 13 (1975), p. 1-16.

¹³ Perquin-Deelen (2020), nr. 5.3.2. Zij noemt nog het voorbeeld van de supporter en zijn favoriete voetbalclub. Tijdens de wedstrijd heeft de supporter er een zwaar hoofd in. Maar achteraf kan zijn gevoel zeggen 'ik zei dat zij zouden winnen!'. Hindsight bias corrupteert hier dus het oordeel.

¹⁴ Perquin-Deelen (2020), nr. 5.3.3.

Hindsight bias zou verder kunnen samenhangen met de menselijke behoefte aan controle en aan causale verbanden. Perquin-Deelen noemt in dat verband als voorbeeld het faillissement van het grote warenhuis V&D, en de talloze in de media geopperde oorzaken en causale verbanden, niet zelden gekoppeld aan waardeoordelen. Waardeoordelen die voortvloeien uit een soort natuurlijk zelfvertrouwen van degenen die oordelen, die denken het beter te weten, en dat vooral ook aan anderen willen laten merken ('Self-Presentation').¹⁵ Bij sterk negatieve gebeurtenissen bestaat er ook een grotere behoefte aan een verklaring en aan causale verbanden. Zij wijst er op dat een rechter veelal geconfronteerd wordt met negatieve gebeurtenissen en dit tot een aannemelijk hindsight bias-risico leidt.

Het fenomeen hindsight bias is in aansprakelijkheidsprocedures in tweeërlei opzicht van belang: in de eerste plaats bij het horen van getuigen die een verklaring moeten afleggen over feiten die zich soms meer dan tien jaar geleden hebben afgespeeld, en in de tweede plaats bij de rechterlijke arbeid, aangezien de rechter met kennis achteraf feiten uit het verleden moet beoordelen. Daarbij moet de rechter ook open normen invullen, denk aan criteria als maatschappelijke zorgvuldigheid, ernstig persoonlijk verwijt, e.d., zoals die ten tijde van de verweten gedraging golden, en – als de rechter zijn werk goed doet – zonder dat zijn oordeel wordt beïnvloed doordat hij de feitelijke uitkomst al kent.¹⁶ Wat voor ons allemaal geldt, geldt echter ook voor rechters, namelijk dat door te beschikken over informatie over de afloop, er een natuurlijke neiging is de voorspelbaarheid van het resultaat hoger in te schatten

Overigens moet worden bedacht dat de maatschappelijke positie van een aansprakelijk gestelde partij van belang kan zijn bij de vraag of sprake is van hindsight bias. Wat voor de één slechts een *hindsight* inzicht is, zal onder omstandigheden voor de ander tot op zekere hoogte *foresight* inzicht behoren te zijn, zoals door de Ondernemingskamer aan Fortis werd tegengeworpen.¹⁷ Naar aanleiding van deze overweging van de Ondernemingskamer overwoog de Hoge Raad (r.o. 4.2.3) dat daarmee tot uitdrukking is gebracht dat van Fortis als systeembank, gelet op haar bijzondere zorgplicht, meer kennis en inzicht (en meer inspanningen ter verkrijging daarvan) mag worden verwacht dan van een partij in een andere positie. Het gaat dus, aldus de Hoge Raad, om kennis en inzicht die Fortis – niet achteraf beoordeeld, maar beoordeeld naar de omstandigheden ten tijde van haar handelen en besluitvorming – “behoorde te hebben” teneinde daarop haar handelen en besluitvorming te kunnen baseren.

¹⁵ Denk in dit verband ook aan ijdelheid ofwel distinctiedrift, het verlangen op te vallen, het gaarne demonstreren ingewijde te zijn. Vgl. A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972, p. 100.

¹⁶ Vgl. K. Frielink, 'Maakt ongeschreven ook onbemand?', in: *Bouwen en bezinning. Regels van wenselijk en onwenselijk financieel recht* (Lustrumbundel 2007 Vereniging voor Effectenrecht), Deventer: Kluwer 2007, p. 107-117 en K. Frielink, 'Open normen zijn geen vrijbrief voor de rechter', *Caribisch Juristenblad* 4 (2018), p. 275-277.

¹⁷ HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1586, *JOR* 2014, 65 m.nt. Holtzer (*Aegeas (voorheen Fortis)/VEB*). Het ging in deze zaak om door de Ondernemingskamer vastgesteld wanbeleid bij Fortis na de overname van ABN Amro: welbewust selectieve en onevenwichtige informatieverstrekking in het kader van een aandelenemissie; ernstige tekortkomingen in (de uitvoering van) het solvabiliteitsbeleid; en tekortschietend (overig) communicatiebeleid. Volgens Perquin-Deelen (2020), nr. 5.5.2, leggen de Ondernemingskamer, de A-G en de Hoge Raad een zware last op Fortis als bank en overschatten zij tegelijkertijd de capaciteiten van de rechter om deze last ex post objectief in te schatten. Het Knobe-effect kan volgens haar deze overmoedigheid waarschijnlijk versterken, omdat de rechter bij een zeer negatief resultaat en bij zeer negatieve signalen, alleen maar meer vertrouwen zal hebben in een bepaalde oorzaak. De neiging tot het aanwijzen van een oorzaak is dan groter.

Het zogeheten Knobe-effect¹⁸ ziet op de menselijke neiging om bij een negatief resultaat eerder een causaal verband te leggen met een bepaalde handeling in het verleden, dan bij een positief resultaat. Een positief resultaat wordt vaker aan toeval toegeschreven dan een negatief resultaat. Mensen lijken geneigd te zijn slechte neveneffecten als bewust (intentioneel) veroorzaakt aan te merken, maar positieve neveneffecten als niet-intentioneel te ervaren. Neemt een ondernemer een investeringsbeslissing die schadelijk blijkt te zijn voor het milieu dan wordt hem dat zwaar aangerekend, maar neemt hij een beslissing die positief is voor het milieu dan wordt dat eerder als een toevallige bijkomstigheid gezien.

Er is ook onderzoek naar gedaan met betrekking tot rechtspraak. Volgens Perquin-Deelen¹⁹ is het aannemelijk dat in de (ondernemingsrechtelijke) rechtspraak de rechter, onder invloed van het Knobe-effect, aan een negatief resultaat sneller een verwijtbare handeling ten grondslag legt zonder dat daartussen noodzakelijk een causaal verband bestaat.

De wijze waarop vragen worden gesteld, bijvoorbeeld aan getuigen, kan van invloed zijn op de antwoorden die worden gegeven. Vinden in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure getuigenverhoren plaats dan moet de advocaat, maar dat geldt ook voor de rechter, bedacht zijn op het feit dat de aard van de vragen die aan de getuigen worden gesteld kan leiden tot een reconstructie van de feiten die de getuigen zich van de gebeurtenissen kunnen herinneren.

Uit experimenten is gebleken dat het, in zaken van aanrijdingen tussen twee voertuigen, uitmaakt of aan getuigen wordt gevraagd wat zij zich kunnen herinneren van het op elkaar *knallen* van de voertuigen of van het in *botsing* komen van de voertuigen. Het ging in dit experiment om personen die na het bekijken van een film over een aanrijding (als 'getuigen') werden ondervraagd. De getuigen aan wie de vraag met 'knallen' werd gesteld konden zich vaker glasscherven herinneren dan de getuigen die de vraag met 'botsing' kregen, terwijl er in de film helemaal geen glasscherven te zien waren.²⁰ Zo zou het dus bij getuigen, die over een aansprakelijk gestelde bestuurder verklaringen moeten afleggen, kunnen uitmaken of wordt gevraagd wat zij zich van diens roekeloze optreden kunnen herinneren dan wel wat zij zich, neutraal geformuleerd, kunnen herinneren van diens optreden als bestuurder.

Derde luik – De lessen

Met de kennis van nu zouden we zaken anders hebben aangepakt, zo is geregeld te horen. Met andere woorden: de betrokkene wil afgerekend worden op enkel de kennis die hij destijds had, zonder de kennis die er inmiddels is, bijvoorbeeld de wetenschap dat en waarom een bepaald project volledig is mislukt. De angst van een aansprakelijk gestelde partij is dat de kennis van nu, het beeld van de tot oordelen geroepen rechter inkleurt (vertroebelt) en hij dus aan een strengere maatstaf wordt onderworpen dan wanneer de rechter enkel over de 'historische' kennis zou beschikken, dus de kennis waarover de aangesproken persoon destijds beschikte (of had behoren te beschikken).

In zaken die de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen betreffen gaat het altijd om feiten en gebeurtenissen uit het verleden, een ver dan wel minder ver verleden. Ingeval de rechter moet oordelen over de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt dan moet hij trachten zich in die bestuurder te verplaatsen ten tijde van het verweten handelen of nalaten. Hij moet zich ervan bewust zijn dat niet de vraag voorligt of hij het redelijk vindt dat de gevolgen voor rekening en risico van de betrokken bestuurder dienen te komen, bijvoorbeeld omdat de gelaedeerde ernstig in zijn vermogen is getroffen en de bestuurder voldoende draagkrachtig is.

¹⁸ Genoemd naar prof. dr. Joshua Knobe (<https://campuspress.yale.edu/joshuaknobe/>).

¹⁹ Perquin-Deelen (2020), nr. 5.4.

²⁰ K. van den Bos, *Inleiding empirische rechtswetenschap*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 99.

Volgens Perquin-Deelen kunnen rechters (en onderzoekers in enquêteprocedures) niet volstaan met de opmerking dat zij alert zijn op mogelijke hindsight bias.²¹ Dat iemand zich bewust is van de mogelijkheid van onbewuste effecten, voorkomt die effecten nog niet.²¹ Deze risico's moeten volgens haar actief worden ingeperkt en zij doet daartoe enkele voorstellen, met name gericht op rechters.²¹ Ik zal die kort bespreken en dan ingaan op wat advocaten zouden kunnen doen om dit soort risico's te mitigeren.²¹

Wat rechters betreft stelt Perquin-Deelen scholing en bijscholing voor. Niet dat daarmee een positief resultaat is gegarandeerd, maar het is een noodzakelijk begin. In de tweede plaats zouden rechters gestimuleerd moeten worden om meer na te denken over mogelijke alternatieve scenario's in de zaak waarover zij moeten oordelen. Dit zou gezien kunnen worden als een soort controlemechanisme. Een derde aanbeveling is het trachten te vergaren van zoveel mogelijk informatie, waarbij zij tijdsdruk waaronder rechters functioneren onderkent, en bij de waardering van die informatie naar diversiteit in de raadkamer te streven. Een vierde aanbeveling is dat een rechter vanaf het begin een duidelijke doelstelling en vraagstelling formuleert. Het zijn de partijen die de antwoorden op die vragen moeten geven, terwijl de rechter de antwoorden en argumenten toetst. Bij het opstellen van de argumentatie voor een oordeel moet de rechter de argumenten duidelijk omschrijven en toetsen. Onderzoek toont volgens haar aan dat het benoemen en uitleggen van de redenen voor een bepaalde keuze de negatieve gevolgen van hindsight bias vermindert.

Behalve dat rechters zich indringend bewust moeten zijn van de gevaren die op de loer liggen, kan ook de advocaat die de gedaagde partij bijstaat het nodige doen om het risico van hindsight bias te voorkomen. Stel dat een cliënt aansprakelijk is gesteld op grond van een vijf jaar geleden geïnitieerd project dat finaal mislukt is, en de rechtspersoon en derden aanzienlijke schade heeft opgeleverd. Zijn advocaat zal grondig onderzoek moeten doen naar de relevante aspecten om te bepalen welke verweren hij zal aanvoeren. In de eerste plaats zal hij de voorfase moeten onderzoeken - de fase voorafgaand aan het besluit zelf - om vast te stellen wie er allemaal bij betrokken waren, wat de argumenten voor en tegen waren, welke belangen en risico's in kaart zijn gebracht en zijn afgewogen, welke experts zijn ingeschakeld, hoe de voorbereiding van het besluitvormingsproces was en welke informatie wel en niet is gedeeld. Op vergelijkbare wijze zal hij naar de vergadering waarin het besluit is genomen moeten kijken.²² Van belang kan zijn wie daaraan hebben deelgenomen, wat de inhoud van de discussie was, over welke informatie de deelnemers beschikten, wat de rol en functie van die deelnemers was, of druk is uitgeoefend en door wie, en dergelijke. Vervolgens moet naar de implementatie en uitvoering van het project worden gekeken, en in kaart worden gebracht wat er misging, wanneer en waarom, en welke maatregelen ter redressering van de schade zijn genomen, en wie daar allemaal bij waren betrokken en wat hun rol was.

²¹ Perquin-Deelen (2020), nr. 5.5.2.

²² In dit verband wordt ook wel gesproken over *The Gl Joe Fallacy*: het (onjuiste) idee dat kennis inzake 'biases' voldoende is om de werking daarvan te voorkomen. Zie daarover <https://www.youtube.com/watch?v=sO9xwAyeWX0>.

²³ Perquin-Deelen (2020), nr. 5.6. . Zie ook A. Brenninkmeijer & D. Bish, 'Professional Ethics for Judges – Lessons Learned from the Past. Dialogue as Didactics to Develop Moral Leadership for Judges', *Law and Method*, juli 2021, DOI: 10.5553/REM/.000057.

²⁴ Zie ook R. Giard en H. Merckelbach, 'Nietzsches gelijk: waarom wijsheid achteraf onbillijk is', *NJB* 16 (2009), p. 1014-1021.

²⁵ Vgl. K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 4.2.8. over het toetsingskader voor besluiten.

Bovendien zal de advocaat moeten stilstaan bij de vraag welke alternatieve scenario's mogelijk zijn op basis van de door de eisende partij gepresenteerde feiten en verwijten, zodat de tot oordelen geroepen rechter niet te lichtvaardig een causaal verband aanneemt op basis van de wetenschap dat er (enorme) schade is ontstaan. Het risico dat de gedachte van de rechter 'Het moet haast wel' stilzwijgend uitmondt in een 'Zo is het geweest', moet worden onderkend. Mijn indruk is, maar ik heb dat niet onderzocht, dat strafrechtadvocaten in het bedenken van alternatieve scenario's doorgaans beter zijn dan advocaten die enkel in civiele zaken procederen.

Behalve aan het risico van hindsight bias moet in een voor de rechter gebrachte kwestie ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de rechter normen uit het hier en nu, toepast op een feitencomplex uit een ver(der) verleden. In zoverre is er verwantschap met de hindsight bias, dat bijvoorbeeld het oordeel van de rechter over de inhoud van maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen zoals die thans (algemeen) worden aanvaard, wordt geprojecteerd op dat verre of verdere verleden.

26

Het is in aansprakelijkheidszaken van belang ook op het woord 'signalen' te letten. Uit de rechtspraak blijkt dat in het kader van (mogelijk) verwijtbaar handelen of nalaten, veelvuldig het begrip 'signalen' wordt gebruikt. Met een 'signaal' wordt dan een feit of samenstel van feiten bedoeld, die als een waarschuwing hadden moeten worden opgevat. Het verwijt luidt dan: gedaagde je werd gewaarschuwd, maar je hebt nagelaten daarop prudent te reageren. Maar stel altijd de vraag wat die signalen nou precies inhielden, en hoe duidelijk of evident die destijds waren. Als de gevolgen eenmaal bekend zijn, is het bijzonder lastig om signalen van hun verworven evidentie te ontdoen.

Een en ander is hier kort geschetst, maar het belang van grondig, voorbereidend onderzoek door de behandelend advocaat moet niet worden onderschat.²⁷ Wil men het risico van hindsight bias zoveel mogelijk zien te voorkomen, dan moet dit onderwerp expliciet worden genoemd, en moet aan de hand van een duidelijke tijdlijn aan de rechter duidelijk gemaakt worden welke wetenschap op welk moment (en bij wie) bestond en hoe daarop, om het modern te zeggen, is geacteerd (of juist niet), en welke (reële) verwachtingen er op dat moment waren wat betreft mogelijke risico's en gevolgen. In zijn analyse voorafgaand aan het opstellen van een processtuk zal de advocaat moeten onderzoeken of de schadeveroorzakende gebeurtenissen die zijn ingetreden in redelijkheid te voorzien waren. En hij zal zijn eigen analyses goed met zijn cliënt moeten doorspreken, ook al kan van een cliënt doorgaans niet worden verwacht dat die zich alle feiten en omstandigheden nog precies kan herinneren. Maar zoals zo vaak in het leven geldt ook hier: men moet roeien met de riemen die men heeft!²⁸

²⁶ Vgl. K. Frielink, noot bij Hof van Justitie van de Europese Unie (Vijfde kamer) 29 april 2015, *Ondernemingsrecht* 10/11 (2015), p. 397-400 (*Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen*).

²⁷ Zie over de advocaat als ambachtsman (en meer) K. Frielink, 'De advocaat m/v. Korte verhandeling over een veelzijdige beroepsbeoefenaar', in: K. Frielink en M.F. Murray, *Twee Curaçaose Meesters. Varia Juridica*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 1-19.

²⁸ Voor degenen die de lezing hebben bijgewoond en zich afvragen op grond waarvan zij een positief of negatief oordeel over de presentatie en/of inhoud hebben, wordt gewezen op het Peak-End Effect: <https://www.youtube.com/watch?v=RhyJGwNpEcw>.

BEDANKT