

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 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

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.

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

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.

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.”*

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.”*

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

*“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.

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

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’.

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.

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;

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.

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.

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.

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 corrumpeert hier dus het oordeel.

¹⁴ Perquin-Deelen (2020), nr. 5.3.3.

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 onbemind?’, 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.

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.

Knobe-effect

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.

Gekleurde vraagstelling

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

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.

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

¹⁹ Perquin-Deelen (2020), nr. 5.4.

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.

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.²² Deze risico’s moeten volgens haar actief worden ingeperkt en zij doet daartoe enkele voorstellen, met name gericht op

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

²¹ Perquin-Deelen (2020), nr. 5.5.2.

²² In dit verband wordt ook wel gesproken over *The GI 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>.

rechters.²³ Ik zal die kort bespreken en dan ingaan op wat advocaten zouden kunnen doen om dit soort risico's te mitigeren.²⁴

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.²⁵ 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.

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

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.

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 zorgvuldigheidnormen 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>.