

# 35 BEWIJSWAARDERING EN PSYCHOLOGISCHE INZICHTEN

*L.F.H. Enneking, I. Giesen en R. Rijnhout*

## SAMENVATTING

*Uit onderzoek op het gebied van de cognitieve en sociale psychologie blijkt dat cognitieve illusies, in de vorm van ‘heuristics’ en ‘biases’, in veel gevallen een belangrijke invloed uitoefenen op onze besluitvormingsprocessen. Dit geldt niet alleen voor alledaagse beslissingen in de privé sfeer, maar ook voor oordeels- en besluitvorming in de professionele sfeer, zoals bij rechterlijke beslissingen. In deze bijdrage trachten wij te achterhalen welke cognitieve illusies specifiek bij de bewijswaardering in civiele zaken van belang zijn of zouden kunnen zijn, hoe het Nederlandse burgerlijke procesrecht daarmee omgaat, indien dat al gebeurt, en hoe dat eventueel anders of beter zou moeten/kunnen. Wij bieden dus een schets van het te bespreken juridisch domein, de bewijswaardering, schetsen vervolgens de psychologische inzichten op dat vlak, en koppelen dan beide (voorzichtig) aan elkaar: waar wringt het en hoe is die wrijving eventueel op te lossen? Daarbij gaan wij in het bijzonder in op de ‘confirmation bias’, het ‘anchoring effect’ en het ‘primacy effect’ en aanverwanten, zoals het ‘recency effect’ en andere ‘order effects’. Ook bezien wij of eventuele spanningen tussen de psychologische en de juridische inzichten wellicht oplosbaar zijn door psychologische bijsturing (‘debiasing’) of door een verandering op juridisch vlak.*

## 1 INLEIDING

### 1.1 *Het probleem*

Bewijsvoering door een procespartij in civiele zaken – via schriftelijke stukken, getuigenverhoren, deskundigenberichten of anderszins – is steeds erop gericht om de rechter<sup>1</sup> (of eventueel de arbiter, bindend adviseur, etc.) te overtuigen van het eigen standpunt en de eigen in rechte ingenomen stellingen. De inzet daarvan is dat die rechter vervolgens een

---

1 Hierna spreken wij over de rechter, ook als we een meervoudige kamer bedoelen. Daarbij realiseren we ons dat groepsbeslissingen deels onder andere invloeden (kunnen) staan, zie bijv. Ten Velden & De Dreu 2012.

bepaalde stelling zal accepteren en de zaak daarna in het voordeel van die partij zal afwikkelen. Voor de wederpartij geldt uiteraard hetzelfde.

Beide civiele partijen proberen dus het besluitvormingsproces van de rechter als het gaat om diens waardering van het bewijs, te beïnvloeden.<sup>2</sup> Het gaat hierbij om een rechterlijke beslissing in een situatie van onzekerheid over de feiten (wat is waar?), want meestal liggen de zaken (beter: de stellingen en betwistingen van partijen en de bewijsmiddelen te dien aanzien) niet meteen duidelijk of eenvoudig. Bij dit soort besluitvormingsprocessen in situaties van onzekerheid spelen echter niet alleen de pogingen van beide partijen om via de bewijsvoering een specifiek besluit te ontlokken een rol, maar komen ook allerlei (cognitief) psychologische kwesties aan de oppervlakte.

Al enige decennia houden wetenschappers op het gebied van de cognitieve en sociale psychologie zich bezig met de bewuste en onbewuste denkprocessen die de basis vormen voor de oordelen die we vormen en de keuzes die we maken.<sup>3</sup> Uit dit onderzoek komt steeds duidelijker naar voren dat onze oordeels- en besluitvorming in veel gevallen niet tot stand komt op basis van een uitgebreide en 'rationele' analyse van alle betrokken feiten en omstandigheden, maar op basis van zogenoemde *heuristics*. Dit zijn mentale *short cuts* die de cognitieve last van het maken van een beslissing verlichten; denk bijvoorbeeld aan vuistregels, gezond verstand, intuïtie en *educated guesses*.

Deze *heuristics*, die een belangrijke en zeer nuttige rol spelen met name in situaties waarin we onder tijdsdruk oordelen en besluiten moeten vormen met betrekking tot complexe problemen en/of op basis van onvolledige informatie, maken deel uit van wat aangeduid kan worden als ons 'automatische systeem' van denken. Dit systeem gaat snel, instinctief en associatief te werk en is automatisch, in die zin dat we het niet uit kunnen zetten en dat we er ons vaak niet eens van bewust zijn dat het onze gedachtevorming beïnvloedt. Het vormt daarmee de tegenhanger van ons 'reflectieve systeem' van denken, dat systematischer, meer weloverwogen en meer rationeel te werk gaat, maar daarmee ook een stuk langzamer en inspannender is.<sup>4</sup>

Duidelijk wordt zo dat onze beslissingen vaak tot stand komen op basis van, of ten minste met gebruikmaking van, één of meer van dergelijke *heuristics*, wat in veel gevallen een prima manier is om tot een besluit te komen.<sup>5</sup> Helaas is dat echter niet altijd het geval, omdat er door ons 'automatische systeem' vaak onvoldoende of onvoldoende 'rationeel' wordt nagedacht over de te verwachten effecten van de beslissing in kwestie; soms leidt

---

2 Ten aanzien van bewijsbeslissingen in strafzaken, zie Wagenaar et al. 2010, p. 875-893.

3 Zie algemeen over de vraag hoe mensen tot beslissingen en keuzes komen, en de valkuilen daarbij, o.a. Thaler & Sunstein 2009, p. 24-41, waarover eerder Giesen 2009, p. 845-847; Rassin 2008, p. 65 e.v.; Baron 2008; Eysenck & Keane 2005, p. 481 e.v.; Anderson 2005, p. 312 e.v.; Plous 1993.

4 Het 'automatic' en 'reflective' idee wordt beschreven door Thaler & Sunstein 2009, p. 21-24, en verder uitgewerkt door Kahneman 2011 (Kahneman spreekt in dit verband van 'System 1' en 'System 2'). Zie ook Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007, p. 6-13 en Rachlinski 2012, p. 87-88.

5 Zoals hierna nog zal blijken.

handelen op basis van intuïtie dan ook tot slechtere uitkomsten.<sup>6</sup> Dit is met name het geval waar *heuristics* aanleiding geven tot *biases*: cognitieve illusies of vertekeningen, ‘denkfouten’ in een bepaalde richting, *systematic errors* die leiden tot een oordeel of besluit dat niet ‘rationeel’ is, dat wil zeggen niet strookt met objectief vast te stellen feiten of met algemeen geaccepteerde mathematische, logische of statistische regels.<sup>7</sup>

De invloed die deze *heuristics* en *biases* in veel gevallen (ongemerkt) uitoefenen op onze oordeels- en besluitvormingsprocessen is niet beperkt tot alledaagse beslissingen in de privésfeer. Zij kunnen net zo goed een bepalende rol spelen in de professionele sfeer; zo heeft onderzoek aangetoond dat ook de oordeels- en besluitvormingsprocessen van professionele besluitvormers als bijvoorbeeld artsen en accountants beïnvloed (kunnen) worden door bepaalde typen *heuristics* en *biases*.<sup>8</sup> Hetzelfde geldt voor de rechterlijke besluitvorming, niet alleen waar het gaat om materieelrechtelijke beslissingen (denk bijvoorbeeld aan het vaststellen van causaliteit of de hoogte van een schadevergoeding in civiele zaken<sup>9</sup>), maar ook waar het gaat om procesrechtelijke en dus ook bewijsrechtelijke beslissingen.<sup>10</sup>

Het rechterlijke ‘beslismodel’, en de rol van het bewijsrecht daarbij, creëert als het ware, in de woorden van Wagner, een ‘*legal framework in which heuristics may operate*’.<sup>11</sup> Guthrie, Rachlinski en Wistrich concluderen naar aanleiding van verschillende onderzoeken naar de invloed van *biases* op de rechterlijke besluitvorming:

*‘Despite their best efforts (...), judges, like everyone else, have two cognitive systems for making judgments – the intuitive and the deliberative – and the intuitive system appears to have a powerful effect on judges’ decision making. The intuitive approach might work well in some cases, but it can lead to erroneous and unjust outcomes in others.’*<sup>12</sup>

6 Kahneman, Slovic & Tversky 1982, p. 3; Baron 1998, p. 1; Vonk e.a. 2001, p. 337. Vgl. Feigenson 1995-1996, p. 87-92.

7 Vonk e.a. 2001, p. 338; Baron 1998, p. 14; Kahneman 2011, p. 3-4 en 7; Thaler & Sunstein 2009, p. 25.

8 Zie Lau & Coiera 2009, p. 55 voor een overzicht van studies naar de invloed van *order effects* op besluitvorming door artsen; zie Ashton & Kennedy 2002, p. 222 voor een overzicht van onderzoeken naar de invloed van het *recency effect* op besluitvorming door accountants.

9 Zie bijvoorbeeld Giesen 2008 en Bornstein 1994, respectievelijk.

10 Veel van de in deze bijdrage genoemde literatuur getuigt daarvan. Over problemen met *heuristics* als het om het recht gaat, zie bijv. Korobkin 2006, p. 45 e.v., die als één van de grootste problemen ziet dat het daardoor minder eenvoudig is om recht te benutten als instrument om het welzijn te bevorderen (aldus samengevat op p. 52).

11 Wagner 2006, 285.

12 Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007.

En hoe meer de tijdsdruk op rechters, zoals de beroepsgroep zelf stelt, onder invloed van productienormen toeneemt, hoe waarschijnlijker het wordt dat zij bij het nemen van beslissingen onbewust hun ‘automatische systeem’ meer en vaker zullen gaan benutten.<sup>13</sup>

## 1.2 Doel en vraagstelling

Psychologie en privaatrecht, in de ruime zin van het woord, kunnen elkaar op vele vlakken raken, omdat beide wetenschapsgebieden van doen hebben met menselijk gedrag.<sup>14</sup> Binnen de civiele rechtspleging is van immens gewicht dat de civiele rechter uiteindelijk in elke zaak – rechtsweigering is niet toegestaan – een heel stel beslissingen zal moeten nemen. Beslissingen over de (juistheid van de gestelde) feiten, over (de stand van zaken van) het recht en over de (correcte) toepassing van het recht op de wezenlijke feiten. Dit maakt dat het proces van besluitvorming door die rechter (of elders: de jury<sup>15</sup>) een belangrijk onderzoeksterrein is waar inzichten uit het psychologische en uit het juridische domein bij elkaar komen. In al deze gevallen moet de rechter immers een (juridisch wezenlijke) keuze maken; hij moet bovendien beslissen in een situatie van onzekerheid. Dat ‘moeten beslissen in onzekerheid’ heeft betrekking op het gehele door het privaatrecht bestreken terrein van menselijk handelen en de interactie tussen personen. Menselijk keuzegedrag is daarmee eigenlijk ook een typisch juridisch thema, terwijl dat tot nu toe, althans in Nederland, toch vooral als een psychologisch (en economisch) fenomeen is onderzocht.<sup>16</sup>

Binnen de contouren van dit onderzoeksveld trachten wij in deze bijdrage te achterhalen welke cognitieve beperkingen, met name in de vorm van *heuristics* en *biases*, specifiek bij de bewijswaardering in civiele zaken van belang zijn of zouden kunnen zijn, hoe het Nederlandse burgerlijke procesrecht daarmee omgaat, indien dat al gebeurt, en hoe dat eventueel anders of beter zou moeten/kunnen.<sup>17</sup> Gegeven het voorgaande luidt de hierna te beantwoorden vraag dus:

‘Wanneer en hoe zijn welke psychologische *heuristics* en *biases* van invloed op het beslisdgedrag van de rechter in het kader van diens bewijswaardering, en op welke wijze is de (eventueel verstorende) invloed daarvan tegen te gaan of te omzeilen, en wel op een wijze die past binnen het systeem en de traditie van de Nederlandse civiele rechtspleging?’

---

13 Zie ook hierna, par. 3.3.1, Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007, p. 35, en Kahneman 2011, p. 19 e.v.

14 Zie voor een overzicht Giesen 2011b, met verdere verwijzingen.

15 Voor een overzicht: Greene et al. 2002, p. 225-284.

16 We komen zo in de hoek van de ‘behavioral law and economics’ terecht, zie o.a. Faure 2009.

17 Vgl. ook Drion 2012, p. 1093.

### 1.3 Verantwoording en plan van aanpak

Onze aanpak is in wezen gelijk aan die welke een onzer in zijn Utrechtse oratie en zijn eerdere *Gedrag en Privaatrecht*-bijdrage heeft gehanteerd.<sup>18</sup> We bieden derhalve een schets van het te bespreken juridisch domein, schetsen vervolgens de psychologische inzichten op dat vlak en koppelen dan beide zo voorzichtig mogelijk aan elkaar: waar wringt het en hoe is die wrijving eventueel op te lossen? De nadruk zal hierbij liggen op een uitwerking van een drietal *biases*: de *confirmation bias*, het *anchoring effect* en *order effects* zoals het *'primacy effect* en het *recency effect*. Deze drie specifieke *biases* kunnen onzes inziens met name bij de rechterlijke oordeels- en besluitvorming rond bewijskwesities in de civiele procedure een rol spelen. Daarmee is uiteraard niet gezegd dat dit de enige *biases* zijn die daarbij van betekenis kunnen zijn; de lijst van cognitieve illusies die de besluitvorming kunnen beïnvloeden is schier eindeloos (zie par. 3 voor enkele voorbeelden) en afhankelijk van de omstandigheden zullen er in elke procedure ook andere *biases* een rol kunnen spelen.

Als juristen hebben we niet zelf psychologisch onderzoek opgezet en uitgevoerd. We gebruiken hier de wetenschappelijke inzichten die (cognitief) psychologen via hun vakbladen hebben geopenbaard en passen die inzichten toe op het recht.<sup>19</sup> Daarbij proberen wij zo veel mogelijk rekening te houden met alle mitsen en maren die daarbij passen. Zo ligt onze focus, bijvoorbeeld, op inzichten uit de cognitieve psychologie (de tak van psychologie die zich vooral richt op interne psychische processen die te maken hebben met begrip, kennis, geheugen en informatieverwerking) en laten wij inzichten uit de sociale psychologie (de tak van psychologie die zich bezighoudt met de beïnvloeding van menselijke gedachten, gevoelens en gedragingen door anderen) grotendeels buiten beschouwing. Daarmee is echter zeker niet gezegd dat inzichten uit dat laatste veld niet ook zeer relevant kunnen zijn, ook gezien het feit dat civiele zaken in Nederland veelal behandeld worden door een meervoudige kamer.<sup>20</sup>

Een ander, meer algemeen voorbehoud dat wij hier al willen maken, betreft het feit dat de externe validiteit van psychologische experimenten veelal aan beperkingen onderhevig is. Dat rechters (of andere proefpersonen) in verschillende van de in dit artikel beschreven onderzoeken beslissingen nemen onder invloed van *cognitive biases*, wil niet noodzakelijkerwijs zeggen dat zij dat in werkelijkheid ook zouden doen. In de echte wereld zullen immers veelal andere omstandigheden meespelen die in sommige gevallen een tegenwicht kunnen vormen tegen de invloed van cognitieve illusies op de besluitvorming, omstandigheden die in een experimentele setting 'weggefilterd' zijn. Daar komt nog bij dat het van belang is om in het oog te houden dat er ook verschillende andere, 'externe' (dat wil zeggen:

18 Zie eerder Giesen 2005 en Giesen 2008.

19 Vgl. eerder Giesen 2005, p. 87 e.v.; Giesen 2011b, p. 1072-1073.

20 Zie in dit verband ook de bijdrage van Ten Velden en De Wilde aan deze bundel.

niet aan de cognitieve processen van de rechter (gerelateerde) factoren zijn die bepalend kunnen zijn voor een (al dan niet) zorgvuldige procesgang. Te denken valt bijvoorbeeld aan het belang – gezien de (relatieve) lijdelijkheid van de rechter in het Nederlandse civiele procesrecht, zeker bij de bewijsvoering – van de proceshouding van advocaten en procespartijen zelf.

Ondanks deze waarschuwingen vooraf zijn wij echter ten volle overtuigd van de waarde voor de civiele rechtspraktijk van een beter inzicht in de mogelijke invloed van cognitieve illusies op de rechterlijke besluitvorming omtrent de bewijswaardering. Gegeven dit alles, komen wij vervolgens tot de navolgende opbouw van deze bijdrage. In paragraaf 2 staat de bewijswaardering door de civiele rechter centraal. We geven beknopt inzicht in wat er gebeurt bij de rechterlijke bewijswaardering in civiele zaken.<sup>21</sup> In paragraaf 3 bespreken wij enkele *heuristics* en *biases* die een rol kunnen spelen bij de besluitvormingsprocessen en het beslisgedrag van rechters. In de paragrafen 4, 5 en 6 gaan wij in het bijzonder in op de mogelijke invloed van de *confirmation bias*, het *anchoring effect* en *order effects*, respectievelijk, op de rechterlijke besluitvorming omtrent de bewijswaardering. In paragraaf 7 gaan we vervolgens vanuit een juridische invalshoek na of, en zo ja, in hoeverre de (praktijk van de) civiele bewijswaardering naar Nederlands burgerlijk procesrecht en de besproken psychologische inzichten ‘uit de pas lopen’ en bezien wij of die spanningen eventueel oplosbaar zouden zijn door psychologische bijsturing (*debiasing*). De korte conclusie in paragraaf 8 rondt deze bijdrage af.

## 2 BEWIJSVOERING IN CIVIELE ZAKEN: BEWIJSWAARDERING DOOR DE RECHTER IN VOGELVLUCHT

Het moment in een civiele procedure waarop psychologische inzichten over hoe mensen (rechters) tot beslissingen komen echt relevant worden, is het moment van de bewijswaardering. Dit is immers het moment waarop de feiten die de verdere materiële uitkomst van het geschil bepalen, worden vastgesteld op basis van de bewijsvoering door de partijen (in de civiele procedure moeten zij immers het bewijs aandragen, de rechter is daarin nog grotendeels lijdelijk). Dit is ook het moment dat de procespartijen in potentie zullen willen beïnvloeden. Gaan wij vervolgens nader in op die bewijswaardering, dan werpt een drietal vragen zich op.<sup>22</sup> Ten eerste de vraag welke waarde de rechter mag of moet hechten aan bepaalde bewijsmiddelen. Ten tweede is er de vraag of een (meer) subjectieve of een (meer) objectieve opvatting van de rechter beslissend is bij de waardering. Het gaat hier om een meer of mindere mate van subjectief dan wel objectief. Geheel subjectief waarden staat

21 Omdat het Nederlandse recht hier centraal staat, gaan we voorbij aan studies over beslisgedrag door jury's, zie nader daarover Greene et al. 2002, p. 225 e.v. en Wayte et al. 2002, p. 345 e.v.

22 Deze paragraaf is een bewerking (en inperking) van Giesen 2001, p. 48-63.

gelijk aan willekeur en is dus onacceptabel. Geheel objectief waarden is onmogelijk.<sup>23</sup> Ten derde is er de vraag welke mate van overtuiging de rechter dient te bezitten alvorens hij kan en mag zeggen dat het feit (naar zijn overtuiging) bewezen is. Bij het antwoord op deze vragen dient vooropgesteld te worden dat hier veelal geen harde regels te geven zijn; de waardering van het bewijs is uiteindelijk aan de feitenrechter voorbehouden.<sup>24</sup>

Ter beantwoording van de eerste vraag geldt dat de rechter in beginsel<sup>25</sup> vrij is in de waardering van het bewijs en (de keuze) van de bewijsmiddelen. Dat volgt uit artikel 152 lid 2 Rv, waarin echter ook is bepaald dat de wet daarop uitzonderingen kan maken; die uitzonderingen doen echter niet af aan het uitgangspunt dat in Nederland in principe de vrije bewijstheorie gehanteerd wordt.<sup>26</sup> De keuze voor de vrije bewijsleer vloeit voort uit de gedachte dat de rechter binnen de grenzen van het geschil zo veel mogelijk de materiële waarheid dient te achterhalen.<sup>27</sup> Formele regels over de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen passen daar minder goed bij, zo luidt het algemeen gangbare juridische inzicht.<sup>28</sup>

Uit het voorgaande vloeit het antwoord op de tweede vraag eigenlijk al voort, en dat is wellicht dan ook de reden dat deze vraag in Nederland nauwelijks aandacht krijgt. De opvatting van de *rechter in kwestie* over de geloofwaardigheid van een bewijsmiddel is beslissend. Diens innerlijke (subjectieve) overtuiging geeft de doorslag.<sup>29</sup> Die subjectieve overtuiging, welke uiteraard het gevaar van rechterlijke willekeur in zich draagt, wordt overigens in belangrijke mate geobjectiveerd, omdat de rechter een motiveringsplicht heeft.<sup>30</sup>

De derde vraag – welke mate van overtuiging de rechter dient te bereiken – is die naar de bewijswaarderingsmaatstaf.<sup>31</sup> De heersende leer gaat ervan uit dat de rechter *een redelijke mate van zekerheid* dient te hebben omtrent de juistheid van de gestelde feiten.<sup>32</sup>

23 In die zin is ‘de waarheid’ dus ook onbereikbaar; het gaat erom een situatie te bereiken waarin redelijkerwijs vast te stellen is welke brokken informatie betrouwbaar genoeg zijn om een besluit te ondersteunen, zoals Wagner 2006, p. 282, het stelt.

24 In cassatie kan daarover niet geklaagd worden, afgezien van die gevallen waarin het om een motiveringsklacht gaat. Zie bijvoorbeeld HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (*Filipovic/Interpolis Schade*).

25 Een uitzondering vormt bijvoorbeeld de verklaring van een partijgetuige die tevens de bewijslast draagt (art. 164 lid 2 Rv). Uitvoerig over deze materie in de context van *heuristics*, Wagner 2006, p. 291-294.

26 Zie PG Bewijsrecht 1988, p. 49 en 59; HR 14 januari 2000, NJ 2000, 236 (*Veldhof/LWS*), r.o. 3.4.

27 We gaan hier niet nader in op de huidige positie van de notie van waarheidsvinding in het civiele proces, zie uitvoerig De Bock 2011 en De Groot 2012.

28 Zie PG Bewijsrecht 1988, p. 59, 61 en 99. In die zin ook Asser 1999, p. 1252. Daar tegen, omdat rechters fouten maken, Wagenaar, Crombag & Israëls 2010, p. 893.

29 Zie PG Bewijsrecht 1988, p. 76 en 78; Asser 1999, p. 1251.

30 HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (*Finkenburgh/Van Mansum*). Doordat de rechter zijn overtuiging moet motiveren, wordt hij gedwongen te bekijken of zijn overtuiging ook voor anderen aanvaardbaar zou kunnen zijn. Dat zal alleen het geval zijn als zijn redenen het louter subjectieve overstijgen en aan de eisen van de logica voldoen.

31 In Nederland staat ook dit onderwerp niet sterk in de belangstelling, al is er de laatste jaren wel wat meer aandacht voor. Zie inmiddels De Bock 2011, m.n. p. 218.

32 Zie nader Giesen 2001, p. 51-53.

Samenvattend zijn enkele voorzichtige lessen uit het voorgaande te trekken. Ten eerste, of binnen het kader van de vrije bewijswaardering aan de bewijsmaatstaf voldaan is, is grotendeels afhankelijk van het subjectieve oordeel (de keuze) van de rechter. Ten tweede dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen de ‘normale’ bewijsmaatstaf, die wij als ‘redelijke mate van zekerheid’ zouden willen bestempelen, en de ook wel benutte maatstaf van ‘aannemelijkheid’ (bijvoorbeeld in kortgedingprocedures), omdat aan de tweede maatstaf eerder voldaan zal zijn dan aan de eerste, hetgeen vervolgens een wezenlijk verschil kan betekenen voor de uitkomst van de procedure.<sup>33</sup>

De derde conclusie luidt dat rechtszekerheidsproblemen die uit het gebrek aan ‘harde’ normen en verdere invulling zouden kunnen voortvloeien, in elk geval gedeeltelijk tegengestaan kunnen worden door een deugdelijke motivering te verlangen. Uit een dergelijke motivering zal in elk geval in bepaalde gevallen kunnen blijken of de rechter de lat te hoog of te laag heeft gelegd, zodat eventueel een correctie door de hogere rechter mogelijk is. Maar correctiemogelijkheid of niet, het blijft een feit dat de bewijswaardering, door zijn bepalende rol binnen de civiele procedure en door het gebrek aan ‘harde’ normen voor de invulling ervan, bij uitstek het moment is waarop de vraag naar de mogelijke invloed van *heuristics* en *biases* op de rechterlijke besluitvorming relevant is.

### 3 PSYCHOLOGIE BINNEN DE CIVIELE RECHTSPLEGING: ENKELE MOGELIJKE BIASES BLOOTGELEGD

#### 3.1 Enkele voorbeelden van *heuristics* en *biases*

Gebaseerd op de in de inleiding reeds besproken psychologische kennis, is het vertrekpunt in deze paragraaf dat *heuristics* en *biases* een regulier onderdeel van ons dagelijks leven en onze alledaagse beslissingen zijn. Zonder alle aspecten ervan helemaal recht te kunnen doen en zonder deze ten gronde uit te kunnen werken, bespreken we in deze paragraaf een aantal veelvoorkomende voorbeelden van dit soort mentale *short cuts* en cognitieve illusies.

Ten eerste noemen we hier het bekende verschijnsel *framing*. Omdat mensen risicomijdend<sup>34</sup> blijken te zijn als het om het behalen van een voordeel gaat en juist risicozoekend als het om het eventueel tegengaan van een verlies gaat, worden er in situaties die in wezen gelijk zijn, afhankelijk van de manier van inkleding ervan (het gekozen *frame*), verschillende beslissingen genomen. Personen reageren anders op een boodschap afhankelijk van hoe

33 Dat speelde bijvoorbeeld in HR 9 november 2012, LJN: BX0737 (*HollandvanGijzen*).

34 Overigens, mensen die beslissen voor anderen, zoals advocaten vaak doen voor procespartijen, zijn geneigd meer risico's te nemen, vgl. Wray & Stone 2005, op p. 126.

die boodschap wordt gebracht (denk bijvoorbeeld aan de uiteenlopende connotaties van de synoniemen ‘hypotheekrenteaftrek’ en ‘villasubsidie’), en dat leidt tot beslissingen die rationeel niet te verklaren zijn.<sup>35</sup> Meer in het algemeen geldt overigens dat het voorkomen van verlies voor mensen zwaarder telt dan het bereiken van winst. Dat heet *loss aversion*.<sup>36</sup>

Een vergelijkbare valkuil is bijvoorbeeld het *do no harm*-principe, ook wel: de *omission bias*, waarbij geldt dat schade door een handelen erger gevonden wordt dan schade door een nalaten. Is dat wellicht waarom we bij een nalaten soms langer nadenken over de vraag of aansprakelijkheid wel mogelijk is?<sup>37</sup> Denk ook aan de *status quo bias*, die tot uitdrukking brengt dat mensen graag het bestaande in stand houden, omdat zij een (potentiële) verandering van de status-quo onbewust eerder als een verslechtering dan als een verbetering zien, zelfs als daarvoor geen enkele reden is. Degene die iets veranderen wil, moet daarvoor de argumentatie aanbrengen, draagt als het ware ‘de bewijslast’ in juridische termen (vgl. art. 150 Rv).<sup>38</sup> Interessant is ook nog de *self serving bias* en de daaraan gerelateerde *fundamental attribution error*. Het gaat er daarbij om dat mensen de neiging hebben om hun successen toe te schrijven aan hun eigen, persoonlijke capaciteiten, terwijl zij hun mislukkingen over het algemeen juist attribueren aan externe factoren.<sup>39</sup>

Overigens is het, als gezegd, niet zo dat handelen op basis van deze intuïties of ‘*rules of thumb*’ altijd slecht is, zeker niet,<sup>40</sup> maar ze mogen niet te dominant worden. Dat is echter lastig, omdat we ons in veel gevallen niet of slechts in beperkte mate bewust zijn van de invloed die *heuristics* en *biases* uitoefenen op onze besluitvormingsprocessen. Daarnaast is het zo dat mensen geloven wat ze willen geloven (dat is het bekende *wishful thinking*), waarbij positieve, bevestigende indicaties (of bewijs) wél en negatieve, ontkenkende indicaties niet of minder gezocht en/of meegewogen worden. Dit heet de *confirmation bias*, welke zelfs kan leiden tot *overconfidence* of *belief overkill*, met als gevolg dat iemand niet wil luisteren en niet tot een compromis of samenwerking wil komen; en dus wordt het geschil niet via een schikking beëindigd.<sup>41</sup> Een uitvoeriger exposé over de *confirmation bias* volgt in paragraaf 4 hierna.

Een aantal van deze *biases* wordt ook in verband gebracht met – een ruime opvatting van – het hierna in paragraaf 5 nog uitvoeriger te bespreken *anchoring effect*: het idee dat

35 Plous 1993, p. 69-73; Anderson 2005, p. 343 e.v.; Baron 2008, p. 267 e.v.; Farnsworth 2007, p. 224 e.v.

36 Zie o.a. Baron 2008, p. 267 en p. 297 en Zamir & Ritov 2012. Zie over dit effect in de context van beleggingen ook de noot van Du Perron onder HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*) en Van Boom 2003, p. 560-561.

37 Vgl. (rechtsvergelijkend) Giesen 2005b, p. 47 e.v., met verdere verwijzingen.

38 Zie over een aantal van de genoemde intuïties ook Baron 2008, p. 297 e.v. en p. 406 e.v.; Zamir & Ritov 2012; Thaler & Sunstein 2009, p. 24 e.v.

39 Zie over de attributiefout ook de bijdragen van De Hoon en Giesen in deze bundel, met verdere verwijzingen. Vgl. tevens Giard 2011.

40 Bijv. Kahneman 2011, p. 4.

41 Baron 1998, p. 9-14. Voor een overzicht: Nickerson 1998, p. 175-220; Plous 1993, 217 e.v.; Thaler & Sunstein 2009, p. 34-36; Kahneman 2011, p. 261-264. Over *debiasing* van *overconfidence*, Fischhoff 1982a, p. 437.

een willekeurig gegeven waarvan eerder kennis is genomen door de besluitvormer als aanknopingspunt of startpunt wordt gebruikt voor een beslissing in een geheel andere context. Het *anchoring effect* zelf – de enge opvatting – heeft vooral betrekking op het fenomeen dat ons automatische systeem onder omstandigheden een willekeurig numeriek gegeven als startpunt en referentiekader neemt voor een beslissing, ook als het numerieke gegeven irrelevant is voor de beslissing.<sup>42</sup> Door Chapman en Johnson wordt *anchoring* gekoppeld aan het idee van *activation*: door het presenteren van een ‘anker’ wordt bepaalde informatie ‘geactiveerd’.<sup>43</sup>

Eenzelfde gedachte ligt ook ten grondslag aan cognitieve illusies als *overconfidence* en de *confirmation bias*, alsook aan het inmiddels redelijk bekende fenomeen van de *hindsight bias*: gebeurtenissen die zich in het verleden hebben afgespeeld worden achteraf vaak als relatief onvermijdelijk en voor de hand liggend beschouwd, zonder dat men zich realiseert dat de later verworven kennis van invloed is op dat oordeel.<sup>44</sup> Een ander voorbeeld van het feit dat wij beter zijn in relatief denken dan in absoluut denken vormt het *primacy effect*, het fenomeen dat hetgeen wij als eerste waarnemen in grotere mate onze indruk bepaalt.<sup>45</sup> Deze en andere *order effects*, die in paragraaf 6 nader uitgewerkt zullen worden, laten zien dat de invloed die een specifiek gegeven heeft op onze oordeels- en besluitvorming over een bepaalde kwestie in veel gevallen (onbewust) bepaald wordt door de positie van het betreffende stukje informatie ten opzichte van andere informatie waarvan kennis genomen wordt in het kader van het besluitvormingsproces.

### 3.2 *Rechterlijke besluitvorming en cognitieve illusies: een voorbeeld uit de rechtspraktijk*

Dat *heuristics* en *biases* niet alleen in de dagelijkse praktijk, maar ook in de rechtspraktijk vragen kunnen oproepen, en dus ook waar het gaat om de rechterlijke besluitvorming in civiele procedures,<sup>46</sup> kan worden geïllustreerd aan de hand van een aan de civiele rechtspraktijk ontleend voorbeeld, waarin de vraag rees in hoeverre één rechter in één en dezelfde civiele zaak meerdere malen zijn (bewijs)oordeel zou mogen laten gelden.<sup>47</sup> Impliciet stelt

---

42 Zie Oppenheimer, LeBoeuf & Brewer 2008 over de invloed van niet-numerieke gegevens of omstandigheden op besluitvorming. Zij benadrukken dat de perceptie die uitgaat van omstandigheden (*contextual perception*) van invloed kan zijn op de beslissing die iemand neemt.

43 Johnson & Chapman 1999, p. 145-146.

44 Zie Plous 1993, p. 35; Baron 2008, p. 157-158; Farnsworth 2007, p. 218 e.v.; Fischhoff 1982b, p. 335 e.v.

45 Zie bijv. Tulving 2007, 31-48.

46 Zie voor uitgebreid onderzoek naar de rol van *biases* (specifiek: *anchoring*) bij de rechterlijke oordeelsvorming in Nederlandse strafzaken, met een focus op kwesties omtrent bewijs en bewijsvoering: Wagenaar, Van Koppen & Crombag 1993.

47 Wellicht werd deze procedure geïnspireerd door de discussie op strafrechtelijk vlak en de rechtsvraag in het EHRM-arrest *Hauschildt t. Denemarken*, EHRM 24 mei 1989, Series A, no. 154, NJ 1990, 627.

deze vraag aan de orde het probleem van de – in de volgende paragraaf verder uit te werken – *confirmation bias*, welke kort gezegd (zie nader par. 4) inhoudt dat mensen (en mogelijk dus ook rechters) over het algemeen meer oog hebben voor informatie die hun eigen overtuigingen en veronderstellingen bevestigt dan voor informatie welke die overtuigingen en veronderstellingen ontkracht.<sup>48</sup>

In de hier bedoelde zaak klaagt de eiser in cassatie erover dat het hof de zaak heeft behandeld in een samenstelling die vrijwel (twee van de drie raadsheren) gelijk was aan die waarin het hof eerder al een tussenarrest had gewezen.<sup>49</sup> Aldus is, volgens de klacht, het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdig gerecht geschonden, in het bijzonder omdat de twee raadsheren in het tussenarrest voorshands als vaststaand hadden aangenomen dat eiser valsheid in geschrifte had gepleegd. A-G Langemeijer zette de kwestie op scherp:

*‘Een rechterlijk oordeel, gegeven in de fase voorafgaand aan het proces, kan onder omstandigheden bijdragen aan een objectief gerechtvaardigde vrees dat het de rechter ontbreekt aan onpartijdigheid. (...) Ook al valt er niets aan te merken op de behandeling in de voorafgaande fase – de rechter heeft gewoon zijn werk gedaan –, het neemt niet weg dat bij de rechtzoekende een objectief gerechtvaardigde vrees voor vooringenomenheid van de rechter kan bestaan. De rechtzoekende kan immers bevreesd zijn voor zgn. “confirmation bias” (...).’<sup>50</sup>*

Volgens de A-G speelt dit in casu echter niet. Het gaat hier (slechts) om een oordeel in een tussenarrest, als onderdeel van één rechterlijk oordeel dat ‘toevallig’ verspreid wordt over meerdere schriftelijke uitspraken in dezelfde instantie, een situatie die typisch is voor het Nederlandse burgerlijke procesrecht. Langemeijer zegt dan ook: *‘Het bewijsvermoeden en de beslissing over de bewijslastverdeling in het tussenarrest (...) maken deel uit van het rechterlijk oordeel zelf: zij vormen niet een “vooordeel”, maar het “oordeel” van de rechter.’<sup>51</sup>* Uiteraard heeft Langemeijer hier gelijk; dit is de gebruikelijke wijze waarop de Nederlandse civiele rechter tot een eindoordeel komt. Maar tegelijk moet erkend worden dat een zelfstandig argument tegen de geuite vrees van partijdigheid in een dergelijke gebruikelijke handelwijze nog niet besloten ligt; als iets altijd op onjuiste wijze is gegaan, zal het alsnog anders moeten.

48 Zie nader par. 4 hierna.

49 Zie HR 16 januari 2009, NJ 2009, 562 m.nt. H.J. Snijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*). Dat is uiteraard een veelvoorkomende en vaak als wenselijk beschouwde situatie; het voorkomt dat steeds nieuwe rechters het dossier opnieuw moeten doorgronden.

50 Zie zijn conclusie voor HR 16 januari 2009, NJ 2009/562 m.nt. H.J. Snijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*), nr. 2.5. Als iemand wellicht ‘bewust’ bevestiging zoekt, zoals Langemeijer stelt, behoort dat niet meer tot het domein van de *confirmation bias*, zie hierna par. 4.1.

51 Conclusie voor HR 16 januari 2009, NJ 2009/562 m.nt. H.J. Snijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*).

De Hoge Raad lijkt zich echter bij zijn A-G aan te sluiten door de verwerping van het middel te baseren op de gedachte dat het om een oordeel in een eerdere fase van de procedure gaat:

*‘3.3 Voor zover het middel berust op het uitgangspunt dat de rechter die eenmaal heeft geoordeeld dat een bewijsvermoeden bestaat ten gunste van de ene partij waartegen de andere partij tegenbewijs mag leveren, niet meer onbevangen en onpartijdig dit tegenbewijs kan waarderen en beoordelen omdat hij al ten nadele van deze partij heeft geoordeeld en zich niet van dit oordeel kan losmaken, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting. Het enkele feit dat de rechter in een eerdere fase van de procedure een beslissing in het nadeel van een der partijen heeft genomen, brengt niet mee dat sprake is van partijdigheid (...).’<sup>52</sup>*

Waarna de Hoge Raad nog overweegt dat het in overeenstemming met de eisen van een behoorlijke rechtspleging is dat de rechter die een oordeel heeft gegeven over de noodzaak van (tegen)bewijslevering, in dezelfde instantie ook zo veel mogelijk moet meebeslissen over de verdere bewijsvoering, indachtig artikel 155 Rv. Het lijkt hier dan overigens niet zozeer om een behoorlijke rechtspleging, maar vooral om een efficiënte rechtspleging te gaan.<sup>53</sup> Het is immers weinig efficiënt om nieuwe rechters in te moeten zetten in een lopende procedure.

Voor de civiele rechtspleging in Nederland betekent deze uitspraak dat de rechter die een bewijsvermoeden aanvaardt of bij wege van voorlopige bewijswaardering van de voorshandse aannemelijkheid van een bepaald feit uitgaat, vervolgens gewoon het aangebrachte tegenbewijs van de andere partij mag beoordelen. Dat redenen van efficiëntie hier uiteindelijk maatgevend waren,<sup>54</sup> blijkt eens te meer als nog bedacht wordt dat de *confirmation bias* – die A-G Langemeijer wel noemt, maar niet weerlegt – wel degelijk problematisch kan zijn, zoals in de volgende paragraaf uitgebreid aan de orde zal komen.<sup>55</sup>

---

52 Vgl. in dit verband ook HR (Strafkamer) 18 november 1997, NJ 1998, 244.

53 Dat is dan in lijn met de ontwikkeling op het niveau van het EHRM zoals Kuijer 2004, p. 448, die ziet meer ‘door de vingers zien’ in verband met de noodzaak van efficiency.

54 Vgl. Giesen & Coenraad 2009, p. 892. Het is ook toegestaan daarop acht te slaan, zie Smits 2008, p. 313.

55 We moeten overigens oppassen om de gedachte dat efficiency mag meespelen, hier te verabsoluteren; die efficiëntie is niet allesbepalend. Als het om voorlopige oordelen gaat, is maatgevend of er een inhoudelijk oordeel over de merites van de zaak is gegeven en of de rechter vanuit zijn informatievoorsprong een grote invloed kan uitoefenen op zijn mederechters. Zie Kuijer 2004, p. 347 e.v.; Smits 2008, p. 313.

#### 4 UITGELICHT (1): DE CONFIRMATION BIAS IN HET BURGERLIJK (PROCES)RECHT<sup>56</sup>

##### 4.1 Inleiding

De *confirmation bias* kan van wezenlijke invloed zijn op de praktische gang van zaken na voorlopige bewijsoordelen.<sup>57</sup> In deze paragraaf wordt daarom nader ingegaan op deze *bias*.

Oswald en Grosjean omschrijven de *confirmation bias* als volgt:

“*Confirmation bias*” means that information is searched for, interpreted, and remembered in such a way that it systematically impedes the possibility that the hypothesis could be rejected – that is, it fosters the immunity of the hypothesis.’

<sup>58</sup>

Nickerson stelt dat dit concept een aantal fenomenen en diverse meer specifieke ideeën omvat ‘*that connote the inappropriate bolstering of hypotheses or beliefs whose truth is in question*’.<sup>59</sup> Hij ziet dit als een impliciet en *onbewust* proces van selectiviteit bij het vergaren en gebruiken van bewijs. Een advocaat, daarentegen, gaat bewust op zoek naar steun voor zijn kant van het verhaal, en elke advocaat is ‘*motivated to confirm a particular position*’, aldus Nickerson. In het rechtsbedrijf zijn rechtshulpverleners dus bewust bezig met datgene wat bij anderen *confirmation bias* heet. Waar het hier uiteraard om gaat, is hoe de rechter hier in staat, in hoeverre hij onder invloed staat van de (onbewust optredende, echte) *confirmation bias*.<sup>60</sup> Er is alle aanleiding om daarvan uit te gaan, omdat rechters nu eenmaal ook mensen zijn, als mensen handelen, en dus even feilbaar zijn.<sup>61</sup> En inderdaad is de *confirmation bias* ook vastgesteld onder rechters, zoals Rachlinski bijvoorbeeld heeft laten zien op grond van experimenten onder groepen rechters, gebaseerd op eerder uitgevoerde studies naar de *confirmation bias*.<sup>62</sup>

<sup>56</sup> Het navolgende is een uitgebreide bewerking van Giesen 2011a.

<sup>57</sup> Een overzicht biedt bijv. Nickerson 1998, p. 175-220. Zie ook Lewicka 1998; Rachlinski 2012, p. 101 e.v.; Crombag 2010, p. 388 e.v., doch deze is vooral gericht op het strafrecht. De *confirmation bias* wordt ook wel de ‘*my-side bias*’ genoemd. Vgl. ook Baron 2008, p. 203 en Baron 1998, p. 12-13. Overigens wordt er ook veel onderzoek gedaan naar *confirmation bias* in de wetenschap, bijv. in peer review systemen, zie o.a. Mahoney 1977; Koehler 1993; MacCoun 1998; Fugelsang et al. 2004.

<sup>58</sup> Oswald & Grosjean 2004, p. 79.

<sup>59</sup> Nickerson 1998, p. 175. Dit is een veel aangehaald review-artikel over de *confirmation bias* waarvoor door Wason 1960 de basis is gelegd.

<sup>60</sup> Nickerson 1998, p. 175.

<sup>61</sup> Zie Rachlinski 2012, p. 87-93 en p. 105, met verdere verwijzingen. Zie ook Nickerson 1998, p. 192-193, die op onderzoek wijst waaruit blijkt dat *mock juries* onder invloed van de *confirmation bias* handelen.

<sup>62</sup> Zie specifiek Rachlinski 2012, p. 101-104: ‘These results suggest that the *confirmation bias* might be an important influence on judges.’ Zie ook Crombag 2010, p. 390-391, alsmede Wagenaar c.s. 2010, p. 880-883.

De *confirmation bias* betreft aldus de tendens om alleen die informatie te zoeken en te gebruiken die in overeenstemming is met onze bestaande opvattingen.<sup>63</sup> Daarbij gaat het dus om vormen van *information processing* die min of meer onopzettelijk plaatsvinden,<sup>64</sup> en volgens Nickerson is dat 'fundamental'.<sup>65</sup> Hierbij kan tevens aangenomen worden dat mensen de hun aangereikte (ook neutrale) informatie zodanig interpreteren, dat deze steun levert aan de eigen overtuiging.<sup>66</sup> Wanneer iemand een positie heeft ingenomen, wordt het eerste doel om die positie te verdedigen of rechtvaardigen.<sup>67</sup> Dat is ook zo als de omgang met het bewijs bij de start gelijkwaardig was. Na de keuze wordt die omgang *highly biased*.

De *confirmation bias* kan soms zelfs resulteren, zo wordt wel gesteld, in *overconfidence*<sup>68</sup> en/of *belief overkill*,<sup>69</sup> waarbij het steeds gaat om een overdreven mate van vertrouwen in iets of iemand, met als gevolg dat men niet wil luisteren, niet tot een compromis en niet tot samenwerking wil komen. De *confirmation bias* is overigens verwant aan een andere 'denk'-eigenaardigheid, bekend onder de noemer *belief perseverance*, waarbij mensen ergens in blijven geloven, zelfs als ze weten dat dat nergens op berust.<sup>70</sup> De verhouding met de *confirmation bias* is zo te duiden, dat het steeds erom gaat dat mensen in principe niet snel van mening zullen veranderen, omdat zij informatie die hun oorspronkelijk standpunt steunt, actief zoeken<sup>71</sup> en overmatig waarderen,<sup>72</sup> terwijl zij informatie die dat standpunt niet steunt, negeren en zeker niet zelf zoeken.<sup>73</sup> De *confirmation bias* en *belief perseverance* werken gelijktijdig en versterken elkaar.<sup>74</sup>

---

63 Zie ook Rassin 2008, p. 75.

64 Oswald & Grosjean 2004, p. 79.

65 Nickerson 1998, p. 176.

66 Rassin 2008, p. 76.

67 Nickerson 1998, p. 177.

68 Uitvoerig Hoffrage 2004, p. 235 e.v. Zie over *overconfidence* ook Baron 1998, p. 83 e.v.; Nickerson 1998, p. 188-189, die o.a. constateert dat advocaten blijf geven van *overconfidence*; Plous 1993, p. 217 e.v., en Oskamp 1982, p. 287 e.v. Vgl. ook Straus, Parker & Bruce 2011, p. 133, die aangeven dat dit in groepen alleen maar erger wordt, zeker als het gaat om situaties waarin er geen verifieerbaar juiste antwoorden zijn. Wat zegt dat over de meervoudige kamer in civiele zaken waarin er ook nooit definitieve antwoorden aan de orde zijn?

69 Baron 1998, p. 9-14.

70 Zie Crombag 2010, p. 392, en de literatuur in de noten hierna. Vgl. ook Baron 2008, p. 203-205.

71 Nickerson 1998, p. 178.

72 Nickerson 1998, p. 178 en 180.

73 Zie nader Baron 2008, p. 143-144 en p. 203 e.v.; Nickerson 1998, p. 180 en p. 187, die dit ook duidt als een extreem voorbeeld van *confirmation bias*; Straus, Parker & Bruce 2011, p. 133; Crombag 2010, p. 392 e.v.; Van Koppen en De Keijser 2010, p. 861-873; Wagenaar et al. 2010, p. 880 e.v.

74 Specifiek zo Crombag 2010, p. 392.

#### 4.2 *Bestaat er een verklaring voor de confirmation bias?*

Hoe kan de *confirmation bias* verklaard worden? Nickerson bespreekt uitvoerig enkele mogelijke verklaringen,<sup>75</sup> waarbij de hoofdmoot is dat mensen het eenvoudiger vinden om een propositie te geloven als ze willen dat deze waar is, dan wanneer zij wensen dat de propositie onjuist is. Mensen zouden dus gemotiveerd zijn om favoriete gezichtspunten te bevestigen. Daartegen is ingebracht dat het hier niet om een *motivational problem* gaat, maar om een cognitieve beperking. Vervolgens is betoogd dat zowel *motivational and cognitive factors* een rol spelen en elkaar beïnvloeden.

Concreter uitgewerkt zou het als mogelijke verklaringen kunnen gaan (i) om onze wijze van informatieverwerking, bijvoorbeeld de tendens om informatie te verzamelen over één hypothese per keer, om vervolgens niet simultaan te overwegen dat die hypothese ofwel waar ofwel onwaar kan zijn, of om het feit dat de persoon er gewoon niet aan denkt om een alternatief te overwegen. Ook zou (ii) de *positive test strategy* een verklaring kunnen bieden: de mens gaat op zoek, als *default* strategie, naar positieve antwoorden op vragen; het gaat dus om de tendens om te focussen op positieve en niet negatieve informatie.<sup>76</sup> Verder zou er (iii) sprake kunnen zijn van een *conditional reference frame*: de aandacht richten op een hypothese zou al genoeg zijn om het vertrouwen in de juistheid daarvan te doen toenemen. Maar wellicht gaat het niet zozeer hierom dat mensen in ‘de echte wereld’ de (on)juistheid van een hypothese willen vaststellen, maar (iv) beogen ze slechts om specifieke praktische doelen te bereiken of om bepaalde fouten te voorkomen en om wenselijke uitkomsten te bereiken. Als het er echt om spant, is men – evolutionair gezien logisch – meer bezorgd om wenselijke uitkomsten dan om de waarheid. Tot slot kan, volgens Nickerson zelf, (v) de maatschappelijke nadruk om te rechtvaardigen wat mensen geloven, ertoe leiden dat er een tendens ontstaat om bevestigend bewijs te zoeken. Uiteindelijk concludeert hij:

*‘In the aggregate, the evidence seems to me fairly compelling that people do not naturally adopt a falsifying strategy of hypothesis testing. Our natural tendency seems to be to look for evidence that is directly supportive of hypotheses we favor (...).’<sup>77</sup>*

75 Zie voor al het navolgende Nickerson 1998, p. 197-205, waarvan deze alinea een te korte samenvatting is. Vgl. verder Lewicka 1998, p. 239 e.v., die de verklaringen hierna genoemd onder (ii) en (iv) bespreekt.

76 Oswald & Grosjean (2004) laten bijvoorbeeld zien dat specifieke onderzoeksresultaten wellicht ook te verklaren zijn doordat mensen als het gaat om het zoeken naar informatie deze zogenaemde ‘*positive test strategy*’ gebruiken (de strategie om ‘bewijs’ te verzamelen is gericht op het vinden van een bevestiging, een positief resultaat, hetgeen dan lijkt op de *confirmation bias*). Dit alles sluit aan bij de neiging die zo nu en dan de kop opsteekt bij juristen om bewijs van negatieve feiten zo veel mogelijk te omzeilen. Een reden voor een bewijslastomkering is dat niet, vgl. Giesen 2001, p. 88.

77 Nickerson 1998, p. 211.

Zonder kritiek is de theorievorming omtrent de *confirmation bias* overigens niet gebleven. Zo stellen Oswald en Grosjean dat het interpreteren van informatie die congruent is met de eigen hypothese, op andere wijze (lees: minder kritisch) plaatsvindt,<sup>78</sup> in elk geval als iemand gemotiveerd is een bepaalde hypothese te volgen (iemand gelooft bij voorbaat ergens in, is emotioneel betrokken).<sup>79</sup> Er wordt echter evenzeer gesteld dat de *confirmation bias* ook optreedt bij personen die *geen* specifieke motivatie hebben om een bepaalde overtuiging te verdedigen.<sup>80</sup> Beide varianten zijn volgens Nickerson ‘*well documented*’.<sup>81</sup> Andere kritiek die is aangevoerd tegen de *confirmation bias* is dat personen weliswaar niet actief op zoek gaan naar ‘ontkrachtende’ informatie, maar dat men wel bereid is deze informatie mee te nemen als deze gepresenteerd wordt.<sup>82</sup> Dat is in potentie ook juridisch relevant, omdat de rechter in principe zelf geen informatie (bewijs) verzamelt (dat doen de procespartijen). Volgens deze kritiek zou een rechter de aanvullende informatie die door partijen wordt aangereikt, dus wél gewoon meewegen. Wat er verder zij van deze kritieken, de *confirmation bias* wordt uiteindelijk wel als robuust gezien.<sup>83</sup>

#### 4.3 *Mogelijke confirmation bias-gerelateerde problemen in een civiele procedure*

Het hiervoor in paragraaf 3.2 geschetste voorbeeld waarbij de wijze van omgang in het civiele procesrecht met voorlopige en definitieve bewijsoordelen door dezelfde rechter(s) ter discussie werd gesteld, staat niet op zichzelf. Ook andere procesrechtelijke technieken, regels en instrumenten zouden wat ons betreft met de *confirmation bias* in verband kunnen worden gebracht.<sup>84</sup>

Die *confirmation bias* is dan voor ons in elk geval aanleiding om niet al te makkelijk<sup>85</sup> over diverse, in de procespraktijk van belang zijnde vormen van ‘eerdere bemoeienis van de rechter met dezelfde zaak’ heen te stappen. Dat is allicht vervelend (inefficiënt) voor die praktijk, de rechterlijke macht voorop, maar het mensenrechtelijk perspectief (vooral de objectieve onpartijdigheid) weegt (ook) zwaar. Waar bijvoorbeeld Smits geen probleem

---

78 Oswald & Grosjean 2004. De conclusies van Oswald en Grosjean over de waarde en het bestaan van de *confirmation bias* zijn uiteindelijk echter niet erg helder. Zie ook nog Eysenck & Keane 2005, p. 472-475, die wisselende resultaten presenteren.

79 Oswald & Grosjean 2004, p. 90-92. Zie ook Nickerson 1998, p. 176; Baron 1998, p. 85.

80 Nickerson 1998, p. 178.

81 Nickerson 1998, p. 176.

82 Lewicka 1998, p. 237.

83 Lewicka 1998, p. 239, en Nickerson 1998, p. 175 en 177.

84 Er is ook onderzoek gedaan naar de *confirmation bias* in een juridische setting, zie bijv. Nickerson 1998, p. 193-194, en par. 4.1 hiervoor, maar experimenteel onderzoek gericht op de mogelijke probleemvelden die wij hierna bespreken (zoals: na een tussenvonnis dezelfde rechters laten beslissen), bestaat naar wij weten niet.

85 Anders: Smits 2008, p. 315-316. Vgl. ook al Giesen & Coenraad 2009, p. 892.

ziet als het gaat om een *comparitierechter* die een voorlopig oordeel geeft over de proceskansen van partijen, waarna deze vervolgens later zelf het vonnis (of arrest, comparities worden in hoger beroep steeds vaker ingezet) concipieert, omdat dat efficiënt is, zouden wij ons kunnen indenken dat daarmee net iets minder stellig wordt omgesprongen. Efficiëntie kan namelijk nog veel meer verantwoorden; juist een bevooroordeelde rechter zal immers snel en efficiënt kunnen besluiten. De Hoge Raad zal waarschijnlijk echter oordelen dat het ook hierbij om een tussenstap en om een oordeel in een eerdere fase van de procedure gaat, maar wij zien dan wel het gevaar dat ook (beter wellicht: zelfs) als de rechter later inziet dat hij iets te snel een bepaalde kant is opgegaan, deze lastig daarvan terug zal (kunnen) komen. Het is immers niet best voor zijn reputatie ('weet niet wat hij wil') om dat te doen.

Ook hebben wij – let wel: zonder automatisch tot een andere normatieve afweging te komen – meer aarzeling dan Smits<sup>86</sup> bij het geval van een rechter die in een *incidenteel vonnis* al een standpunt inneemt (en veelal moet innemen) over een *geschilpunt in de hoofdzaak*, zoals dat bijvoorbeeld aan de orde was in het arrest *De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*,<sup>87</sup> waarin de rechter in eerste aanleg niet alleen de vraag naar zijn bevoegdheid beantwoordde, maar daarbij ook al oordelen moest over enkele geschilpunten die ook weer in de hoofdzaak aan de orde zouden komen. In cassatie was daarna onder andere de vraag aan de orde of de rechter in eerste aanleg nog wel onpartijdig zou kunnen oordelen (hetgeen dan reden zou kunnen zijn om wel hoger beroep tegen de bevoegdheidsbeslissing toe te laten). De Hoge Raad verwerpt de klacht dat de rechter niet als onpartijdig rechter zal kunnen beslissen met het nogal apodictisch overkomende oordeel dat die stelling onjuist is, omdat 'van partijdigheid als waartegen genoemde verdragsbepaling waakt in zodanig geval niet kan worden gesproken'.

Waarschijnlijk leunde de Hoge Raad hier op de conclusie van A-G Franx. Welbeschouwd zegt Franx echter ook niet meer dan dat de rechter in eerste aanleg na het gewone verloop van de procedure onbevangen mag en moet beslissen over de eerder al besproken beslis-punten (hij zegt dus niet dat dit noodzakelijkerwijs gebeurt), dat de rechter dat in andere processuele gevallen ook moet en kan doen (wat niet wil zeggen dat het ook gebeuren zal), en dat de stelling dat dit in strijd met artikel 6 EVRM zou zijn, een structurele aanval is op het hele procesrecht, en niet past bij de strekking van dat artikel.

Uiteraard zit in dat laatste, die 'aanval', de echte pijn, want het zou inderdaad een stevige bijl aan de wortel van het procesrecht zijn als voorlopige oordelen niet meer door de Straatsburgse beugel van onpartijdigheid zouden kunnen. Althans, het zou de organisatie en financiële spankracht van ons procesrecht stevig door elkaar schudden. De Hoge Raad

86 Smits 2008, p. 314. Zo ook Stein & Rueb 2009, p. 34.

87 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 382 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*).

schrikt daar – op zichzelf niet onterecht – van terug,<sup>88</sup> hoewel het ook denkbaar zou zijn dat voorlopige beslissingen genomen worden door een andere rechter dan degene die de zaak inhoudelijk beslist (bijvoorbeeld door te rouleren, of via een speciale kamer die dit soort voorvragen beantwoordt, de ‘voorvragen’-kamer) of door tussenvonnissen in de ban te doen.

Dit klemt temeer, omdat het idee dat een rechter ten prooi zou kunnen vallen aan de *confirmation bias* een steviger antwoord verdient dan tot nu toe in de rechtspraak is gegeven. Met name ook de overweging van Franx<sup>89</sup> dat ‘iedere rechter met praktijkervaring’ die neiging kent, doch dat deze zich daarvan bewust is en die neiging weet te onderdrukken, is een empirisch ongefundeerde claim waarbij toch vooral de wens de vader van de gedachte lijkt te zijn. Uit onderzoek blijkt immers dat het onderdrukken van deze *bias* erg lastig is, ook als iemand zich ervan bewust is (zie par. 7.2).

Als het gaat om mogelijke problemen van afstemming tussen het civiele procesrecht en deze *bias*, denken wij bijvoorbeeld ook nog aan de *verwijzing na cassatie*. Als een zaak in cassatie (deels) vernietigd wordt en de Hoge Raad de zaak niet zelf af kan doen of wil doen, volgt verwijzing naar een gerechtshof, zie artikel 420-422 Rv.<sup>90</sup> Geregeld wordt dan verwezen naar een *ander* gerechtshof dan dat waar de zaak in eerste instantie vandaan kwam of soms naar de rechter in eerste aanleg, maar de wettelijke regel (zie art. 422a-423 Rv) gaat juist uit van verwijzing naar *hetzelfde* oorspronkelijke hof.<sup>91</sup> Het is de vraag of dat laatste wel zo handig is. Hoe vrij zal de rechter, ook de volstrekt integere raadsheer, zich voelen en/of daadwerkelijk zijn om diezelfde zaak nogmaals met geheel frisse blik, op de overblijvende punten die na cassatie nog open staan, te beoordelen? En moet de rechterlijke macht wel willen dat die raadsheer in een positie komt waarin daarover getwist zou kunnen worden? Waarschijnlijk is afdoening door een ander hof beter; en als hetzelfde hof dan toch aan de slag moet, dan is het beter om andere rechters op de zaak te zetten. Maar dat strijdt dan weer met allerlei vormen van efficiëntie (opnieuw moeten inwerken in dossiers door andere rechters), zodat het in de rede ligt hier nader onderzoek naar te (laten) doen.<sup>92</sup>

Ook andere voorbeelden zijn denkbaar. Zo zal de rechter die onder invloed van de *confirmation bias* niet direct op zoek is of gaat naar ontkrachtende of tegenstrijdige infor-

---

88 Zie ook HR 16 januari 2009, NJ 2009, 562 m.nt. H.J. Snijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*) en de verzuchting van Snijders, sub 2.b: ‘Men mag er niet aan denken wat er was gebeurd indien de Hoge Raad een dergelijke grond had gehonoreerd.’

89 Zie diens conclusie onder nr. 6.5.4, voor HR 30 juni 1989, NJ 1990, 382 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*).

90 De Hoge Raad geniet hierbij veel vrijheid, zie Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 166.

91 Zie nader Asser-Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen 2005, nr. 180-181.

92 Uiteraard speelt dit op dezelfde wijze in die (tegenwoordig zeldzame) gevallen waarin eventueel een *terugverwijzing van een hof naar een rechtbank* aan de orde is, zoals na bekrachtiging (of eventueel bij vernietiging) in hoger beroep van een tussenvonnis. Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 154. Juridisch gezien mag een hogere rechter echter een zaak terugverwijzen naar een lagere instantie; het Europese Hof voor de Rechten van de Mens staat dit toe. Zie Smits 2008, p. 312 e.v. met verwijzingen.

matie, allicht minder snel genegen zijn om via artikel 22 Rv (of langs andere weg) *additionele informatie* te *vergaren*. Immers, voor de rechter in kwestie is de zaak al helder, de feiten zijn duidelijk, de uitkomst ligt voor de hand, dus waarom nog extra moeite doen, nietwaar?

De neiging om niet actief ontkrachtende informatie te verzamelen, kan ook een rol spelen bij de vraag of nader bewijs nodig is. Hoe vaak vraagt een civiele rechter *ambtshalve* om *nader bewijs* bij te brengen? Dat is zeldzaam, om niet te zeggen zeer zeldzaam, en dat ligt – zo wordt gesteld – aan het uitgangspunt dat de procespartijen het bewijs bijbrengen, en niet de rechter (als uitvloeisel van de partijautonomie). Wij vragen ons af of daar wellicht niet meer meespeelt.

Ook bij specifieke verzoeken van een partij om bepaalde bewijsmiddelen toe te laten en de vraag of die dan toegelaten moeten worden en dus ook bij de vraag hoe om te gaan met een *bewijsaanbod*, is enige invloed van de *confirmation bias* niet ondenkbaar. Vandaar de regel dat het passeren van een bewijsaanbod niet gegrond mag worden op een prognose van het resultaat van die bewijslevering.<sup>93</sup> En vandaar ook dat het goed is dat het aanbod tot het leveren van bewijs door getuigen gehonoreerd moet worden ('beveelt de rechter (...) zo vaak een der partijen het verzoekt'), hoewel ook die regel gekwalificeerd is (de feiten moeten betwist zijn en tot beslissing van de zaak kunnen leiden, art. 166 Rv).<sup>94</sup>

Als wij langs deze lijnen doordenken – nieuwe informatie wordt niet gezocht – dan komt tot slot allicht ook artikel 149 Rv in beeld. De strekking van artikel 149 Rv – in het licht van de partijautonomie – is dat het bewijsrecht (de regels van bewijslastverdeling, de bewijswaardering, de bewijskracht van bewijsmiddelen, het bewijsaanbod, etc.) alleen hoeft te worden toegepast als er voldoende (feitelijk) gesteld is en die stellingen vervolgens voldoende betwist zijn. Als de rechter echter al weet wat de uitkomst van de zaak moet zijn, en hij slechts op zoek is naar bevestiging van die gedachte, is daarin dan niet een mogelijke verklaring gelegen voor het fenomeen dat rechters nogal eens de neiging schijnen te hebben (hard empirisch bewijs van die stelling wordt nooit aangevoerd overigens) de zaak af te doen op onvoldoende stellen/betwisten door procespartijen.<sup>95</sup> Gelukkig wordt er tegenwoordig al op gehamerd dat artikel 149 Rv niet te vrijelijk gebruikt mag worden en dat bewijslevering geen gunst maar een recht is.<sup>96</sup>

93 Hugenholtz & Heemskerk 2009, nr. 87.

94 Hugenholtz & Heemskerk 2009, nr. 87.

95 Zie Ashmann 2010, p. 13 e.v.; Zie ook Asser 2012.

96 Asser 2012.

## 5 UITGELICHT (2): HET ANCHORING EFFECT IN HET BURGERLIJK (PROCES)RECHT

### 5.1 Inleiding

De tweede *bias* waarop hier nader wordt ingegaan is het *anchoring effect*. Dit effect betreft het proces waarin iemand – doorgaans onbewust – een gegeven als ‘anker’, als startpunt, neemt voor zijn besluit.<sup>97</sup> Vooral in aansprakelijkheidszaken – waar het immers in de meeste gevallen gaat om het toekennen van een schadevergoeding – kan het *anchoring effect* een sterke invloed uitoefenen op de besluitvorming door de rechter.<sup>98</sup>

Tversky en Kahneman signaleerden het *anchoring effect* reeds in 1974.<sup>99</sup> In een experiment werd een getal (een anker) vastgesteld door middel van een rad waarop de getallen 10 en 65 waren vermeld. Vervolgens werden er aan de deelnemers twee vragen voorgelegd. De eerste vraag was een vergelijkende vraag en de tweede een absolute (*standard anchoring*). Als voorbeeld: bij het thema ‘Afrikaanse landen in de VN’ werd als eerste de vraag voorgelegd of het percentage Afrikaanse landen in de VN hoger of lager is dan het nummer dat het rad aanwijst. De tweede (absolute) vraag was wat het percentage van Afrikaanse landen in de VN is. Ondanks dat de deelnemers wisten dat het nummer van het rad willekeurig was gekozen (dat hadden zij immers gezien) en dus niets te maken had met de antwoorden die zij zouden moeten geven, bleek het (hoge of lage) getal (het ‘anker’) een effect te hebben op de percentages die werden genoemd. Het (hoge of lage) getal dat werd voorgelegd bij de vergelijkende vraag vormde een anker, een startpunt, voor het antwoord op de absolute vraag.

Dit effect wordt het *anchoring effect* genoemd. Volgens Carroll, Petrusic en Leth-Steensen moet er voldaan zijn aan twee minimumvoorwaarden om het *anchoring effect* te doen intreden. De eerste voorwaarde is dat het doel (*target*) geschat moet kunnen worden en dat over dat doel nog geen zekerheid bestaat. De tweede voorwaarde houdt in dat er een schatting moet kunnen plaatsvinden op een lineaire schaal (iets moet meer of minder zijn dan getal ‘X’ (het anker)).<sup>100</sup> Als aan deze voorwaarden voldaan is en er een *anchoring effect* intreedt, dan staat vast dat het gaat om een ‘extreem robuust’ fenomeen.<sup>101</sup> Zoals ook

97 Zie o.a. Tversky & Kahneman 1974; Chapman & Johnson 1999; Jacowitz & Kahneman 1995. Het anker hoeft geen numeriek gegeven te zijn, zie Oppenheimer, LeBoeuf & Brewer 2008; Carroll, Petrusic & Leth-Steensen 2009 (over *semantic priming*). Wij beperken ons hierna tot numerieke ankers, omdat het onderzoek dat is verricht (of tenminste is gepubliceerd) zich vooral nog daarop richt. Het onderzoek waaraan hierna wordt gerefereerd, betreft met name experimenteel laboratoriumonderzoek.

98 Zie over *anchoring* in strafrechtelijke context Raats 2012 en Klijn 2013.

99 Tversky & Kahneman 1974.

100 Carroll, Petrusic & Leth-Steensen 2009, p. 306.

101 Zie o.a. Chapman & Johnson 1999, p. 149; Galinsky & Mussweiler 2001, p. 659; Mussweiler, Englich & Strack 2004, p. 185-186; Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 195; Englich 2008, p. 902; Russo 2010, p. 25; Maaravi,

uit het experiment van Tversky en Kahneman naar voren kwam, doet het *anchoring effect* zich voor ongeacht of de betrokken besluitvormer (of proefpersoon) weet dat het anker willekeurig is gekozen.<sup>102</sup> Dat is zelfs het geval bij volstrekt onaannemelijke ankers.<sup>103</sup>

Expliciete instructies over het *anchoring effect* kunnen de werking daarvan niet (geheel) opheffen.<sup>104</sup> Voorts lijkt ook de expertise van de besluitvormers het *anchoring effect* niet te kunnen doen verdwijnen. Dat geldt ook voor juristen, zo blijkt uit verschillende experimenten (zie par. 5.3).<sup>105</sup> Verder kan een numeriek gegeven dat is gepresenteerd zonder dat de ontvanger zich daarvan bewust is geweest, invloed uitoefenen op iemands beslissing.<sup>106</sup> Het effect doet zich bovendien voor niet alleen waar het gaat om beslissingen door individuele besluitvormers, maar ook bij groepsbeslissingen.<sup>107</sup> Ten slotte bestaan er aanwijzingen dat het *anchoring effect* gedurende een langere periode van tijd kan voortduren.<sup>108</sup>

Afgezien van de robuustheid van het *anchoring effect* is het belangrijk om op te merken dat een veelheid van verschillende ankers in potentie invloed kan uitoefenen op de besluitvorming. Het gaat, met andere woorden, niet alleen om numerieke gegevens die expliciet worden voorgelegd aan deelnemers aan een experiment (in ons geval: de rechter) maar ook, zo stellen Englich, Mussweiler en Strack, om ankers uit de massamedia, om ankers die bewust of onbewust zijn opgeroepen door bezoekers van een zitting en om ankers die voortvloeien uit de mening van de rechter of van zijn partner, familie of bureu.<sup>109</sup> Isolatie of uitsluiten van die informatie lijkt (en is) onmogelijk. Het belang van *debiasing* is daarom groot. Er bestaat alleen een probleem: de wijze waarop het effect zou kunnen worden opgeheven, is nog niet gevonden (zie verder par. 7.3).

---

Ganzach & Pazy 2011, p. 245; Kahneman 2011, p. 119. Zie ook Wegener et al. 2010a, p. 6; Carroll, Petrusic & Leth-Steensen 2009, p. 306.

102 Tversky & Kahneman 1974, Cervone & Peake 1986, Chapman & Johnson 1999, p. 136-137 en 139; Englich, Mussweiler & Strack 2006. Zie echter Strack & Mussweiler 1997, p. 440: 'The presented findings suggest that the strength of the anchoring effect depends on how applicable the activated information is perceived to be.'

103 Strack & Mussweiler 1997; Mussweiler & Strack 1999.

104 Chapman & Bornstein 1996; Hastie, Schkade & Payne 1999; Englich, Mussweiler & Strack 2006. Zie echter ook Strack & Mussweiler 1997, p. 441-442 (het anker zou relevant moeten zijn voor de besluitvorming wil het effect zich voordoen).

105 Englich & Mussweiler 2001; Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 188-200. Zie echter Mussweiler & Strack 1999: extra kennis over het te nemen besluit leidt – in hun onderzoek – wel tot een minder groot *anchoring effect*. Voor een overzicht van situaties waarin het *anchoring effect* voordoet, zie Chapman & Johnson 1999, p. 117; Mussweiler 2001, p. 431.

106 Mussweiler & Englich 2005.

107 Whyte & Sebenius 1997, p. 80 en 81 (onderhandelingsituatie).

108 Mussweiler 2001. Kritisch zijn Thorsteinson et al. (2008, p. 37), omdat het onderzoek van Mussweiler betrekking had op kennisvragen waarvan het niet voor de hand lag dat in de tussentijd andere informatie zou worden vergaard die als anker zou kunnen dienen. Het *anchoring effect* wordt overigens ook wel als verklaring aangevoerd voor diverse andere *biases*, zoals *framing*. Hierover Chapman & Johnson 1999, p. 117. Hier wordt echter alleen stilgestaan bij de kern van het *anchoring effect*: het gegeven dat bij besluitvormig aansluiting wordt gezocht bij een numeriek gegeven dat 'beschikbaar' is voor de besluitvormer.

109 Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 198.

## 5.2 Verklaringen voor het anchoring effect

In de literatuur worden drie (hoofd)verklaringen gegeven voor het *anchoring effect*.<sup>110</sup> Deze drie verklaringen bieden niet dé verklaring voor *anchoring* en werken bovendien niet exclusief. Zoals Jacowitz en Kahneman stellen: ‘One or more might be true in different cases, ostensibly uninformative anchors provide large effects.’<sup>111</sup>

De eerste – en tevens oudste – verklaring, afkomstig van Tversky en Kahneman,<sup>112</sup> wordt *insufficient adjustment* genoemd.<sup>113</sup> Dit idee houdt in dat iemand bij het nemen van zijn besluit een anker als startpunt heeft, en dat in het proces van het ‘startpunt’ naar de ‘eindbeslissing’ onvoldoende aanpassing plaatsvindt om tot een ‘goed’ (*bias-vrij*) besluit te kunnen komen.<sup>114</sup>

Als tweede verklaring wordt ook wel het *priming effect* genoemd, door Kahneman betiteld als een denkfout van het automatische systeem.<sup>115</sup> *Priming* houdt kort gezegd in dat iemands beslissing (en gedrag) beïnvloed kan worden door (irrelevante) informatie, omstandigheden, of omgevingsfactoren.<sup>116</sup> Een bekend voorbeeld biedt het *Florida*-experiment.<sup>117</sup> Studenten moesten een zin maken van vier woorden uit een lijst van vijf woorden. Een deel van de groep moest een zin maken met woorden zoals ‘*Florida*’, ‘*forgetful*’, ‘*bald*’, ‘*gray*’ en ‘*wrinkle*’. De kern van het onderzoek werd daarna uitgevoerd: de studenten moesten door een gang naar een andere ruimte lopen. De studenten die een zin moesten maken met (onder andere) de woorden die te maken hadden met ouderdom, liepen significant langzamer door de gang dan de andere studenten. Perceptie die beïnvloed wordt door middel van *priming*, kan gedrag, keuzes of besluitvorming beïnvloeden.

Een verschil tussen *priming* en *anchoring* is echter dat het *priming effect* veel minder robuust is dan het *anchoring effect*. Zo bestaan er mechanismes om dit effect te laten verdwijnen, terwijl dat in geval van *anchoring*, zoals in het voorgaande reeds besproken, nog niet is aangetoond (zie ook par. 7). Als verklaring hiervoor is genoemd dat het *priming effect* zich voordoet, omdat van buiten komende invloeden een beslissing tot stand brengen, terwijl het *anchoring effect* van ‘binnenuit’ komt: een *self-generated anchor*, een numeriek

---

110 Hierover Orr & Guthrie 2006, p. 602-605 (zij noemen bovendien de ‘*social implication theory*’); English 2006, p. 503-505; Wegener 2010a, p. 6-7; Russo 2010, p. 25; Frederick, Kahneman & Mochon 2010, p. 17. Kritisch over onderzoek dat gaat over de zoektocht naar één verklaring voor het *anchoring effect* zijn Wegener et al. 2010a, p. 7-8.

111 Jacowitz & Kahneman 1995, p. 1161. Zie ook Epley & Gilovich 2001, p. 395.

112 Zie over hun verschil van mening Kahneman 2011, p. 120 en 122.

113 Tversky & Kahneman 1974. Kritisch zijn (later) Jacowitz & Kahneman 1995; Chapman & Johnson 1999, p. 119. Zie ook Mussweiler, English & Strack 2004, p. 189. Zie echter Epley & Gilovich 2001 die betogen dat de verklaring van *adjustment* (zeker) nog steeds opgaat voor wat betreft *self-generated anchors*.

114 Kahneman 2011, p. 120.

115 Hierover o.a. Jacowitz & Kahneman 1995, p. 1162; Mussweiler, English & Strack 2004, p. 190-191; Kahneman 2011, p. 122-123.

116 Kahneman 2011, p. 122.

117 Hierover Kahneman 2011, p. 53.

gegeven dat niet expliciet is voorgelegd, maar door iemand zelf op een eerder moment is ‘opgepikt’.<sup>118</sup> Het genereren van zo’n anker kan wel worden gestuurd door middel van onderzoek: in de eerste vraag wordt een antwoord in de vorm van een getal gevraagd en vervolgens wordt dat getal bij het beantwoorden van de tweede vraag als anker gebruikt. Een anker blijft dan echter door die persoon zelf gegenereerd.

De laatste – en ‘heersende’ – verklaring is afkomstig Mussweiler en Strack en heeft betrekking op het idee van *selective accessibility of information*.<sup>119</sup> In de kern houdt deze verklaring in dat een persoon een beslissing neemt op basis van de informatie die voor hem beschikbaar is (‘in zijn hoofd’) en dat die beschikbaarheid wordt gestuurd door gepresenteerde ankers. Volgens Strack en Mussweiler zou dit gegeven een verklaring kunnen zijn voor de robuustheid van het *anchoring effect*, omdat besluitvormers een beslissing nemen op basis van (op dat moment ‘in hun hoofd’) beschikbare informatie en die beschikbare informatie wordt mede geselecteerd op basis van het gepresenteerde anker.<sup>120</sup>

Deze laatste verklaring sluit aan bij het onderzoek van Chapman en Johnson, dat suggereert dat een numeriek groot anker leidt tot het zoeken van ankerbevestigende argumenten, terwijl een numeriek klein anker een prikkel vormt tot het zoeken van tegenargumenten. Chapman en Johnson noemen dit fenomeen ‘*anchoring as activation*’,<sup>121</sup> en leggen een verband met het idee van de *confirmation bias*: ‘*These results indicate that decision makers naturally consider consistent features but do not consider inconsistent features unless expressly instructed to do so.*’<sup>122</sup>

Een ander interessant onderzoeksresultaat (van Chapman en Johnson) is dat discussie direct voorafgaand aan de besluitvorming een sterker *anchoring effect* kan opleveren. De verklaring die hiervoor wordt genoemd, is dat de beschikbare argumenten die ankerbevestigend zijn nog fris in het geheugen liggen en dus eenvoudig te genereren zijn:

118 Belangrijk is de redenering van English, Mussweiler & Strack over de reden waarom er bij *anchoring*-onderzoek geen controlegroep wordt gecreëerd: een controlegroep betrekken in het onderzoek ter controle van de resultaten van het onderzoek zou (onder andere) nutteloos zijn, omdat waarschijnlijk is dat in afwezigheid van een experimenteel anker de deelnemers een eigen anker creëren. Zij noemen een controlegroep in deze situatie een ‘*self-anchored control group*’. English, Mussweiler & Strack 2006, p. 195. Er wordt in de literatuur nog een vierde verklaring genoemd, te weten *conversational inference*, waarmee wordt bedoeld dat door ‘conversatieregels’ personen toch de gedachte hebben dat het getal dat wordt genoemd door één van de gesprekspartners relevant is (of zou moeten zijn) voor het besluit dat moet worden genomen. Zie Jacowitz & Kahneman 1995, p. 1162; Mussweiler, English & Strack 2004, p. 190.

119 Strack & Mussweiler 1997; Mussweiler & Strack 1999; Brewer & Chapman 2003 (*contrast en anchoring effect*); Mussweiler, English & Strack 2004, p. 191-194; English, Mussweiler & Strack 2006, p. 196-197.

120 Strack & Mussweiler 1997, p. 444-445. Zij noemen in dit verband ook het feit dat een anker *self-generated* kan zijn: door iemand zelf ergens zijn ‘opgepikt’.

121 Chapman & Johnson 1999, p. 119 e.v.

122 Chapman & Johnson 1999, p. 140.

*'This result is interesting, since it suggests than [sic] anchoring effects might interact with available information about a domain. That is, those who have more information or reasons at their disposal, but who must construct (and not retrieve) an answer, may be more prone to the effect of irrelevant anchors, because they have a larger set of reasons which can be affected by biased search.'*<sup>123</sup>

Met andere woorden, de directe beschikbaarheid van argumenten (voor/tegen) zou het *anchoring effect* versterken. Als deze conclusie van Chapman en Johnson kan worden doorgetrokken naar juridische besluitvorming door de rechter, zou dit een interessante vaststelling opleveren: door de aard van een juridisch geschil (partijen verzamelen argumenten voor en tegen en de rechter beslist) zou er een sterker *anchoring effect* kunnen voordoen indien de ankerbevestigende argumenten direct voor de besluitvorming – bijvoorbeeld bij pleidooi – zijn genoemd.<sup>124</sup>

Het idee van *selective accessibility of information* (dat wil zeggen: het type anker – hoog of laag – stuurt de selectie van informatie die beschikbaar is in iemands cognitie) lijkt zich echter niet bij iedere vorm van *anchoring* even sterk voor te doen. In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen *standard* en *basic anchoring*. *Standard anchoring* houdt in dat er zowel een vergelijkingsvraag als een absolute vraag wordt voorgelegd (vergelijk het eerder besproken experiment van Tversky en Kahneman), terwijl bij *basic anchoring* alleen een absolute vraag wordt gesteld. Het tweefasenproces van *standard anchoring* lijkt de selectie van ankerconforme informatie te versterken. De besluitnemer wordt namelijk als eerste geconfronteerd met een vergelijkingsvraag, zoekt in het kader daarvan ankerbevestigende argumenten en vervolgens wordt aan hem of haar een absolute vraag gesteld.<sup>125</sup>

Zoals gezegd, bestaat niet één verklaring voor het *anchoring effect*. Wat duidelijk lijkt te worden – uit recenter onderzoek – is dat *anchoring* een veelzijdig fenomeen is en dat het effect dat uitgaat van een anker verschilt naargelang het type onderzoek dat wordt verricht.<sup>126</sup> Met andere woorden, recenter onderzoek beschouwt het *anchoring effect* niet

---

123 Chapman & Johnson 1999, p. 143.

124 Toch hoeft het aanreiken van argumenten bij het noemen van het eerste anker niet positief te werken. Uit de onderzoeksresultaten van Maaravi, Ganzach & Pazy – in het kader van niet-juridische onderhandelingen – blijkt namelijk dat er een boemerangeffect kan uitgaan van die argumenten. Dat lijkt namelijk het geval indien het eenvoudig is om vervolgens tegenargumenten te noemen. Argumenten noemen bij het eerste bod zou averechts kunnen werken: het onderhandelingsresultaat is minder gunstig voor degene die het eerste bod doet. Het eerste bod dat gepaard gaat met argumenten zou worden beschouwd als een poging om iemand over te halen en dat zou contraproductief werken ten aanzien van het onderhandelingsresultaat, omdat in die situatie meer tegenargumenten zouden worden gezocht. Deze resultaten zijn ook 'vertaald' naar een *anchoring-effect*-situatie. En ook daar lijkt een gelijke conclusie te gelden, zij het dat het effect zich alleen voordoet indien dat bod extreem is en er eenvoudig tegenargumenten kunnen worden gegenereerd. Maaravi, Ganzach & Pazy 2011, p. 251-252.

125 Zie hierover ook Sailors & Heyman 2011, p. 1038.

126 Zo noemen Frederick & Mochon in 2012 nog een verklaring voor het *anchoring effect*, te weten het *scaling effect*: 'Such results are compatible with our view of anchoring as a scaling effect – a change in the way

als één *bias* die zich in alle situaties in gelijke mate en op dezelfde wijze voordoet, maar als een fenomeen dat zich voordoet in allerlei situaties en bestudeerd zou moeten worden als een veelzijdig begrip dat in potentie in verschillende situaties op verschillende wijzen tot uitdrukking kan komen.<sup>127</sup> In tegenstelling tot verricht onderzoek door bijvoorbeeld Mussweiler en Strack, waarin werd gezocht naar één verklaring voor het *anchoring effect*, wordt nu in de literatuur voorgesteld om het onderzoek naar *anchoring* toe te spitsen op de verschillende vormen ervan, door te identificeren welke contextuele aspecten (vooral sociale aspecten) zorgen voor een versterking van het *anchoring effect* en om te bestuderen welke effecten nog meer van *anchoring* uitgaan, behalve de invloed op de extremiteit van het oordeel.<sup>128</sup> Het *attitudes and persuasion perspective* zou bij deze onderzoeksvragen een rol moeten worden toegedicht.<sup>129</sup> De aanzet tot een combinatie van *judgment and decision theory* en *attitudes and persuasion theory* kwam van Wegener en de zijnen.<sup>130</sup>

Door deze theorieën te combineren, hebben Wegener et al. onder andere het *anchoring effect* in verband gebracht met het aanzien van een persoon. Uit hun onderzoek blijkt dat er een significant sterker *anchoring effect* bestaat indien het numerieke gegeven dat als anker gaat fungeren, afkomstig is van een expert in plaats van van een ongeloofwaardige bron.<sup>131</sup> Op zich lijkt dit effect niet opzienbarend en ook niet per definitie onwenselijk (een expert heeft immers ogenschijnlijk meer deskundigheid). De vraag is echter wie als expert gezien wordt; moet in een juridische context dan bijvoorbeeld gedacht worden aan een advocaat met hoog aanzien, een hoogleraar of een rekenmeester? En wat gebeurt er als het anker irrelevant is of niet conform de werkelijkheid?

Belangrijk lijkt ook de opmerking van Epley en Gilovich over expertise: vanuit het *attitudes and persuasion perspective* lijkt het aannemelijk dat er een sterker *anchoring effect*

---

numeric labels are being used in a particular context unaccompanied by any change in the beliefs or mental representation of the entity being judged. The results seem less consistent with a selective accessibility account as it is typically adumbrated.' (p. 131)

127 Zie ook Russo 2010.

128 Epley & Gilovich 2010, p. 21.

129 Zij noemen o.a. de samenhang tussen *anchoring* en *intuitive approximations, best- and worse-case scenarios, incidental anchors, environmental suggestions* (de suggestie dat het anker toch relevant is, ondanks dat gezegd wordt dat het niet zo is) en *magnitude priming*, Epley & Gilovich 2010.

130 Wegener et al. 2010a en Wegener et al. 2010b. Hierover Epley & Gilovich 2010, Russo 2010, Frederick, Kahneman & Mochon 2010.

131 Wegener et al. 2010a, p. 10-11. Russo reageert instemmend op het idee om twee theorieën te combineren, maar wijst er ook op dat daarmee geen verklaring is gevonden voor het *anchoring effect*. Hij geeft twee alternatieve verklaringen: de eerste heeft betrekking op het doel dat mensen hebben, het tweede op de behoefte van mensen aan consistentie, Russo 2010, p. 27. Frederick, Kahneman & Mochon zijn kritisch over de conclusies (en ideeën) van Wegener et al. Zo ook over het gesuggereerde effect van expertise: 'Any model of judgment would conclude that more reliable information would be weighted more and that judgments should assimilate towards these highly informative numbers. Thus, these results seem to have little to do with anchoring at all, as we understand that term.' Frederick, Kahneman & Mochon 2010, p. 18. Zie voor een reactie Wegener et al. 2010b. Over de invloed van deskundigenberichten op de schadevaststelling door jury's zie Raitz et al. 1990.

zal ontstaan indien de besluitvormer het gevoel heeft, terecht of niet, dat hij of zij expertise heeft, *'and therefore find themselves to be highly credible sources'*.<sup>132</sup> Als die gedachte wordt teruggekoppeld naar juridische besluitvorming, zou een hypothese kunnen zijn dat bij juridische besluitvorming door juristen – die opgeleid zijn in het nemen van juridische beslissingen – een sterker *anchoring effect* kan voordoen, juist omdat zij een gevoel van expertise hebben.

### 5.3 *Een ding is helder: juristen zijn niet immuun voor het anchoring effect*

Kan het *anchoring effect* zich ook voordoen bij rechterlijke besluitvorming? Volgens English, Mussweiler en Strack ligt dit minder voor de hand, om een vijftal redenen. Ten eerste gelden er regels en voorschriften die de invloed van irrelevante informatie op rechterlijke besluitvorming zouden moeten kunnen voorkomen. Ten tweede bestaan er binnen (bijvoorbeeld) het strafrecht duidelijke richtlijnen voor het opleggen van een straf. Wij noemen hier ook de smartengeldgids.<sup>133</sup> Voorts, en dat is het derde argument, bestaat er een omvangrijke bron van regelgeving waarin omschreven staat hoe bewijs moet worden verzameld, gepresenteerd en opgevoerd. Ten vierde zijn rechters getraind in en hebben ervaring met het nemen van beslissingen. Ten slotte zouden rechters gemotiveerd zijn om goede beslissingen te willen nemen.<sup>134</sup>

Niettegenstaande deze argumenten blijkt uit onderzoek dat ook rechters, ondanks hun expertise, niet ongevoelig zijn voor numerieke ankers.<sup>135</sup> Er is meerdere malen vastgesteld dat rechters bij de vaststelling van de schade beïnvloed worden door irrelevante numerieke gegevens. Daarbij lijkt niet van belang over welke rechter het gaat: het *anchoring effect* is aangetoond bij besluitvorming door zowel de strafrechter (strafmaat) als de civiele rechter (bij de vaststelling van de vergoeding van immateriële schade en *punitive damages*).<sup>136</sup> In dit kader is aangetoond dat het effect zich voor kan doen onafhankelijk van de expertise van de rechter.<sup>137</sup> Belangrijk is ook wat English in dit verband opmerkt: er bestaat een

---

132 Epley & Gilovich 2010, p. 22. Zie echter Mussweiler & Strack 1999.

133 Men kan zich afvragen of de wijze waarop de smartengeldgids wordt samengesteld, leidt tot rechtvaardige smartengeldbedragen; de hoogte van die bedragen lijkt immers te stagneren en bijvoorbeeld niet mee te stijgen met de geldontwaarding. Zie o.a. Lindenberg 2008, p. 65, 67-68, 75-78; Frenk & Van Dam 2012, nr. 2299.

134 English, Mussweiler & Strack 2006, p. 189.

135 Chapman & Bornstein 1996; Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2001; English & Mussweiler 2001; Wistrich, Guthrie & Rachlinski 2005, p. 1286-1293; English, Mussweiler & Strack 2006; Orr & Guthrie 2006, p. 607-608. De genoemde publicaties betreffen experimenteel onderzoek, met uitzondering van de publicatie van Orr en Guthrie dat een meta-analyse betreft.

136 English & Mussweiler 2001 (strafrecht); Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2001, p. 791-792 (privaatrecht); English, Mussweiler & Strack 2006 (strafrecht); English 2006 (strafrecht).

137 English & Mussweiler 2001, p. 1542-1546; English, Mussweiler & Strack 2006 (strafrecht). Zie ook English 2006.

verschil tussen ervaren en niet ervaren (strafrecht)juristen die deelnamen aan dit experiment, niet voor wat betreft de omvang van het *anchoring effect*, maar wél voor wat betreft de mate waarin zij overtuigd waren van de juistheid van hun beslissing: de ervaren juristen waren zekerder van hun beslissing dan de onervaren juristen.<sup>138</sup>

Englich en Mussweiler hebben met hun onderzoeksresultaten laten zien dat het *anchoring effect* bij de (straf)rechter zich ook voor kan doen als het getal, het anker, overduidelijk irrelevant is. In één van hun experimenten werd het getal, het anker, vastgesteld door middel van de optelsom van twee dobbelstenen die door de deelnemende juristen zelf waren gegooid. Het resultaat was helder: ook hier deed zich een *anchoring effect* voor. Opmerkelijk was bovendien dat alle deelnemers zich relatief zeker voelden over hun beslissing. De overkoepelende conclusie van Englich, Mussweiler en Strack was daarom:

*‘Taken together, these findings demonstrate that even if legal experts randomly determined a sentencing anchor themselves by throwing a pair of dice, they were influenced by it. Judges assimilated their sentencing decisions towards these clearly irrelevant sentencing demands.’*<sup>139</sup>

Englich, Mussweiler en Strack hebben aan de deelnemers van hun experiment geen extra informatie voorgelegd over bijvoorbeeld analoge zaken.<sup>140</sup> Om die reden heeft Englich wél nader onderzoek verricht naar de invloed van extra informatie op het *anchoring effect*. Belangrijk is dat zij onderscheid maakt tussen *standardanchoring* (vergelijkende en absolute vraag) en *basic anchoring* (absolute vraag).<sup>141</sup> Het *anchoring effect* doet zich niet voor bij de groep die is geconfronteerd met alleen een absolute vraag en bovendien *relevante* informatie heeft gekregen over het getal waarover beslist moet worden. Bij de groep die geen relevante informatie heeft ontvangen, doet zich daarentegen wel het effect voor.<sup>142</sup>

138 Englich 2006, p. 508.

139 Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 194.

140 Daarbij moet wel worden opgemerkt dat aan dit experiment ook strafrechtjuristen deelnamen en dat het *anchoring effect* zich ook voordeed bij hun besluitvorming. Het effect was zelfs vergelijkbaar met het *anchoring effect* dat zich voordeed bij besluitvorming door juristen die minder deskundig waren in het strafrecht.

141 Englich 2008.

142 Englich 2008, p. 900-901. Opvallend is voorts dat het *anchoring effect* in geval van *standard anchoring* sterker was in de situatie dat de besluitvormer relevante informatie had gekregen voor het nemen van zijn besluit, in vergelijking met de situatie waarin de besluitvormer die informatie niet had gekregen (p. 901). Zie ook Chapman & Johnson 1999 die eerder dit opmerkelijke resultaat beschreven.

5.4 *Lessen voor de rechtspraak*

Het initiatief tot het voeren van een civiele procedure ligt bij de eisende partij als de partij die de dagvaarding uitbrengt waarin de vordering staat omschreven. De eiser is daarom degene die het anker kiest en daarmee zijn voordeel kan doen; uit onderzoek blijkt dat het *anchoring effect* de prijs flink kan opdrijven.<sup>143</sup> Het anker hoeft niet relevant te zijn voor de te nemen beslissing.<sup>144</sup> Dat kan positief zijn voor de eiser, maar betekent echter wel dat de gedaagde met 1-0 achterstaat. Zeker nu uit onderzoek blijkt dat het effect wel verminderd kan worden, maar niet geheel kan worden weggenomen (zie par. 7.3). Kahneman stelt daarom dat als een besluitvormer wordt geconfronteerd met een extreem anker, hij of zij direct met niet mis te verstane woorden moet eisen dat het van tafel wordt gehaald.<sup>145</sup>

Waar ligt echter de grens tussen enerzijds een anker dat onwaarschijnlijk lijkt, maar waarbij nog wel aansluiting wordt gezocht, en een anker dat zo onwaarschijnlijk is dat de besluitvormer ertoe wordt aangezet om er afstand van te nemen? Deze thematiek stond centraal in het onderzoek van Schweinsberg et al. dat ging over de invloed van extreme ankers op (niet-juridische) onderhandelingen.<sup>146</sup> Eén van hun uitkomsten is dat een extreem hoog eerste bod de kans op een impasse in de onderhandelingen verhoogt. De onderhandelaar die geconfronteerd wordt met zo'n eerste bod, zal zijn heil elders zoeken, aldus de auteurs.<sup>147</sup> Interessant om te weten in het kader van de juridische besluitvorming is wat er gebeurt als de rechter geconfronteerd wordt met zo'n extreme eerste vraag naar schadevergoeding. Zou de rechter dan ook eerder geneigd zijn om zijn 'heil elders zoeken'? Met andere woorden, zou de rechter eerder de eis in die zaak aan de kant leggen en gestimuleerd worden om andere informatie (en ankers) te (gaan) zoeken? Als dat zo is, dan kan het anker dus averechts werken. Wat daarvan ook zij, vooralsnog lijkt in de literatuur (dat is gebaseerd op experimenteel onderzoek) een ander geluid te klinken: ook extreme ankers zijn van invloed op besluitvorming.

Zoals in paragraaf 2 reeds aan de orde kwam, moet de rechter een *redelijke mate van zekerheid* hebben omtrent de juistheid van de gestelde feiten. Daarnaast werd eerder, in paragraaf 5.2, al verwezen naar onderzoek waaruit blijkt dat een hoog anker de selectie

143 Chapman & Bornstein 1996 (personenschadezaken); Hastie, Schkade & Payne 1999 (vaststelling *punitive damages* door middel van 'jury'-beslissingen); Malouff & Schutte 1989 (vaststelling van de schadevergoeding door middel van 'jury'-beslissingen); Korobkin & Doherty 2009, p. 184-185 (buitengerechtelijke onderhandelingen over schadevergoeding); Thorsteinson 2011 (salarisonderhandelingen). De genoemde publicaties betreffen experimenteel onderzoek.

144 English, Mussweiler & Strack 2006, p. 189.

145 Kahneman 2011, p. 126.

146 Schweinsberg et al. 2012. Zie daarover Korobkin & Guthrie 1994. Hun onderzoeksresultaten bevestigden *niet* hun hypothese dat extreme eerste eisen (in het kader van buitengerechtelijke onderhandeling) eerder tot een impasse (en dus tot een potentiële rechtszaak) zou leiden in vergelijking met een redelijk eerste eis. Een extreem eerste eis leidt eerder tot een overeenstemming dan in geval van een redelijk eerste eis (p. 15).

147 Schweinsberg et al. 2012, p. 230.

van ankerbevestigende informatie stimuleert. Nu staat de vraag centraal of door het type vraagstelling in het kader van de bewijswaarderingsmaatstaf (in het strafrecht), het automatische systeem bij de selectie van disculperende of bezwarende argumenten gestuurd kan worden door het voorleggen van een bepaal type anker (hoog respectievelijk laag).

De bewijswaarderingsmaatstaf werd in een experiment uit 2006 door English, Mussweiler en Strack in verband gebracht met het *anchoring effect*.<sup>148</sup> De deelnemers waren ‘ervaren’ juristen<sup>149</sup> en het anker dat hen werd aangereikt, was vastgesteld aan de hand van twee dobbelstenen die door de deelnemers zelf waren geworpen. In plaats van naar hun beslissing ten aanzien van de straftoemeting te vragen, werd aan hen gevraagd om een randschikking van argumenten te maken. Voor deze randschikking kregen zij een aantal korte stellingen voorgelegd die bezwarende (7) en disculperende (7) verklaringen betroffen. De deelnemers moesten zo snel mogelijk beslissen welke stellingen in deze zaak als bezwarend of als disculperend zouden moeten werken.

De hypothese van de onderzoekers was dat deelnemers van de groep die een hoog anker voorgelegd hebben gekregen de bezwarende argumenten vlotter zouden categoriseren dan de groep die geconfronteerd werd met een laag anker. Deze hypothese werd in beginsel bevestigd, maar dit verband kon niet met zekerheid worden vastgesteld (niet significant).<sup>150</sup> De onderzoekers geven hiervoor een verklaring: de vraag naar de schuld van een verdachte moet door de rechter ‘*beyond a reasonable doubt*’ positief beantwoord kunnen worden om de verdachte ook daadwerkelijk schuldig te kunnen houden. De schuldvraag staat aldus centraal, waardoor rechters zich volgens de onderzoekers meer zouden concentreren op bezwarende argumenten dan op verontschuldigende stellingen, ongeacht het type anker (hoog of laag) dat is voorgelegd.

Benadrukt moet worden dat het in het experiment een strafzaak betreft, terwijl het onderwerp van deze bijdrage de civiele procedure is. Daar geldt de maatstaf van ‘een redelijke mate van zekerheid’. Toch is hun conclusie vermeldenswaardig, omdat ook in deze procedures de aansprakelijkheidsvraag van één partij centraal staat:

*‘(...) incriminating arguments will receive more attention if they are compatible with the hypothesis judges test while processing a given anchor.’<sup>151</sup>*

148 English, Mussweiler & Strack 2006, p. 195-197.

149 57 juristen die een postdoctorale opleiding voor juniorjuristen volgden en die onlangs afgestudeerd waren en eerste ervaringen in het veld hebben opgedaan.

150 Opgemerkt wordt dat deelnemers van de lage-ankergroep niet vlotter waren in het kwalificeren van bevrijdende stellingen. Deze uitkomst brengen English, Mussweiler & Strack in verband met onderzoek naar de kracht van negatieve argumenten: ‘In general, negative information receives more attention and seems to obtain priority in processing. This is apparent for example in the fact that negative words are detected more easily than positive words.’ English, Mussweiler & Strack 2006, p. 196.

151 English, Mussweiler & Strack 2006, p. 197.

Met andere woorden: als bij de bewijswaardering bijvoorbeeld de schuldvraag of de aansprakelijkheidsvraag van één partij centraal staat, zal de rechter bij een hoog anker – in eerste instantie, vanwege het automatische systeem – zich eerder concentreren op bezwarende argumenten. Deze conclusie kan in verband worden gebracht met de *confirmation bias*: een hoog anker zou kunnen zorgen voor een sterkere *confirmation bias*.

## 6 UITGELICHT (3): HET PRIMACY EFFECT, HET RECENCY EFFECT EN ANDERE ORDER EFFECTS

### 6.1 Inleiding

Context kan onze perceptie danig verstoren en dezelfde stimulus<sup>152</sup> kan in verschillende gevallen geheel verschillend geïnterpreteerd worden.<sup>153</sup> Zo beschrijft Plous vier versturende effecten die met de context te maken hebben: het *contrast effect* (na het tillen van een zwaar gewicht wordt een volgend, lichter gewicht als nog lichter ervaren), het *primacy effect* (wat wij als eerste waarnemen, bepaalt in grotere mate onze indruk), het *recency effect* (soms wordt het *primacy effect* doorbroken en heeft datgene wat wij als laatste waarnemen het meeste invloed), en het *halo effect* (papers worden kwalitatief hoger gewaardeerd als deze komen van iemand die fysiek aantrekkelijker is, net zoals van meer dan gemiddeld aantrekkelijke mensen gedacht wordt dat deze gelukkiger en slimmer zijn).<sup>154</sup>

In deze paragraaf zullen wij dieper ingaan op de gevolgen die zogenoemde *order effects* (ook wel: *serial position effects*) kunnen hebben op de evaluatieve oordeelsvorming van juridische en niet-juridische besluitvormers. Met name de strijd tussen het *primacy effect* en het *recency effect* is ook juridisch aardig, bijvoorbeeld in het licht van de vraag of het gunstiger is om bij een pleidooi in een civiele procedure te mogen beginnen, of juist niet. Maar ook voor wat betreft de civiele procedure in zijn algemeenheid rijst de vraag in welke mate en onder welke omstandigheden de rechterlijke besluitvorming in het kader van de bewijswaardering ongemerkt beïnvloed wordt of kan worden door het moment waarop en de volgorde waarin partijen hun argumenten en bijbehorende bewijsmiddelen ter tafel brengen. Een gerelateerde vraag is wat er gebeurt als rechters gevraagd wordt om binnen een beperkt tijdsbestek soortgelijke beslissingen te nemen in een reeks van verschillende zaken; in hoeverre wordt de besluitvorming binnen één specifieke zaak in een dergelijk geval beïnvloed door de positie die de zaak inneemt in de reeks? Vragen als deze leiden op hun beurt vervolgens natuurlijk onherroepelijk tot de vraag of en in hoeverre onze

---

152 Een stimulus is het evenement in de omgeving, zoals een probleem, eigenschap of taak, dat wordt waargenomen, zie Eysenck & Keane 2005, p. 2.

153 Plous 1993, p. 38.

154 Plous 1993, p. 38-46.

bestaande regels van burgerlijk procesrecht eventuele *biases* die in deze context kunnen optreden voorkomen of juist in de hand werken.

## 6.2 *Order effects en oordeelsvorming*

Onze oordeelsvorming over het karakter van een ander geschiedt over het algemeen op een snelle en intuïtieve manier, met andere woorden op basis van ons ‘automatische’ systeem. Hoewel latere observaties ons aldus gevormde intuïtieve oordeel over een ander kunnen nuanceren of tegenspreken, is het vrijwel onmogelijk om onze eerste indruk geheel los te laten.

Al in 1946 liet Asch zien hoe belangrijk eerste indrukken zijn in een reeks van verschillende indrukken van een ander. Hij deed dit door middel van een onderzoek waarbij hij de ene helft van de deelnemers vroeg zich een oordeel te vormen over een persoon die werd omschreven als ‘*envious, stubborn, critical, impulsive, industrious, and intelligent*’, terwijl de andere helft van de deelnemers dezelfde vraag werd gesteld met betrekking tot een persoon die werd omschreven als ‘*intelligent, industrious, impulsive, critical, stubborn, and envious*’. De resultaten wezen uit dat de karakteristieken die in het begin van elke serie opgenomen waren het eindresultaat (de oordeelsvorming over het karakter van de omschreven persoon) veel sterker beïnvloedden dan de karakteristieken die later in de serie voorkwamen.<sup>155</sup> Deze bevinding werd bevestigd door soortgelijk onderzoek door Anderson, waaruit opnieuw duidelijk naar voren kwam dat de netto invloed van elk van de omschreven eigenschappen afnam naarmate deze later in de reeks voorkwam.<sup>156</sup>

Deze en latere onderzoeken laten zien dat we bij onze oordeelsvorming onbewust worden beïnvloed door een *primacy effect*, als gevolg waarvan eerdere impressies een grotere, meer blijvende indruk achterlaten dan latere.<sup>157</sup> Tulving omschrijft het *primacy effect* als volgt: ‘*first encounters with new situations, people, events, objects, and facts have greater impact on subsequent thought and behavior than later encounters of similar kinds*’.<sup>158</sup> Dit effect treedt niet alleen op wanneer mensen een oordeel vormen over elkaar, maar ook in een heleboel andere situaties waarin het gaat om de evaluatie van opeenvolgende gegevens.<sup>159</sup> Wanneer ons brein gevraagd wordt zich bezig te houden met wat omschreven kan worden als *serial information processing*, het vormen van een geïntegreerd eindoordeel over een persoon, zaak of voorval op grond van een reeks van verschillende gegevens, dan

155 Asch 1946. Asch was echter zeker niet de eerste om het *primacy effect* te omschrijven; Lund bijvoorbeeld formuleerde al in 1925 de ‘Law of Primacy in Persuasion’; zie Luchins 1958, p. 275-290.

156 Anderson 1965, p. 1-9.

157 Zie bijv. Tulving 2007, 31-48.

158 Tulving 2007, p. 31. Zie ook Nickerson 1998, p. 187: ‘Information acquired early in the process is likely to carry more weight than that acquired later.’

159 Plous 1993, p. 42.

neemt de invloed van nieuwe informatie op het eindoordeel af naarmate deze informatie zich later in de reeks bevindt.

Het is niet geheel duidelijk wat de oorzaak is van dit verschijnsel; waar sommigen menen dat de eerdere informatie door de ontvanger onbewust in gedachten herhaald wordt terwijl hij of zij kennisneemt van verdere gegevens, stellen anderen bijvoorbeeld dat gegevens aan het begin of aan het eind van een lijst makkelijker te onderscheiden zijn.<sup>160</sup> Weer anderen verklaren het verschijnsel als een gevolg van het ‘vermoeid’ raken (gereduceerde effectiviteit) van de netwerken van zenuwcellen die de binnengekomen informatie moeten verwerken naarmate er meer gegevens binnenkomen, of simpelweg als een proces van afnemende aandacht (*attention decrement*).<sup>161</sup> Tegelijkertijd wordt het *primacy effect* wel in verband gebracht met het *anchoring effect*, als een soort van *confirmation bias* waardoor latere informatie (onbewust) selectief wordt opgenomen op een manier die de indruk wekt bij de beoordelaar dat de op basis van de eerst verstrekte informatie ontstane hypothese of categorisering erdoor bevestigd wordt (het zgn. *anchoring-and-adjustment*-model).<sup>162</sup>

Wat vaststaat, is dat het *primacy effect* niet onaantastbaar is; verder onderzoek heeft aangetoond dat het onder omstandigheden doorbroken kan worden. In een onderzoek door Luchins, bijvoorbeeld, werden in verschillende volgordes twee blokken informatie over een persoon gepresenteerd aan de deelnemers; één blok met informatie waarin de betreffende persoon werd neergezet als introvert, een ander waarin deze werd omschreven als extravert. In plaats van de deelnemers om een oordeel te vragen na kennisneming van beide blokken informatie (*end-of-sequence*), vroeg hij ze hun mening te geven na lezing van het eerste blok informatie en opnieuw na lezing van het tweede blok (*step-by-step*). Het onderzoek toonde aan dat bij een dergelijke *step-by-step*-benadering het *primacy effect* uitbleef; in plaats daarvan trad een *recency effect* op, waarbij juist het meest recent gelezen blok een relatief veel sterkere invloed had op de oordeelsvorming.<sup>163</sup> Miller en Campbell hebben dit ‘*recency effect*’ als volgt omschreven:

*‘Our judgments, our responses, our social perceptions, are a function of some net resultant of the past experiences both recent and remote. To the net resultant of the moment not all past experiences contribute equally: the casual experiences of this morning weigh more heavily than the comparably causal experiences of any single morning one year ago, one month ago, or even yesterday, all other*

---

160 Zie bijv. Tulving 2007, 37-38.

161 Zie bijv. Tulving 2007, 38-40 en Anderson 1981, respectievelijk.

162 Zie uitgebreid Hogarth & Einhorn 1992. Zie ook Mumma & Wilson 1995, 841-842 en Kerstholt & Jackson 1998.

163 Luchins 1958, p. 275-290.

*things being equal. Were it not so, unlearning and new learning could hardly take place.*<sup>164</sup>

Ook andere onderzoeken laten zien dat er onder omstandigheden een *recency effect* kan optreden wanneer de beoordelaar zich om wat voor reden dan ook meer recente informatie beter kan herinneren dan informatie waarvan hij of zij in een eerder stadium kennis heeft genomen.<sup>165</sup> Het *recency effect* wordt door sommigen ook wel gezien als het *default pattern*, waarbij als uitgangspunt geldt dat de meest recent verkregen informatie makkelijker te herinneren is en dus eerder gebruikt zal worden; afwijkingen van dit uitgangspunt worden dan verklaard op grond van het *primacy effect*.<sup>166</sup>

Zowel het *primacy effect* als het *recency effect* is dus een ‘automatisch’ mechanisme dat de evaluatie van opeenvolgende stukken informatie, en daarmee de oordeelsvorming, onbewust kan beïnvloeden. De onderlinge interactie van deze fenomenen maakt het heel moeilijk om met zekerheid te zeggen onder welke omstandigheden welk effect zal optreden.<sup>167</sup> Daar komt bij dat er ook nog andere voorbeelden zijn van *order effects*, zoals het fenomeen dat in een reeks van oordelen over soortgelijke personen, zaken of voorvallen (denk bijvoorbeeld aan het nakijken van tentamens of het houden van sollicitatiegesprekken) de oordeelsvorming vaak meer ‘extreem’ wordt aan het eind van de reeks (in die zin dat positieve eigenschappen of prestaties als meer positief worden beoordeeld en negatieve als meer negatief). De reden daarvoor is wellicht de onbewuste wens van de beoordelaar om in eerste instantie zijn of haar ‘*judgmental degree of freedom*’ bij de beoordeling zo groot mogelijk te houden, een beweegreden die verder wegvalt naarmate men verder in de reeks komt.<sup>168</sup>

### 6.3 De rol van order effects in juridische procedures

Aangezien zij een eerlijke en objectieve oordeelsvorming in de weg staan, kunnen automatische, intuïtieve mechanismen zoals het *primacy effect*, het *recency effect* en andere *order effects* problematisch zijn, met name in situaties waarin een zo objectief mogelijk evaluatief oordeel nagestreefd wordt. De vraag rijst dan ook welke rol *order effects* spelen, zoals het *primacy effect* en het *recency effect* bij de rechterlijke oordeelsvorming omtrent de bewijswaardering in een civiele procedure?

164 Zie Miller & Campbell 1959, p. 1.

165 Zie Plous 1993, p. 42.

166 Zie bijv. Forgas 2011, p. 428.

167 Zo ook bijv. Tulving 2007: ‘The issue of the relation between primacy and recency is complex because, in terms of behavioural observations, it depends on a large number of variables and their interaction’ (p. 33).

168 Zie bijv.: Unkelback, Ostheimer, Fasold & Memmert 2012, p. 103-113.

Zoals hiervoor al werd aangegeven, maakt de onderlinge interactie van de verschillende fenomenen het lastig om concreet aan te geven wanneer welk van deze intuïtieve mechanismen in potentie een bedreiging kan vormen van de objectieve oordeelsvorming door een rechter. Bovendien spreken resultaten van verschillende onderzoeken elkaar op dit punt tegen en werken onderzoekers vaak met uiteenlopende interpretaties van de betrokken *biases* en hun achterliggende oorzaken. Daar komt nog bij dat het aantal onderzoeken naar de prevalentie en effecten van deze specifieke *biases* met betrekking tot de rechterlijke besluitvorming in juridische procedures tot dusverre beperkt is gebleven, uiteraard mede vanwege de – hier verder niet uitvoerig te bespreken – inherente obstakels bij een onderzoek naar rechterlijke besluitvorming.

Toch is er een aantal onderzoeken te noemen die in ieder geval een indicatie geven van de mogelijke uitwerking van *order effects* in de context van juridische procedures, zelfs al blijft het lastig om hieruit harde conclusies te trekken over het functioneren van onze rechters en de inrichting van ons stelsel van (burgerlijk) procesrecht. Een interessant voorbeeld is het onderzoek van Miller en Campbell uit 1959, waarin werd gekeken naar de interactie tussen het *primacy effect* en het *recency effect*, met aandacht in het bijzonder voor de manier waarop de werking van het laatstgenoemde fenomeen beïnvloed wordt door verloop van tijd.<sup>169</sup> Zij baseerden hun onderzoek op een beschrijving van een schadevergoedingsprocedure rond een defecte verstuur, die zij in die zin hadden aangepast dat al het materiaal van de eiser, respectievelijk de gedaagde (verklaringen van de eigen getuigen, kruisverhoor van de getuigen van de wederpartij en inleidende en concluderende pleidooien door de eigen advocaat) werd gebundeld in twee verschillende blokken met gegevens ('pro' en 'con', respectievelijk). Deze blokken werden vervolgens in verschillende volgorde (pro-con/con-pro) en met tijdsintervallen op verschillende punten in de 'procedure' gepresenteerd aan de deelnemers (eerste- en tweedejaarsstudenten psychologie en sociale wetenschappen).

De uitkomsten van het onderzoek geven een indicatie van de omstandigheden waaronder het *primacy effect* en het *recency effect* de oordeelsvorming met betrekking tot een daadwerkelijk juridisch geschil tussen twee partijen zouden kunnen beïnvloeden. Bij de groepen deelnemers die werden gevraagd een oordeel te vormen een week nadat zij kennis hadden genomen van beide presentaties direct na elkaar (pro-con of con-pro) trad een duidelijk *primacy effect* op. Daarentegen tekende zich een duidelijk *recency effect* af bij de groepen deelnemers waarbij tussen de presentatie van het eerste blok met gegevens (pro of con) en het tweede blok (con of pro) een tijdsinterval van een week zat en die direct na de presentatie van het tweede blok gevraagd werden een oordeel te vellen. Er konden geen duidelijke *primacy effects* of *recency effects* aangetoond worden bij die groepen deelnemers die gevraagd werden te oordelen gelijk na een direct aansluitende presentatie van de twee

---

169 Miller & Campbell 1959.

blokken met gegevens (pro-con of con-pro). Hetzelfde gold voor die groepen waarbij er een tijdsinterval van een week zat zowel tussen de presentaties van de verschillende blokken (pro-con of con-pro) als tussen het laatste blok en het moment dat om een oordeel gevraagd werd.<sup>170</sup>

Uiteraard zouden deze uitkomsten relevant kunnen zijn voor de wijze waarop de civiele rechter omgaat met besluitvorming na een pleidooi in civiele zaken (zie nader par. 6.4). Hierbij moet echter direct opgemerkt worden dat de resultaten van Miller en Campbell door andere onderzoeken genuanceerd en in sommige gevallen tegengesproken worden. Zo vonden Walker, Thibaut en Andreoli bijvoorbeeld duidelijk bewijs van *recency effects* in een studie waarbij de deelnemers gevraagd waren gelijk na een direct aansluitende presentatie een oordeel te vellen over de (on)schuld van de verdachte in een (gefingeerde) strafrechtelijke procedure. Zij vonden bij de deelnemers niet alleen een sterke voorkeur voor het standpunt van de partij die het laatst aan het woord was geweest, maar ook een voorkeur met betrekking tot feiten en stellingen die bij elke presentatie het laatst aan de orde waren gekomen.<sup>171</sup> Andere onderzoeken laten bijvoorbeeld zien dat de invloed van het *recency effect* toeneemt naarmate er meer tijd zit tussen de eerste en tweede presentatie, maar afneemt naarmate er meer tijd zit tussen de presentaties enerzijds en het moment dat om een oordeel gevraagd wordt anderzijds.<sup>172</sup>

Het is duidelijk dat de mate van tijdsverloop van invloed is op het (al dan niet) optreden van *primacy effects* en *recency effects*. Maar er zijn ook verschillende andere factoren die bepalend lijken te zijn voor het intreden en de werking van *order effects*. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de al eerder genoemde *response mode*; verschillende onderzoeken laten zien dat *recency effects* sterker aanwezig zijn bij een *step-by-step*-besluitvormingsproces dan bij een *end-of-sequence*-besluitvormingsproces.<sup>173</sup> Andere factoren die een rol kunnen spelen zijn bijvoorbeeld de hoeveelheid verstrekte informatie (het aantal bewijsstukken) en de complexiteit ervan, alsook de mate van ervaring van de besluitvormer.<sup>174</sup> Zelfs zijn stemming kan een rol spelen, zo blijkt uit recent onderzoek; *primacy effects* doen zich in sterkere mate voor bij een positieve gemoedstoestand en kunnen zelfs geheel verdwijnen bij een negatieve gemoedstoestand.<sup>175</sup>

---

170 Miller & Campbell 1959. Zie, voor een verkorte bespreking en schematische weergave van het onderzoek van Miller & Campbell: Plous 1993, 43-44.

171 Walker, Thibaut & Andreoli 1972. Zie ook bijv. Furnham 1986, Costabile & Klein 2005 en Enescu & Kuhn 2012.

172 Zie bijv. Insko 1964 en Knoedler, Hellwig & Neath 1999.

173 Zie bijv. Hogarth & Einhorn 1992 en Kerstholt & Jackson 1998.

174 Zie bijv. Hogarth & Einhorn 1992, 4-5, die wijzen op complexiteit als een samenspel van de hoeveelheid informatie die verwerkt moet worden met betrekking tot ieder bewijsstuk én de vertrouwdheid van de besluitvormer met zijn taak, alsook op het aantal bewijsstukken dat geëvalueerd moet worden en de *response mode*. Zie ook, met een focus op het verband tussen het aantal documenten en *order effects*, Huang & Wang 2004.

175 Forgas 2011.

Een ander sprekend voorbeeld van de mogelijke rol van *order effects* in de context van juridische procedures werd geleverd in een onderzoek van Danziger, Levav en Avnaim-Pesso naar de besluitvorming door ervaren rechters in reeksen van opeenvolgende beslissingen over voorwaardelijke vrijlating van gevangenen.<sup>176</sup> Aanleiding voor het onderzoek was het welbekende adagium *'justice is what the judge ate for breakfast'*. Deze uitspraak geeft de rechtsrealistische visie weer dat rechterlijke beslissingen niet tot stand komen enkel op basis van een rationele, mechanische, doelbewuste toepassing van juridische argumenten, maar in belangrijke mate (mede) beïnvloed worden door psychologische, politieke en sociale factoren.<sup>177</sup> Het onderzoek van Danziger c.s. laat zien dat de aanname dat er *geen* verband bestaat tussen wat rechters voor hun ontbijt hebben gegeten enerzijds en de beslissingen die zij nemen anderzijds, wellicht niet geheel strookt met de werkelijkheid.

De onderzoekers brachten de beslissingen in kaart van ervaren rechters die zitting hadden in comités die moesten beslissen over verzoeken tot voorwaardelijke vrijlating van Israëliische gevangenen. Zij probeerden daarbij uit te vinden of er een patroon bestond in de beslissingen op opeenvolgende verzoeken die op één dag aan een comité werden voorgelegd dat zou kunnen wijzen op de invloed van 'externe' factoren op de rechterlijke besluitvorming. Uit de resultaten van hun onderzoek kwam duidelijk naar voren dat de waarschijnlijkheid van een positieve beslissing (toewijzing van het verzoek) significant groter was aan het begin van de dag of na een etenspauze dan later in de reeks van beslissingen. Waar de waarschijnlijkheid van toewijzing aan het begin van de ochtend rond de 65% lag, nam deze gestaag af naar bijna 0% net voor de pauze voor een tussendoortje in de late ochtend, om na die pauze weer terug te springen naar 65%; hetzelfde patroon herhaalde zich vervolgens in de aanloop naar de lunchpauze en daarna opnieuw tussen de lunchpauze en het eind van de middag.

De resultaten van het onderzoek van Danziger c.s. suggereren dat er in een situatie van elkaar (snel) opvolgende soortgelijke zaken waarin rechters herhaaldelijk beslissingen moeten nemen, een verband bestaat tussen enerzijds de tijd die is verstreken sinds de laatste pauze en anderzijds de bereidheid om een beslissing te nemen die gevolgen heeft voor de juridische status-quo. Naarmate er meer tijd verstreken is, lijkt de bereidheid om een beslissing te nemen die de juridische status-quo verandert (in dit geval: toewijzing van het verzoek tot voorwaardelijke vrijlating), scherp af te nemen. Wat precies de verklaring hiervoor is, blijft onduidelijk, alhoewel het logisch lijkt dat de verminderde bereidheid van de rechter om 'af te wijken' van de status-quo een gevolg is van de mentale en/of lichamelijke

---

176 Danziger, Levav & Avnaim-Pesso 2011, p. 6889-6892.

177 Kozinski 1993, p. 993.

uitputting die in toenemende mate lijkt in te treden na elke pauze en weer lijkt te worden weggenomen op het moment dat er pauze genomen wordt.<sup>178</sup>

#### 6.4 *Lessen voor de rechtspraak?*

De hier besproken onderzoeksresultaten laten zien dat het *primacy effect*, het *recency effect* en andere *order effects* wel degelijk kunnen resulteren in *cognitive biases* die een invloed hebben op de besluitvorming van rechters in civiele zaken. Onduidelijk blijft echter onder welke omstandigheden welke *biases* intreden, wat de precieze verklaring is voor hun intreden en hoe zij elkaar onderling beïnvloeden. Dit maakt het ook lastig om bredere conclusies te trekken voor wat betreft het risico op *systematic errors* in de rechterlijke besluitvorming rond de bewijswaardering als gevolg van deze *biases*. Daarnaast zijn veel van de onderzoeken naar de rol van *order effects* verricht buiten de juridische context en zijn die onderzoeken waarbij wél specifiek gekeken is naar besluitvorming binnen deze context in veel gevallen gericht geweest op besluitvorming door jury's en/of in strafrechtelijke procedures. Een eerste les is dus dat er eigenlijk meer onderzoek nodig is naar de werking van deze *biases* in de context van (civielrechtelijke) juridische procedures om dit in kaart te brengen, alvorens verder gedacht kan worden over mogelijke oplossingsrichtingen.

Een andere complicerende factor wordt gevormd door het feit dat er, zoals eerder al vermeld, verschillende theorieën bestaan over de oorza(a)k(en) van *order effects* bij besluitvorming, variërend van theorieën die de nadruk leggen op ons (on)vermogen om eerder gevormde meningen bij te stellen tot theorieën die de nadruk leggen op onze beperkte geheugen- en informatieverwerkingscapaciteiten. Deze onduidelijkheid omtrent de verklaring voor dit type cognitieve illusies maakt het nog lastiger om uit de bestaande onderzoeksresultaten concrete lessen te trekken voor de rechtspraak en/of met oplossingen te komen (zie hierover ook nader par. 7.4). Wat in ieder geval voor de hand lijkt te liggen, is dat mentale en/of fysieke uitputting de zorgvuldigheid van het rechterlijke besluitvormingsproces niet ten goede komt.

Maar wat hebben we aan deze constatering? Want is het antwoord op de vraag wanneer dergelijke uitputting intreedt en hoe deze weer weggenomen kan worden immers niet per persoon (en dus per rechter) verschillend? Het blijft dus in eerste instantie de eigen verantwoordelijkheid van elke individuele rechter om zich bewust te zijn van de grenzen aan zijn of haar mentale en fysieke capaciteiten en van de mate waarin overschrijding van die

---

<sup>178</sup> Of het daarbij nog wat uitmaakt hoe lang die pauze duurt en hoe deze wordt doorgebracht (bijv. met het nuttigen van een broodje of juist van een uitgebreide maaltijd, of slechts met het roken van een sigaret of het halen van een frisse neus), blijft onduidelijk, wat het lastig maakt om met een bruikbare verklaring te komen voor het irrationele besluitvormingspatroon van de betrokken rechters.

grenzen kan leiden tot minder zorgvuldige besluiten. Van belang is hierbij echter ook wel dat de organisatie van de rechterlijke macht als geheel, via de Raad voor de rechtspraak bijvoorbeeld, de kaders moet scheppen waarbinnen rechters de vrijheid hebben om gehoor te geven aan het gevoel dat zij aan hun taks zitten qua inspanningen en een pauze nodig hebben.

En het is nu juist deze vrijheid die steeds meer onder druk komt te staan door de toenemende tijdsdruk die rechters zeggen te ervaren als gevolg van strengere productienormen. Die druk schuilt bijvoorbeeld hierin dat er opeens, zoals in het Hof Den Bosch, twee pleidooien achter elkaar gepland worden op één middag, waar dat er voorheen slechts één was, een beleidswijziging die zich slecht verhoudt tot hetgeen hier betoogd werd. Ook hier blijkt maar weer eens dat efficiëntie op gespannen voet kan staan met de kwaliteit van besluitvorming. Hierbij moet opgemerkt worden dat deze problematiek waarschijnlijk nog sterker zal spelen in strafzaken, waar marathonzittingen vaker voorkomen dan in civiele zaken.

In paragraaf 6.3 bleek verder al dat bij oordeelsvorming door een persoon de volgorde van de presentaties van degene die betrokken zijn, alsmede het moment daaropvolgend waarop de beoordeling daadwerkelijk plaatsvindt, van belang zijn. Kort gezegd, trad er een duidelijk *primacy effect* op als deelnemers werd gevraagd zich een oordeel te vormen een week nadat zij kennis hadden genomen van twee elkaar direct opvolgende, tegenstrijdige presentaties. Daarentegen tekende zich een duidelijk *recency effect* af bij de groepen deelnemers waarbij tussen de presentatie van het eerste blok met gegevens en het tweede blok een tijdsinterval van een week zat en die direct na de presentatie van het tweede blok gevraagd werden een oordeel te vellen. Er konden geen duidelijke *primacy effects* of *recency effects* aangetoond worden bij die groepen deelnemers die gevraagd werden te oordelen gelijk na een direct aansluitende presentatie van de twee blokken met gegevens, of wanneer er een tijdsinterval van een week zat zowel tussen de presentaties van de verschillende blokken als tussen de laatste presentatie en het moment van besluitvorming.<sup>179</sup>

Deze bevindingen zijn uiteraard ook juridisch van belang. Zij suggereren immers dat na een pleidooi waarbij eerst degene die om pleidooi gevraagd heeft zijn standpunt uiteen mag zetten – dat is de regel – een *primacy effect* zou kunnen optreden (ten gunste van die eerste partij) als de rechter vervolgens de tijd zou nemen om te beslissen.<sup>180</sup> Als de rechters echter direct na het pleidooi raadkameren en tot een beslissing komen, zou een verstoring effect minder waarschijnlijk zijn. De Nederlandse situatie hangt hier een beetje tussenin; er wordt wel meteen na pleidooi in raadkamer vergaderd, maar het vonnis wordt uiteindelijk pas na enige tijd werkelijk schriftelijk gereedgemaakt en voor commentaar rondgestuurd,

---

179 Miller & Campbell 1959. Zie, voor een verkorte bespreking en schematische weergave van het onderzoek van Miller & Campbell: Plous 1993, 43-44.

180 Vergelijk Plous 2007, p. 43-44 ten aanzien van de wisseling van argumenten in een debat.

en in die tussentijd wil nog wel eens wat bijgeschaafd worden aan het oorspronkelijk ingenomen standpunt. Uitstel van de beoordeling in raadkamer is in elk geval niet wijs, zo lijkt het. Uiteraard geldt hetzelfde voor de enkelvoudig zittende rechter (die zou direct na pleidooi met zichzelf 'in raadkamer' moeten om een besluit te nemen). Hierbij moet echter gelijk aangetekend worden dat een nachtje slapen over een beslissing andere *biases* wellicht juist weer kan verminderen.

Een vraag die rijst in deze context is of het voor de invloed van het *primacy effect*, het *recency effect* en/of andere *order effects* nog verschil maakt of de besluitvormer (lees: de rechter) het bewijs mondeling gepresenteerd of schriftelijk krijgt, of allebei. Er bestaat onderzoek dat suggereert dat dit inderdaad het geval is, en dat de kans op een *primacy effect* groter is wanneer de feiten en argumenten schriftelijk gepresenteerd worden, terwijl de kans op een *recency effect* weer groter is als dat mondeling gebeurt.<sup>181</sup> Andere onderzoeken suggereren echter weer dat schriftelijk en mondeling gepresenteerd materiaal in beginsel dezelfde *primacy effects* oproept.<sup>182</sup> In dit kader richten we nog kort de aandacht op de schriftelijke toelichtingen van beide partijen in cassatie, welke gelijktijdig worden genomen. Dat is in zoverre geen toeval, nu dit hiermee te maken heeft dat die schriftelijke toelichtingen dienen ter vervanging van het vroegere mondelinge pleidooi bij de Hoge Raad, waarbij de partijen dus ook op dezelfde dag moesten 'pres(en)teren'. Hetzelfde ('gelijk oversteken') geldt voor een eventuele schriftelijke re- en dupliek, en de Borgersbrieven van partijen (als reactie op de conclusie van de P-G). Dat dit de werkwijze is, lijkt in verband met mogelijke *primacy* en *recency effects* niet verkeerd.

## 7 MOGELIJKE OPLOSSINGEN VOOR 'WRINGENDE' PSYCHOLOGISCHE EN JURIDISCHE INZICHTEN

### 7.1 *Wringende inzichten en de wijze van omgang met deze spanningen*

Tot nu toe hebben we gezien dat de drie nader uitgewerkte sets van *biases* op allerlei regels en instrumenten van procesrecht van invloed zouden kunnen zijn. Daarbij wordt zichtbaar dat procesrecht en psychologie op diverse vlakken op ongemakkelijke wijze tegen elkaar aan schuren; er wringt her en der wat. De (regels omtrent) bewijsvoering en bewijswaardering en de bekende psychologische inzichten zijn wellicht onvoldoende op elkaar afgestemd. De vraag die daarmee voorligt, is of de geconstateerde spanning eventueel op te lossen is.

<sup>181</sup> Walker, Thibaut & Andreoli 1972.

<sup>182</sup> Zie bijv. Sharps, Price & Bence 1996, alsook Knoedler, Hellwig & Neath 1999 die laten zien dat de verschuiving van *recency* naar *primacy* naarmate de tijd tussen de presentaties en de test toeneemt, zich voordoet zowel bij schriftelijk als bij mondeling gepresenteerde informatie.

Zo'n oplossing kan bijvoorbeeld worden gevonden door de *bias* te minimaliseren via *debiasing*-technieken, die het onder omstandigheden mogelijk lijken te maken om dit soort *biases* te ontlopen, omzeilen of desnoods om de tuin te leiden door middel van psychologische bijsturing.<sup>183</sup> Hierbij moet wel gelijk worden aangetekend dat uit experimenteel onderzoek blijkt dat de meeste *heuristics* en *biases* lastig te omzeilen of veranderen zijn (hoewel nog steeds geldt dat een 'experiment' en een 'real life' situatie niet per se inwisselbaar zijn, zie par. 1.3). Het probleem daarbij is namelijk dat er ook nog een intuïtie bestaat die ons nog sterker doet geloven in de andere intuïties. Het gaat dan om de *bias* dat wat natuurlijk is – zoals de menselijke intuïtie – ook goed is. Ofwel: '*naturalism, nature knows best*'.<sup>184</sup> Intuïties opzij zetten wordt dan behoorlijk lastig.

Dit roept de vraag op hoe we dan verder kunnen geraken als wij weliswaar weten dat de kans groot is dat wij iets 'verkeerd' doen, maar we vervolgens niet kunnen bedenken hoe, of bewerkstelligen dat, het anders kan of moet. Opnieuw staat hier voorop dat een *bias* niet in alle gevallen tot 'verkeerde' resultaten hoeft te leiden.<sup>185</sup> Als een *bias* echter toch verkeerd uitpakt of dreigt uit te pakken, dan zou een hiervoor in de psychologie aangedragen oplossing voor de betrokkenen wellicht kunnen zijn om 'van houding te veranderen', om te komen tot wat '*actively open minded thinking*' genoemd wordt, waarbij met kwantitatieve gegevens gewerkt wordt om goed beargumenteerde beleidsdoelen te kunnen aangeven.<sup>186</sup> Kort gezegd komt dat, in de woorden van de psycholoog Jonathan Baron, hierop neer:

*'It is "open-minded" because it allows consideration of new possibilities, new goals, and evidence against possibilities that already seemed strong. It is "active" because it does not just wait for these things but seeks them out.'*<sup>187</sup>

Daarbij is van belang dat een werkelijk *open mind* zich laat zien, nadat er al een voorlopige voorkeur voor een kant van de zaak is gevormd; als men op dat moment nog naar de andere kant kan kijken en niet richting conclusies 'sprint', is iemand goed bezig.<sup>188</sup>

---

183 Zie in het algemeen Fischhoff 1982.

184 Over de voorgaande kwesties, Baron 1998, p. 5 en p. 8-9.

185 Zo is de *confirmation bias* bijv. onderdeel van ons overlevingsmechanisme en dus positief te waarderen. Zie bijv. Lewicka 1998, p. 253-254. Deze leidt tot automatismen en dat spaart hersencapaciteit voor andere dingen; de *bias* bindt ons ook aan besluiten, hetgeen goed is, omdat er anders nooit iets beslist zou worden. Aan de andere kant houdt een en ander ons als mens af van ontwikkeling en verandering en dat is op de lange termijn funest. Zie Nickerson 1998, p. 205-210.

186 Zie Baron 1998, p. 7-8, Baron 2008, p. 199 e.v.

187 Baron 2008, p. 200. Hiermee worden de meeste *biases* tegengewerkt.

188 Baron 2008, p. 203. Anderen spreken in dit verband over *mindful thinking* om een impliciete *bias* te overwinnen: het creëren van nieuwe denkrichtingen, open staan voor nieuwe informatie en bewust zijn van mogelijke andere perspectieven, waarbij empathie een middel kan zijn. Vgl. Negowetti 2012, p. 42-43.

Veel concreter, maar in de kern aanhakend bij wat hiervoor al is gezegd, heeft Fischhoff voor fouten van beoordelaars die nog bij te sturen zijn, als *debiasing*-technieken voorgesteld om i) te waarschuwen voor het probleem, ii) het probleem te beschrijven, iii) persoonlijke feedback te verzorgen en/of iv) extensieve training te geven.<sup>189</sup>

De problemen die wij signaleren, duiden er echter tevens op dat meer onderzoek, het liefst specifiek voor onze eigen privaatrechtelijke context, naar mogelijke vormen van *debiasing* wenselijk zou zijn. Daarvoor zijn wij juristen echter wel afhankelijk van psychologen, en omdat samenwerking<sup>190</sup> niet altijd vloeiend verloopt, zouden we eerst moeten proberen om nauwkeuriger in kaart te brengen welke *biases* rechters onder welke omstandigheden zouden kunnen plagen en of we daar als juristen wellicht zelf al iets aan kunnen doen, bijvoorbeeld door de regels of onze leerstukken waar mogelijk wat 'bij te sturen'. In dit artikel pogen wij hiertoe voor een aantal mogelijke problemen een eerste aanzet te bieden.

Waar rechters niet zelf, op eigen gelegenheid – in individuele gevallen, dan wel voor de rechtspleging als geheel – bij kunnen sturen, zal een oplossing gezocht moeten worden in een meer structurele wijziging van het bestaande systeem van burgerlijk procesrecht in Nederland, bijvoorbeeld via een wetswijziging of verandering in de rechtspraak (denk bijvoorbeeld aan het in par. 3.2 besproken voorbeeld uit de rechtspraak dat laat zien hoe het voortbestaan van een specifieke *bias* door een lijn van rechtspraak in de hand gewerkt kan worden). Daarbij dient vooraf al gezegd te worden dat deze denkrichting weliswaar vergt dat het recht aangepast wordt aan de bekende psychologische inzichten, maar dat het nog maar de vraag is of dat altijd wenselijk en/of nodig is. Want wij zullen immers niet uit het oog mogen verliezen dat de vertaling vanuit de psychologie naar het juridische domein extreem lastig is. Het als het ware 'normativeren van feiten' vergt een vertaalslag tussen psychologie en recht die wij niet altijd zomaar willen of kunnen maken; die stap vergt dus ten minste een grote mate van voorzichtigheid en een gedegen motivering, waarbij ook de juridische argumentatie voor of tegen een bepaalde oplossing betrokken wordt.<sup>191</sup>

Als eerste aanzet, ook in het licht van de omvang van deze bijdrage, gaan wij hierna voor de eerder besproken thema's beide mogelijke oplossingsrichtingen (bijsturen van de gewone gang van zaken door de rechterlijke macht en/of via wijziging van de wet of het systeem) na, waarbij die beide overigens steeds in onderling verband moeten worden beschouwd.

189 Zie Fischhoff 1982, p. 424 en p. 426-427.

190 Omdat zorgvuldig motiveren dwingt tot zorgvuldig (actief en open) nadenken en juristen juist de vaardigheid om te motiveren aangeleerd hebben, opent zich hier wellicht wel een in potentie interessant samenwerkings-terrein.

191 Over deze thematiek Giesen 2011b, p. 1072-1073.

7.2 *De confirmation bias: debiasing en juridische oplossingen*<sup>192</sup>

Is er iets te doen tegen de *confirmation bias* zoals in paragraaf 4 besproken? Aannemende op grond van het bestaande onderzoek dat deze *bias* ook bij rechterlijke besluitvorming speelt, staat voorop dat er meer onderzoek nodig is naar de vraag of de *bias* dan gemodificeerd kan worden door training. Een tweede vertrekpunt zou kunnen zijn dat de erkenning van het bestaan – een zekere mate van bewustzijn – de *bias* zelf wellicht niet tegen zal gaan, maar wel kan helpen om voorzichtiger te zijn om (te) snel een mening te vormen en dus om open te staan voor andere meningen. Vervolgens is het zo dat gegeven de *confirmation bias* het voor de hand ligt om (per persoon of gezamenlijk) redenen te verzinnen tegen de beoordeling die men van plan is te maken.<sup>193</sup>

Daarnaast lijkt de invloed van die *bias* af te nemen als een alternatieve hypothese wordt verstrekt.<sup>194</sup> Dat alternatief haalt de beslisser als het ware ‘uit de tunnel’, laat een ander blikveld, een andere denkrichting zien. Zoals we al gezien hebben, zie paragraaf 4.2, wordt wel gesteld dat personen weliswaar niet actief op zoek gaan naar ‘ontkrachtende’ informatie, maar dat men wel bereid is deze soort informatie mee te nemen als deze maar gepresenteerd wordt.<sup>195</sup> Dat is dan ook juridisch relevant, omdat de rechter in principe zelf geen informatie (bewijs) verzamelt, dat is aan partijen. Volgens deze kritiek zou een rechter de aanvullende informatie die door de partijen wordt aangereikt, wel gewoon meewegen.

Op juridisch vlak stelt deze manier van *bias* verminderen meteen scherp wat het nut en belang is van de (reeds in het systeem verankerde) noodzaak voor procespartijen om de stellingen van de ander te kunnen en moeten betwisten (art. 149 Rv). Die wederpartij kan zo immers die alternatieve scenario’s schetsen. Dat betekent ook, nogmaals (zie par. 4.3), dat de rechter de partijen in deze de ruimte moet laten en niet te snel mag oordelen dat er te weinig (gesteld of) betwist is.<sup>196</sup>

Die insteek vergt dan wel, wat ons betreft, dat de rechter ‘gedwongen’ moet worden om dat ‘alternatieve scenario’ ook daadwerkelijk in de afweging te betrekken en te beoordelen, hetgeen momenteel nog geen gewoonte is. Dit kan bereikt worden via een aangescherpte, althans nader langs die lijnen *uitgewerkte* (wellicht zelfs daartoe gespecificeerde) *motiveringsplicht*.<sup>197</sup> De mogelijkheid de *bias* te verkleinen via alternatieve scenario’s toont

---

192 Het navolgende is een verdere doordenking en bewerking van Giesen 2011a.

193 Nickerson 1998, p. 211. De rechterlijke macht kan dat faciliteren door bij de selectie van rechters en bij de zaakstoedeling vooral ook tegendraadse denkers te kiezen.

194 Zie Vallée-Tourangeau, Bynon & James 2000, p. 107-129. Zie ook Nickerson 1998, p. 211. Het werken met een alternatieve hypothese komt ook terug bij Oswalds & Grosjean 2004, p. 90 en p. 94.

195 Lewicka 1998, p. 237.

196 Zie Asser 2012.

197 Zo’n hernieuwde motiveringsplicht kan gezien worden als een wijziging van het geldende recht, en zou dan een interventie vergen van de Hoge Raad of de wetgever, maar kan uiteraard ook ontstaan doordat feitenrechters zelf besluiten om uitvoeriger te gaan motiveren. Dat is immers niet verboden; de Hoge Raad controleert alleen een gebrek aan of een onjuiste motivering, niet een surplus.

overigens (nogmaals) aan hoe wezenlijk het is om tegenbewijs te mogen leveren na een rechterlijk oordeel dat een feit voorshands aannemelijk is. Zo bezien zou de praktijk van het *voorbijgaan aan een aanbod* tot tegenbewijslevering na een voorshands oordeel, bijvoorbeeld omdat er te weinig is gesteld,<sup>198</sup> wellicht uitgebannen of nader ingeperkt moeten worden.

Dit alles is overigens makkelijker gezegd dan gedaan, want de invloed van deze *bias* is niet eenvoudig tegen te gaan. Sterker, pogingen om de meningen van deelnemers aan experimenten met genuanceerde informatie te veranderen, falen of hebben zelfs een tegengesteld effect.<sup>199</sup> Een wellicht wel mogelijke, algemenere oplossing die vanuit de psychologie wel wordt aangedragen, is – zoals besproken in paragraaf 7.1 – om tot een vorm van ‘*actively open minded thinking*’ te komen.<sup>200</sup> Vertaald naar het burgerlijk procesrecht zal de rechterlijke oordeelsvorming dus steeds weer vanuit een frisse houding ten opzichte van de feiten moeten plaatsvinden. Lukt dat niet (meer) voor de oorspronkelijk aangewezen rechter, dan is wellicht een frisse *nieuwe rechter* de enige resterende manier om tot verkeerde beslissingen leidende halsstarrigheid te voorkomen. De rechtspleging, als systeem, zou dat dan moeten faciliteren, hoewel dat om andere redenen (efficiëntie) niet evident zou zijn.

Een minder vergaand alternatief, in aansluiting op het voorgaande, is om in elk geval extra *aandacht aan de verantwoording* (in het civiele procesrecht: de motivering van het vonnis of arrest) te schenken, want een oprechte motivering kan leiden tot een (meer) *open mind* en daarmee zou de rechter dan meteen aan *debiasing* doen.<sup>201</sup> Een aangescherpte plicht tot motiveren zal de rechter ook stimuleren om (actief) informatie te vergaren, bijvoorbeeld via artikel 22 Rv, en wellicht zelfs ambtshalve de bewijslevering aan te jagen. De nogal beperkte motiveringsplicht die momenteel geldend recht is als het om de bewijswaardering gaat,<sup>202</sup> brengt de civiele rechter dan echter nog niet echt op het juiste spoor; dat is dus een juridische regel om nog eens over na te denken.<sup>203</sup>

Overigens zou er ook inhoudelijk bezwaar gemaakt kunnen worden tegen de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met de valkuilen van ‘eerdere rechterlijke bemoeienis’ met een zaak (besproken in par. 3.2 en 4.3), zoals een voorlopig bewijsoordeel. Dat de civiele rechter in de hoofdzaak rechtens niet gebonden is door zijn voorlopige beschouwingen in een tussenvonnis, is waar (tenzij het een bindende eindbeslissing zou betreffen<sup>204</sup>), maar

198 Zie bijv. HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54 (*Heerlen/Whizz*) en Hof Den Bosch 10 maart 2009, NJF 2009, 130 (*Jeroen Bosch Ziekenhuis*).

199 Rassin 2008, p. 77. Vgl. ook Lewicka 1998, p. 238 en 239.

200 Baron 1998, p. 7-8; Baron 2008, p. 199 e.v.

201 Zie Baron 2008, p. 221 e.v.

202 Recentelijk nog HR 8 juli 2011, NJ 2011, 307 (*Zürich/Van Gemert*).

203 De redenering dat elke rechter met enige ervaring zich ongetwijfeld bewust is van het gevaar van de *confirmation bias* en er daarom geen last meer van zal hebben, zie par. 4.3, voldoet in elk geval niet.

204 Omdat de rechter daarop niet eens mag terugkomen, speelt er logischerwijs ook geen *confirmation bias* meer; de beslissing staat niet eens ter heroverweging open.

omdat de rechter ongetwijfeld enige ‘zelfbinding’ zal voelen, althans de besproken menselijke neiging tot consistent oordelen niet altijd zal kunnen onderdrukken, en dus vooral bevestiging zal zoeken – ook al voegt het partijdebat na het tussenvonnissen nieuwe elementen toe – ligt de zaak hier al snel complexer dan de rechtspraak van de Hoge Raad doet voorkomen. Uiteraard zal de mogelijkheid van hoger beroep en zelfs cassatie een sussende rol kunnen spelen, maar om procespartijen (en de maatschappij) niet onnodig de rechtsmiddelen (en kosten) in te jagen, en omdat partijen daadwerkelijk weinig in beroep gaan, verdient een oplossing in eerste aanleg de voorkeur, desnoods door de inzet van een frisse, nieuwe rechter. Dat de efficiëntie van de rechtspleging daardoor in de problemen komt, compliceert de zaak, maar dat vormt op zichzelf wat ons betreft geen afdoende zwaar argument om dan maar bij voorbaat helemaal niets te doen tegen de mogelijke invloed van de *confirmation bias*.

Betekent het voorgaande nu dat in elke civiele zaak na elk voorlopig bewijsoordeel de *rechter(s) vervangen* moet(en) worden? Dat is niet nodig – en zou ons systeem ook eenvoudig niet aankunnen – mede omdat er onzes inziens alternatieven voorhanden zijn. Ten eerste lijkt het mogelijk om *confirmation bias* in groepen (lees: meervoudige kamers) tegen te gaan door te zorgen voor een natuurlijke (niet gevraagde) mate van heterogeniteit in expertise. Die groepen vertonen minder *bias*, want vragen minder bevestigend bewijs en meer ontkennende informatie dan andere groepen.<sup>205</sup> Uiteraard werkt dit niet voor enkelvoudig zittende rechters, maar daarvoor is er een tweede optie (die overigens ook voor meervoudige kamers bruikbaar is). Ten tweede kan er immers gekozen worden voor een systeem waarin de rechter *na een voorlopig oordeel* (na een comparitie, eerdere bewijsvoering, een afgewikkeld incident, zie par. 4.3) gevraagd wordt – en dat kan geautomatiseerd geschieden – om een *gemotiveerde afweging* te maken en daarvan uiteraard ook verslag te doen, of hij in een vervolgfase van de zaak wel mee zou moeten beslissen.

Aansluitend bij wat Kuijer<sup>206</sup> verdedigd heeft als het om de rechterlijke onafhankelijkheid gaat, zouden in dit verband vijf factoren getoetst kunnen worden door de rechter, wat ons betreft ambtshalve:<sup>207</sup>

- Is de juridische vraag die voor ligt inhoudelijk dezelfde?
- Was er al bewijs voorhanden bij de eerste beoordeling?
- Was een rechter al betrokken als onderzoeksrechter?
- Kan de betrokken rechter de anderen beïnvloeden?
- Wat was feitelijk het gedrag van de rechter in de eerdere fase?

---

205 Zie Straus, Parker & Bruce 2011, p. 133, met verwijzingen.

206 Kuijer 2004, p. 347-349.

207 Een heroverweging ‘op verzoek’ van een der partijen gaat de *bias* niet direct tegen. Bovendien zullen partijen de nodige schroom voelen om aan de rechter te vragen zijn eigen eerdere afweging nog eens goed over te doen, omdat zij die rechter dan ervan ‘beschuldigen’ dat niet al zelfstandig te zullen doen.

Zodoende kan de vraag beantwoord worden of de eerdere, voorlopige (bewijs)waardering en beslissing zodanig afwijkt van hetgeen in de tweede fase voorligt bij de waardering ten behoeve van het eindoordeel, dat dezelfde rechter dat tweede oordeel nog voldoende onbevangen kan geven.<sup>208</sup>

Wij realiseren ons overigens dat ook bij dit besluit de *confirmation bias* weer een rol kan spelen: elke zichzelf respecterende rechter zal immers van zichzelf menen dat hij nog steeds voldoende onpartijdig is en zal op zoek gaan naar een bevestiging van dat gegeven. De noodzaak te motiveren kan ook hier weer helpen. En wellicht zouden de vragen aan de rechter juist vanuit het alternatief ('u bent niet langer voldoende onbevangen') moeten worden geformuleerd, zodat er bij voorbaat al enige tegendruk is. Omdat het op deze wijze veel minder dan gevreesd nodig zal zijn om steeds weer nieuwe rechters op lopende zaken te zetten, is het vervolgens wel mogelijk om precies dat wél te doen als het gaat om (terug)verwijzingen door de cassatierechter of de hogerberoeprechter, zodat de vervolgbeslissingen in dat soort zaken geheel zuiver kunnen worden genomen.

### 7.3 *Debiasing van het anchoring effect*

Een willekeurig numeriek gegeven kan van invloed zijn op de rechterlijke besluitvorming, zo kwam in het vorenstaande al naar voren. Het belang van *debiasing* is daarom groot. Zoals Kahneman stelde:

*'You are always aware of the anchor and even pay attention to it, but you do not know how it guides and constrains your thinking, because you cannot imagine how you would have thought if the anchor had been different (or absent). However, you should assume that any number that is on the table has had an anchoring effect on you, and if the stakes are high you should mobilize yourself (your system 2) to combat the effect.'*<sup>209</sup>

Er bestaat echter één moeilijkheid ten aanzien van *debiasing* van het *anchoring effect*: er is nog niet aangetoond dat dit mogelijk is. Een expliciete instructie over het bestaan van het *anchoring effect* en het moeten vermijden daarvan, heft het effect niet op.<sup>210</sup> Wetenschap

208 Als het in eerste instantie om een *summary assessment* gaat, lijkt dat mogelijk, zie Kuijer 2004, p. 350. Het gaat dan immers niet om een *review of quasi appeal* door een rechter van zijn eigen handelen (dat is de toets die Kuijer 2004, p. 364, aanlegt).

209 Kahneman 2011, p. 128.

210 Hierover Chapman & Johnson 1999, p. 144. Zie ook Mussweiler & Strack 1999, p. 151-152. Zij noemen een verklaring hiervoor: een getal (een anker) wordt niet altijd van buiten aangereikt (zoals het geval bij *priming*), maar kan ook *self-generated* zijn (door iemand zelf 'opgepikt'). Het gegeven dat een anker door iemand zelf wordt 'opgepikt' en 'gebruikt' bij de besluitvorming kan, volgens hen, ook een verklaring bieden voor de robuustheid van het *anchoring effect*, omdat 'self-priming' moeilijk te herkennen valt voor het individu.

van het feit dat een anker willekeurig is gekozen, en dus niet richtinggevend kan zijn voor de beslissing, doet het *anchoring effect* ook niet verdwijnen.<sup>211</sup> Volgens Chapman en Johnson moet er echter wel een onderscheid worden gemaakt tussen kennis over de irrelevantie van de informatie (een breedtemaat als anker voor een hoogtemaat gebruiken) en kennis over het gegeven dat de informatie nooit richtinggevend kan zijn (een burgerservicenummer als anker gebruiken).<sup>212</sup> De eerste vorm van kennis kan wel zorgen voor een *verminderdanchoring effect*, terwijl de laatste dat niet lijkt te bereiken.<sup>213</sup> Guthrie et al. suggereren ook dat specialisering van rechters gestimuleerd zou moeten worden.<sup>214</sup> Specifieke kennis op een bepaald terrein, zoals het juridische, lijkt het *anchoring effect* echter niet te doen verdwijnen.<sup>215</sup> Er lijkt wel sprake te zijn van een minder sterk effect als de besluitvormer meer kennis heeft over de zaak waarover moet worden beslist.<sup>216</sup>

Englich stelt dat *anchoring* een multilateraal begrip is, omdat verschillende verschijningsvormen bestaan met alle verschillende karakteristieken. Denk hierbij aan het verschil tussen *self-generated* en expliciet overlegde ankers, en dat tussen *standard* (zowel een vergelijkingssituatie als een absolute vraag) en *basic anchoring* (absolute vraag).<sup>217</sup> Zo liet Englich zien dat *standard anchoring* leidt tot hetzelfde effect ongeacht de geactiveerde (irrelevante/relevante) kennis bij de besluitvormer, terwijl *basic anchoring* leidt tot een verminderd effect als relevante kennis is geactiveerd.<sup>218</sup> *Debiasing* zou kunnen plaatsvinden door het type vraagstelling dat wordt voorgelegd aan de besluitvormer (in 'ons' geval, aan de rechter); hij of zij moet niet zozeer de vraag voorgelegd krijgen (of aan zichzelf stellen) of het numerieke gegeven te hoog of te laag is, maar zou direct de vraag gesteld moeten worden hoe hoog een schadevergoeding zou moeten zijn. De vraag is echter hoe deze

---

211 Tversky & Kahneman 1974; Cervone & Peake 1986; Chapman & Johnson 1999, p. 136-137 en 139; Englich, Mussweiler & Strack 2006. Zie echter Strack & Mussweiler 1997, p. 440.

212 Daarmee verklaren zij het onderscheid tussen hun uitkomsten en de uitkomsten van het onderzoek van Strack & Mussweiler 1997, Chapman & Johnson 1999, p. 137.

213 Deze uitkomst, die op het eerste gezicht enigszins onlogisch lijkt, zou verklaard kunnen worden doordat iemand eerder bedacht is op de irrelevantie van een gegeven als de context daartoe aanleiding geeft (lengte zegt niks over breedte), terwijl irrelevantie op zich iemand kennelijk minder snel prikkelt om bedacht te zijn op denkfoutjes.

214 Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2001, p. 825-826.

215 Englich & Mussweiler 2001; Englich, Mussweiler & Strack 2005; Englich 2006. Zie ook Northcraft & Neale 1987 (geen lager *anchoring effect*, maar ook geen verhoogd *anchoring effect* in geval van specifieke kennis); Whyte & Sebenius 1997, p. 81 en 83 (ervaren onderhandelaars). Kritisch over het onderzoek van Wilson en anderen (zie uitkomsten aldaar) is Englich (2008, p. 901).

216 Mussweiler & Strack 1999, p. 160; Mussweiler & Strack 2000.

217 Englich 2008, p. 897.

218 Englich 2008, p. 900. Zie ook Mussweiler, Englich & Strack (2004, p. 196) die stellen dat van *standard anchoring* een sterker effect uitgaat. Ook Wu et al. hebben onderzoeksresultaten die het idee van Englich lijken te bevestigen. Het *anchoring effect* is in hun resultaten krachtiger indien er zowel een vergelijkingsvraag als een absolute vraag wordt voorgelegd. Zo sterk zelfs dat herhaling van het anker – later – geen effect heeft op de uiteindelijke omvang van het *anchoring effect*: 'These findings might suggest that the procedure of anchor comparison ensures that people attend to the anchor and no reinforcement mechanism is needed for the anchoring effect to occur.' (Wu et al. 2008, p. 40).

gedachte geïmplementeerd zou moeten worden in de civiele procedure waarin de rechter afhankelijk is van partijen om, ten minste bij benadering, aan te geven wat de aard en omvang is van de geleden schade.

Gezien het feit dat kennis van de irrelevantie van het anker en/of expertise op een bepaald gebied het *anchoring effect* meestal niet laat verdwijnen, is het, aldus Whyte en Sebenius, wellicht belangrijk om besluitvormers niet te trainen in *debiasing* van het *anchoring effect* op zich, maar om hen te leren om relevante informatie te verzamelen voor hun beslissingen, zodat relevante ankers onderscheiden kunnen worden van irrelevante ankers.<sup>219</sup>

Uit onderzoek van Chapman en Johnson blijkt dat het stellen van vragen naar een bepaald type argumenten (bevestigend respectievelijk onderscheidend) voorafgaand aan een beslissing het *anchoring effect* kan doen verminderen. De aanname waarop de onderzoekers hun onderzoek baseerden, is dat personen de neiging zouden hebben om argumenten te zoeken die het anker bevestigen (ankerconform). Zo zou een numeriek groot anker mensen laten zoeken naar argumenten die bevestigen dat iets groot is en als een anker laag is, zouden mensen zoeken naar argumenten dat iets laag is. In één van hun experimenten stelden zij daarom tegengestelde vragen: als het anker groot was, werd er gevraagd naar tegenargumenten (waarom niet lager?) en als het anker klein was, naar argumenten voor (waarom niet hoger?). Daarnaast was er een controlegroep samengesteld die wel geconfronteerd werd met een van de twee ankers, maar die niet gevraagd werd naar argumenten voor of tegen (de neutrale groep). De resultaten van het onderzoek van Chapman en Johnson lijken te duiden op een methode voor *debiasing*: het *anchoring effect* doet zich sterker voor in de ankerconforme groep en de neutrale groep (hetgeen duidt op een *confirmation bias*, zie par. 4), maar het effect is significant minder in de ankerontkennende groep.<sup>220</sup> De resultaten suggereren dat het nuttig zou kunnen zijn om tegengestelde vragen te stellen,<sup>221</sup> om als het ware alternatieve scenario's te poneren, in wezen net zoals dit bij de *confirmation bias* als *debiasing*-techniek geldt (zie par. 7.2).<sup>222</sup>

Een moeilijkheid hierbij is wellicht nog dat in de (juridische) werkelijkheid onduidelijk kan zijn of en wanneer een anker nu groot of klein is. Daarom lijkt het ook onduidelijk wanneer ankerbevestigende respectievelijk ankerontkennende vragen moeten worden gesteld. Aan de andere kant: het werken met alternatieven is altijd aan te raden, zoals we al bespraken in paragraaf 7.2.

219 Whyte & Sebenius 1997, p. 84.

220 Chapman & Johnson 1999, p. 132-135.

221 Zie ook Mussweiler & Galinsky 2001, p. 659.

222 Chapman & Johnson benadrukken echter wel dat deze vorm van *debiasing* niet leidt tot het opheffen van het *anchoring effect*, het zorgt alleen voor een vermindering daarvan, Chapman & Johnson 1999, p. 147.

Een andere manier om het *anchoring effect* te verminderen, zou kunnen zijn om de besluitvormer bloot te stellen aan verschillende numerieke gegevens.<sup>223</sup> De rechter kan er ook voor kiezen om zichzelf meerdere gegevens voor te leggen (denk aan verschillende delen van de smartengeldgids). Het effect lijkt daarmee echter niet geheel te worden opgeheven, zo blijkt uit onderzoek van Whyte en Sebenius over de invloed van *multiple anchors* op onderhandelingsstrategieën.<sup>224</sup> Als deze strategie toch wordt gekozen, lijkt het belangrijk om – zo blijkt uit onderzoek van Nunes en Boatwright – de besluitvormer (net) voor diens beslissing minder extreme ankers voor te leggen. Uit deze onderzoeksresultaten blijkt namelijk dat het besluit het sterkst beïnvloed wordt als het meest extreme anker als laatste wordt gepresenteerd (*recency effect*, zie par. 6).<sup>225</sup>

Er zijn nog legio vragen te stellen als het aankomt op *debiasing* van het *anchoring effect*, zoals: kunnen *incentives* (als prikkel om van het ‘automatische systeem’ om te schakelen naar het ‘reflectieve systeem’) zorgen voor een verminderd *anchoring effect*?<sup>226</sup> Een ander interessante suggestie die Thorsteinson et al. doen (naar aanleiding van onderzoek in de context van *anchoring* en beoordeling van werknemers) is om te onderzoeken in hoeverre het *anchoring effect* zich voordoet indien er een pauze wordt ingelast tussen het moment waarop het anker gepresenteerd wordt en de daadwerkelijke besluitvorming.<sup>227</sup> Een mogelijkheid tot *debiasing* zou dan kunnen zijn om het moment van debat en besluitvorming uit elkaar te halen. Als vertraging inderdaad zou leiden tot *debiasing*, dan zou dit echter wel betekenen dat de rechter bij het maken van dat besluit niet wederom de genoemde ankers zou mogen waarnemen. Los daarvan zou dat uit elkaar halen van debat en besluit echter op zijn beurt weer het risico oproepen van het versterken van een eventueel *primacy effect* (zie par. 6).

#### 7.4 Psychologische bijsturing van *primacy*, *recency* en andere order effects

Besluitvormers die gevraagd worden een geïntegreerd eindoordeel te vormen over een persoon, zaak of voorval op grond van een reeks van verschillende gegevens, lopen grote kans ten prooi te vallen aan *order effects*. Als gevolg daarvan wordt de invloed van de gegevens op het eindoordeel niet slechts bepaald door de waarde of relevantie van de betreffende informatie, maar ook en soms vooral door de plaats van die gegevens binnen

---

223 Zie English 2006 over de vaststelling van de straftoemeting en de wijze waarop meerdere getallen tot een vermindering van het *anchoring effect* zou kunnen leiden.

224 Whyte & Sebenius 1997, p. 82.

225 Nunes & Boatwright 2004, p. 462 (over consumentengedrag). Zie ook Whyte & Sebenius 1997, p. 82. Zie echter Thorsteinson 2011, p. 1787 (bij salarisonderhandelingen maakt de volgorde waarin de getallen zijn genoemd, niet uit).

226 Whyte & Sebenius 1997, p. 83.

227 Thorsteinson et al. 2008, p. 38.

de reeks. Dit fenomeen doet zich niet alleen voor bij leken, maar ook bij professionele besluitvormers als artsen, accountants en rechters. Net als andere vormen van cognitieve illusies zijn deze *order effects* problematisch waar zij ertoe leiden dat de besluitvormer – onbewust – komt tot een oordeel of besluit dat niet strookt met objectief vast te stellen feiten of met algemeen geaccepteerde mathematische, logische of statistische regels. Er is dan ook groeiende aandacht voor – en onderzoek naar – manieren om dit soort *information processing errors* via psychologische bijsturing te voorkomen of te omzeilen.

In hoeverre is het nu mogelijk om door middel van psychologische bijsturing (*debiasing*) de invloed van *order effects* als het *primacy effect* en het *recency effect* op de rechterlijke oordeelsvorming omtrent de bewijswaardering in civiele zaken te beperken of uit te sluiten? Een belangrijke premisse voor psychologische bijsturing is inzicht in de reden voor het intreden van een bepaalde cognitieve illusie; je moet immers eerst weten waar de (cognitieve) fout zit, voordat je hem kunt aanpakken.<sup>228</sup> Zoals eerder beschreven lopen de verklaringen voor het intreden van *order effects* echter uiteen. Naast verder onderzoek naar de werking van deze *biases* in de specifieke context van (civielrechtelijke) juridische procedures, zoals eerder al werd bepleit, is er dus ook behoefte aan verdere toetsing en afstemming van de verschillende bestaande theorieën rond de oorza(a)k(en) van *order effects* bij besluitvorming in algemene zin. Lopes concludeert in dit verband:

*‘Building better judges requires that we know what people do and how they do it. After that, debiasing is, if not easy, at least possible.’*<sup>229</sup>

Het ontbreken van zowel een holistisch verklaringsmodel voor *order effects* als toegepast onderzoek naar de invloed ervan in de context van (civielrechtelijke) juridische procedures maakt het dus lastig om hier te komen tot eenduidige conclusies over de mogelijkheden tot psychologische bijsturing daarvan. Toch zijn er wel aanknopingspunten, nu verschillende onderzoeken suggereren dat hoewel *primacy effects* en *recency effects* vrij robuust zijn,<sup>230</sup> het desondanks niet onmogelijk is om deze cognitieve illusies te voorkomen of te omzeilen. Zo lijken *primacy effects* in de praktijk onderdrukt of zelfs uitgesloten te kunnen worden door bijvoorbeeld bij de informatieverstrekking (ook) gebruik te maken van beeldmateriaal.<sup>231</sup> Ook *recency effects* kunnen omzeild worden, bijvoorbeeld door de besluitvorming in groepsverband te laten plaatsvinden in plaats van op individuele basis of door besluitvormers het proces van oordeels- en besluitvorming te laten documenteren.<sup>232</sup>

228 Zie bijv. Fischhoff 1982a en Lopes 1987.

229 Lopes 1987, p. 184.

230 Zie bijv. Mumma & Wilson 1995 (t.a.v. het *primacy effect*) en Ashton & Kennedy 2002 (t.a.v. het *recency effect*).

231 Zie Sharps, Price & Bence 1996.

232 Zie Ahlawat 1999 en Cushing & Ahlawat 1996, respectievelijk.

Een verdere methode om *order effects* door middel van psychologische bijsturing te verminderen is door de besluitvormer verantwoording af te laten leggen omtrent zijn of haar eindoordel. In een studie van Tetlock, bijvoorbeeld, moesten de deelnemers de schuld bepalen van de verdachte in een strafzaak aan de hand van bewijsmateriaal dat aan verschillende groepen deelnemers in verschillende volgordes werd gepresenteerd. Bij dit onderzoek werd één groep deelnemers verzekerd dat hun oordeel over de (on)schuld van de verdachte volstrekt betrouwbaar en niet tot hun terug te herleiden zou zijn, terwijl twee andere groepen te horen kregen, respectievelijk vóór en na kennisneming van het bewijsmateriaal, dat zij later gevraagd zouden worden hun oordeel over de (on)schuld van de verdachte te rechtvaardigen tegenover een derde. Hieraan lag ten grondslag de hypothese dat besluitvormers die gemotiveerd zijn om tot een accuraat eindoordel te komen als gevolg van het feit dat zij zich daarover moeten verantwoorden, informatie beter zouden opslaan in hun geheugen en daardoor minder vatbaar zouden zijn voor *primacy effects*.<sup>233</sup>

De resultaten van het onderzoek wezen uit dat dit inderdaad het geval was en dat bij de deelnemers die voorafgaand aan het bewijsmateriaal bewust gemaakt waren van het feit dat zij ter verantwoording zouden worden geroepen over hun eindoordel, *primacy effects* veel minder van invloed waren op dat eindoordel dan bij de andere deelnemers. Het onderzoek laat daarmee zien dat *primacy effects* gevoelig zijn voor psychologische bijsturing door besluitvormers verantwoording te laten afleggen omtrent hun eindoordel. Het onderzoek laat ook zien dat dit alleen maar werkt als de betreffende besluitvormers reeds vóórdát zij kennis hebben genomen van de informatie op grond waarvan zij hun oordeel of besluit moeten vormen, op de hoogte worden gesteld van het feit dat zij verantwoording zullen moeten afleggen; dat is immers het moment dat de manier waarop zij de informatie in hun geheugen opslaan, nog bijgestuurd kan worden.<sup>234</sup>

Ook het *recency effect* lijkt te kunnen worden bijgestuurd door besluitvormers verantwoording te laten afleggen omtrent hun eindoordel. In een onderzoek onder accountants en MBA-studenten toonde Kennedy aan dat de wetenschap dat zij ter verantwoording geroepen zouden worden omtrent hun oordeel in het kader van een (gefingeerde) *going-concern* evaluatie, ertoe leidde dat de *recency effects* die bij de MBA-studenten werden waargenomen, verdwenen. Tegelijkertijd liet het onderzoek ook zien dat meer ervaren accountants veel minder vatbaar waren voor *recency effects*. Volgens de onderzoekers zou dit te verklaren zijn uit het feit dat *recency effects* veel waarschijnlijker zijn wanneer de besluitvormer de informatie op een *step-by-step*-manier verwerkt (dat wil zeggen: een tussenoordel vormt na elk gegeven dat gepresenteerd wordt), dan wanneer hij dit doet op een *end-of-sequence*-manier (dat wil zeggen: in één keer een geïntegreerd eindoordel vormt na kennisneming van alle gegevens). En hoe complexer de taak, hoe waarschijnlijker

---

233 Tetlock 1983.

234 Tetlock 1983, p. 290-291.

het is dat de besluitvormer (onbewust) overgaat op een *step-by-step*-modus en dus komt tot een eindoordeel dat beïnvloed is door *recency effects*. Het onderzoek laat zien dat dit patroon doorbroken kan worden door de besluitvormers vóór kennisnemen van de informatie te laten weten dat zij verantwoording moeten afleggen over hun eindoordeel.

Omgekeerd suggereert het onderzoek van Kennedy dus ook dat ervaren besluitvormers (hier: de accountants) minder vatbaar zijn voor de invloed van *recency effects*, omdat voor hun de taak minder complex is dan voor hun onervaren collega's (hier: de MBA-studenten), wat betekent dat zij minder snel geneigd zullen zijn om over te gaan op een *step-by-step*-beoordelingsmethode in plaats van een *end-of-sequence*-beoordelingsmethode.<sup>235</sup> De constatering dat ervaring blijkbaar een *bias*-reducerend effect kan hebben voor deze groep – en dus wellicht ook voor andersoortige professionele besluitvormers zoals rechters – is op zichzelf een interessante bevinding. Tegelijkertijd suggereren de resultaten dat de noodzaak voor en het te verwachten effect van verantwoording als *debiasing*-methode voor dit type besluitvormers minder evident is. Het feit echter dat verantwoording nog steeds wél een bijsturend effect kan hebben ten aanzien van *primacy effects* (waarbij de *response mode* minder relevant is), ook bij (ervaren?) professionele besluitvormers, maakt dat het toch interessant is om even stil te staan bij de vraag in hoeverre het afleggen van verantwoording omtrent de rechterlijke besluitvorming over de bewijswaardering in civiele zaken de invloed van *order effects* (of in ieder geval: *primacy effects*) in die context kan verminderen.

Zoals eerder besproken (zie par. 2) heeft de Nederlandse rechter in civiele zaken een behoorlijke mate van vrijheid waar het gaat om de waardering van het bewijs en (de keuze) van de bewijsmiddelen. Hij heeft echter ook een motiveringsplicht, die een belangrijke rol inneemt als verantwoordingsmechanisme. Het bijsturend potentieel van dit mechanisme wordt nog versterkt door het feit dat het ook gepaard gaat met een sanctie; gebrekkige motivering kan immers leiden tot vernietiging van de betreffende uitspraak in hoger beroep. De motiveringsplicht van civiele rechters ten aanzien van hun beslissingen omtrent de waardering van bewijs biedt dus mogelijkheden waar het gaat om het psychologisch bijsturen van *order effects* zoals (in ieder geval) het *primacy effect*. Tegelijkertijd moet echter opgemerkt worden dat, zoals eerder (zie par. 7.2) ook al werd geconstateerd, die motiveringsplicht juist op het punt van de bewijswaardering in Nederland vrij beperkt is en wellicht verder uitgebreid zou moeten worden om ook daadwerkelijk een rol van betekenis te kunnen spelen waar het aankomt op het bijsturen van dit type cognitieve illusies.

Meer in algemene zin wijzen ook Guthrie, Rachlinski en Wistrich op het *debiasing*-potentieel van het schriftelijk motiveren van rechterlijke vonnissen:

---

235 Kennedy 1993.

*'(...) writing opinions could induce deliberation that otherwise would not occur. Rather than serving merely to describe an allegedly deliberative process that has already occurred (...) or to rationalize an intuitive decision already made (...), the discipline of opinion writing might enable well-meaning judges to overcome their intuitive, impressionistic reactions. The process of writing might challenge the judge to assess a decision more carefully, logically, and deductively.'*<sup>236</sup>

Behalve een deugdelijke motivering van beslissingen onderstrepen zij ook verschillende andere factoren die naar hun mening een belangrijke rol kunnen spelen bij het verminderen van de invloed van cognitieve illusies op de rechterlijke besluitvorming. Eén factor is het belang van de hoeveelheid tijd die het rechtssysteem rechters gunt om tot een beslissing te komen. Zij stellen in dit kader dat:

*'Judges facing cognitive overload due to heavy dockets or other on-the-job constraints are more likely to make intuitive rather than deliberative decisions because the former are speedier and easier.'*<sup>237</sup>

Het door de onderzoekers gestelde feit dat meer tijdsdruk op rechters zou leiden tot meer kans op beïnvloeding van de rechterlijke besluitvorming door cognitieve illusies, lijkt te stroken met de bevindingen van verschillende onderzoeken naar *order effects*. Zoals reeds eerder (in par. 6.4) werd betoogd, ligt er dus een belangrijke taak bij de wetgever en/of de Raad voor de rechtspraak om kaders te scheppen die ervoor zorgen dat de tijdsdruk op rechters niet te groot wordt en zeker niet zo groot dat een deugdelijke motivering van de rechterlijke besluitvorming daaronder gaat lijden. In de praktijk blijkt dit echter een moeilijke opgave.

Verdere methoden om de invloed van cognitieve illusies op de rechterlijke besluitvorming te beperken of uit te sluiten zijn volgens hen: training en *feedback* speciaal gericht op het herkennen en vermijden van cognitieve illusies, het gebruik van hulpmiddelen zoals *scripts* en *checklists* ter ondersteuning van het geheugen en ter bevordering van een methodische aanpak en de verdeling van verantwoordelijkheid voor het nemen van een beslissing in een zaak over meerdere rechters.<sup>238</sup> Het hier besprokene suggereert dat deze methoden ook, juist, een belangrijke rol kunnen spelen waar het gaat om het psychologisch bijsturen van de invloed van *order effects* zoals het *primacy effect* en het *recency effect* op de rechterlijke besluitvorming omtrent bewijswaardering in civiele zaken. Hoe dit in de praktijk precies zou kunnen worden vormgegeven en wat de te verwachten resultaten

---

236 Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007, p. 36-37.

237 Ibid., p. 35.

238 Ibid., p. 38-42.

precies zouden kunnen zijn, lijkt niet alleen een belangrijk onderwerp voor verdere gedachtevorming en onderzoeksactiviteiten binnen het psychologische domein, maar vraagt ook om bewustwording, praktijkexperimenten en (wellicht) het heroverwegen van bestaande kaders binnen het juridische domein.

## 8 CONCLUSIE

Elke conclusie die op grond van het voorgaande potentieel getrokken zou kunnen worden, kan slechts een voorlopige, relatieve én voorzichtige conclusie zijn. Immers, het aantal (psychologische) onderzoeken naar de prevalentie en effecten van de door ons besproken specifieke *biases* in relatie tot het specifieke geval van rechterlijke besluitvorming in een juridische (civiele) procedure, is tot dusverre zeer beperkt gebleven. Dat heeft uiteraard mede van doen met de inherente obstakels bij een onderzoek naar daadwerkelijke rechterlijke besluitvorming in *real life*-situaties, omdat experimenteren met echte rechters in echte *real life cases* niet mogelijk is; de daadwerkelijke procespartijen hebben immers recht op een ‘gewone’ beslissing op gewone juridische gronden, en kunnen niet blootgesteld worden aan experimenten. En een controlegroep regelen, is ook niet mogelijk, omdat in beginsel elke juridische procedure uniek is. Wat er dus daadwerkelijk gebeurt in het hoofd van een rechter die voor een juridische beslissing staat, weten we nog onvoldoende.

Niettemin is het niet irreëel om te veronderstellen dat rechters ook gewone mensen zijn en dus net als gewone mensen gewone denkfouten kunnen en zullen maken. Welke dat zoal zouden kunnen zijn, hebben we proberen te laten zien, zonder dat we daarbij overigens het gehele palet aan mogelijke *heuristics* en *biases* hebben kunnen presenteren. Ook hebben we getracht om te laten zien welke mogelijke invloed die psychologische inzichten zouden kunnen hebben op de civiele rechtspleging, en hoe daar eventueel mee zou kunnen worden omgegaan. Als de wat ons betreft belangrijkste mogelijke vernieuwde handelwijze, noemen wij in dit verband nog slechts de eerder al op diverse momenten genoemde gedachte om tot een uitvoerigere, betere motivering te komen, aangezien dat tot steviger nadenken, en tot een actieve, open houding kan leiden. Daarmee kan bijvoorbeeld de verder lastig te bestrijden *confirmation bias*, alsook het *anchoring effect* en eventuele *order effects* zoals het *primacy effect* en het *recency effect* enigszins worden ingedamd.

## LITERATUUR

*Ahlawat 1999*

S.S. Ahlawat, ‘Order effects and memory for evidence in individual versus group decision making in auditing’, *Behavioral Decision Making*, vol. 12, afl. 1 (1999), p. 71-88.

*Anderson 1965*

N.H. Anderson, 'Primacy effects in personality impression formation using a generalized order effect paradigm', *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 2(1) (1965), p. 1-9.

*Anderson 1981*

N.H. Anderson, *Foundations of information integration theory*, New York: Academic Press 1981.

*Anderson 2005*

J.R. Anderson, *Cognitive psychology and its implications*, 6<sup>e</sup> druk, New York: Worth Publishers 2005.

*Ash 1946*

S.E. Asch 'Forming impressions of personality', *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 41(3) (1946), p. 258-290.

*Ashmann 2010*

M.J.A.M. Ashmann, 'Bewijs: verschuiving van "bewijzen" naar "stellen"?' in: M.J.A.M. Ashmann e.a., *Bewijsrecht*, Den Haag: BJu 2010.

*Ashton & Kennedy 2002*

R.H. Aston & J. Kennedy, 'Eliminating recency with self-review: The case of auditors' "going concern" judgments', *Journal of Behavioural Decision Making*, Vol 15 (2002), p. 221-231.

*Asser 1999*

D.H.W. Asser, 'Da mihi facta – zorg voor feiten in het civiele proces', *Nederlands Juristenblad* 1999, p. 1251 e.v.

*Asser 2012*

W.D.H. Asser, 'Stelplicht, een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2012/4, p. 107-108.

*Asser-Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen 2005*

D.J. Veegens, E. Korthals Altes & H.A Groen, *Asser-serie Procesrecht. Cassatie in burgerlijke zaken*, 4<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2005.

*Austerweil & Griffiths 2011*

J.L. Austerweil & T.L. Griffiths, 'Seeking confirmation is rational for deterministic hypotheses', *Cognitive Science*, 2011, 35, p. 499-526.

*Baron 1998*

J. Baron, *Judgment misguided*, New York: OUP 1998.

*Baron 2008*

J. Baron, *Thinking and Deciding*, 4th ed., Cambridge: Cambridge University Press 2008.

*De Bock 2011*

R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.

*Van Boom 2003*

W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2003/10, p. 555 e.v.

*Bornstein 1994*

B.H. Bornstein, 'David, Goliath, and reverend Bayes: Prior beliefs about defendants' status in personal injury cases', *Applied cognitive psychology*, vol. 8, 1994, p. 233-258.

*Brewer & Chapman 2003*

N.T. Brewer & G.B. Chapman, 'Contrast effects in judgments of health hazards', *The journal of social psychology*, 143(3) (2003), p. 341-354.

*Bruine de Bruin 2005*

W. Bruine de Bruin, 'Save the last dance for me: unwanted serial position effects in jury evaluations', *Acta Psychologica*, vol. 118 (2005), p. 245-260.

*Carroll, Petrusic & Leth-Steensen 2009*

S.R. Carroll, W.M. Petrusic & C. Leth-Steensen, 'Anchoring effects in the judgment of confidence: semantic or numeric priming', *Attention, Perception & Psychophysics*, 71(2) (2009), p. 297-307.

*Chapman & Bornstein 1996*

G.B. Chapman & B.H. Bornstein, 'The more you ask for, the more you get: anchoring in personal injury verdicts', *Applied cognitive psychology*, vol. 10 (1996), p. 519-540.

*Chapman & Johnson 1999*

G.B. Chapman & E.J. Johnson, 'Anchoring, activation, and the construction of values', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 79, No. 2 (1999), p. 115-153.

*Costabile & Klein 2005*

K.A. Costabile & S.B. Klein, 'Finishing strong: Recency effects in juror judgments', *Basic and Applied Social Psychology*, vol. 27(1) (2005), p. 47-58.

*Crombag 2010*

H.F.M. Crombag, *Integendeel: over psychologie en recht*, Amsterdam: Contact 2010.

*Cushing & Ahlawat 1996*

B.E. Cushing & S.S. Ahlawat, 'Mitigation of recency bias in audit judgment: The effect of documentation', *Emerald Management Reviews*, vol. 15, afl. 2 (1996), p. 110-122.

*Danziger, Levav & Aynaim-Pesso 2011*

S. Danziger, J. Levav & L. Avnaim-Pesso, 'Extraneous factors in judicial decisions', *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 108(17) (2011), p. 6889-6892.

*Drion 2012*

C. Drion, 'Achteruit de toekomst in', *Nederlands Juristenblad* 2012, p. 1093.

*Enescu & Kuhn 2012*

R. Enescu & A. Kuhn, 'Serial effects of evidence on legal decision-making', *The European Journal of Psychology applied to Legal Context*, vol. 4 (2) (2012), p. 99-118.

*Englich & Mussweiler 2001*

B. Englich & T. Mussweiler, 'Sentencing under uncertainty: anchoring effects in the court room', *Journal of applied social psychology*, 31, 7 (2001), p. 1535-1551.

*Englich, Mussweiler & Strack 2005*

B. Englich, T. Mussweiler & F. Strack, 'The last word in court – A hidden disadvantage for the defense', *Law and Human Behavior*, vol. 29, afl. 6 (2005), p. 705-722.

*Englich 2006*

B. Englich, 'Blind of biased? Justitia's susceptibility to anchoring effects in the courtroom based on given numerical representations', *Law & Policy*, vol. 28, no. 4 (2006), p. 497-514.

*Englich, Mussweiler & Strack 2006*

B. Englich, T. Mussweiler & F. Strack, 'Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making', *Personality and social psychology Bulletin*, vol. 32, no. 2 (2006), p. 188-200.

*Englich 2008*

B. Englich, 'When knowledge matters – differential effects of available knowledge in standard and basic anchoring', *European Journal of social psychology*, 38 (2008), p. 896-904.

*Epley & Gilovich 2001*

N. Epley & T. Gilovich, 'Putting adjustment back in the anchoring and adjustment heuristic: differential processing of self-generated and experimenter-provided anchors', *Psychological Science*, vol. 12, no. 5 (2001), p. 391-396.

*Eysenck & Keane 2005*

M.W. Eysenck & M.T. Keane, *Cognitive psychology. A Student's Handbook*, 5<sup>th</sup> ed., Hove: Psychology Press 2005.

*Farnsworth 2007*

W. Farnsworth, *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago: University of Chicago Press 2007.

*Faure 2009*

M.G. Faure, *The Impact Of Behavioural Law And Economics On Accident Law* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2009.

*Feigenson 1995-1996*

N.R. Feigenson, 'The Rhetoric of Torts. How Advocates Help Jurors Think About Causation, Reasonableness, and Responsibility', 47 *Hastings Law Journal* 61 (1995-1996), p. 87-92.

*Fischhoff 1982a*

B. Fischhoff, 'Debiasing', in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 422 e.v.

*Fischhoff 1982b*

B. Fischhoff, 'For those condemned to study the past: heuristics and biases in hindsight', in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 335 e.v.

*Forgas 2011*

J.P. Forgas, 'Can negative affect eliminate the power of first impressions? Affective influences on primacy and recency effects in impression formation', *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 47 (2011), p. 425-429.

*Frederick, Kahneman & Mochon 2010*

S.W. Frederick, D. Kahneman & D. Mochon, 'Elaborating a simpler theory of anchoring', *Journal of consumer psychology*, 20 (2010), p. 17-19.

*Frederick & Mochon 2012*

S.W. Frederick, 'A scale distortion theory of anchoring', *Journal of experimental psychology: General*, vol. 141, no. 1 (2012), p. 124-133.

*Frenk & Van Dam 2012*

N. Frenk & C.C. van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen', *NJB* 2012, nr. 2299.

*Fugelsang et al. 2004*

J. A. Fuselsang et al., 'Theory and data interactions of the scientific mind: evidence from the molecular and the cognitive laboratory', *Canadian Journal of Experimental Psychology*, 2004, 58:2, p. 86-95.

*Furnham 1986*

A. Furnham, 'The robustness of the recency effect: Studies using legal evidence', *Journal of General Psychology*, vol. 113(4) (1986), p. 351-357.

*Galinsky & Mussweiler 2001*

A.D. Galinsky & T. Mussweiler, 'First offers as anchors: the role of perspective-taking in negotiator focus', *Journal of personality and social psychology*, Vol. 81, no. 4, p. 657-669.

*Giard 2011*

R. Giard, "'Dit had niet hoeven gebeuren." De causale verklaring van ongewenste gebeurtenissen en de betekenis van de contrafeitelijke denkfout voor het CSQN-verband', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011/9, p. 471-478.

*Giesen 2001*

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2001.

*Giesen 2005a*

I. Giesen, *Handle with care* (oratie Utrecht), Den Haag: BJu 2005.

*Giesen 2005b*

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

*Giesen 2008*

I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 181-208.

*Giesen 2009*

I. Giesen, 'Handhaven met een toefje psychologie', *WPNR* 6817 (2009), p. 845-847.

*Giesen & Coenraad 2009*

I. Giesen & L.M. Coenraad, 'Toegang tot de rechtspleging anno 2008', *Nederlands Juristenblad* 2009/14, p. 892 e.v.

*Giesen 2011a*

I. Giesen, 'Beter burgerlijk recht door keuzes op metaniveau en via beter burgerlijk procesrecht', *NTBR* 2011/8, p. 434-438.

*Giesen 2011b*

I. Giesen, 'Recht en ... Psychologie: over de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben', *WPNR* 6912 (2011), p. 1065-1074.

*Greene et al. 2002*

E. Greene et al., 'Jurors and Juries. A Review of the Field', in: J.R.P. Ogloff (red.), *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, New: York: Kluwer Academic 2002, p. 225-284.

*De Groot 2012*

G. de Groot, 'Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht', in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2012-1, Kluwer: Deventer 2012, p. 45 e.v.

*Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2001*

C. Guthrie, J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Inside the judicial mind', *Cornell Law Review*, Vol. 86, No. 4 (2001), p. 777-830.

*Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007*

C. Guthrie, J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Blinking on the bench: How judges decide cases', *Cornell Law Review*, 2007, Vol. 93, No. 1, p. 1-44.

*Hastie, Schkade & Payne 1999*

R. Hastie, D.A. Schkade & J.W. Payne, 'Juror judgments in civil cases: the effect of plaintiff's request and plaintiff's identity on punitive damage awards', *Law and behavior*, 1999, vol. 23, no. 4, p. 445-470.

*Hoffrage 2004*

U. Hoffrage, 'Overconfidence', in: R.F. Pohl (ed.), *Cognitive Illusions*, Hove: Psychology Press 2004, p. 235 e.v.

*Hogarth & Einhorn 1992*

R.M. Hogarth & H.J. Einhorn, 'Order effects in belief updating: The belief-adjustment model', *Cognitive Psychology*, 1992, vol. 24, p. 1-55.

*Huang & Wang 2004*

M. Huang & H. Wang, 'The influence of document presentation order and number of documents judged on users' judgment of relevance', *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 2004, vol. 55(11), p. 970-979.

*Hugenholtz & Heemskerk*

W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 22e druk, Amsterdam: Elsevier juridisch 2009.

*Huiver et al. 2007*

R.M.E. Huiver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans & N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Den Haag: WODC 2007.

*Insko 1964*

C.A. Insko, 'Primacy versus recency in persuasion as a function of the timing of arguments and measures', *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 1964, vol. 69, p. 381-391.

*Jacowitz & Kahneman*

K.E. Jacowitz & D. Kahneman, 'Measures of anchoring in estimation tasks', *Personality and social psychology bulletin*, 1995/21, p. 1161-1166.

*Kahneman 2011*

D. Kahneman, *Thinking, fast and slow*, London: Allen Lane 2011.

*Kennedy 1993*

J. Kennedy, 'Debiasing audit judgment with accountability: A framework and experimental results', *Journal of Accounting Research*, 1993, Vol. 31, no. 2, p. 231-245.

*Kerstholt & Jackson 1998*

J.H. Kerstholt & J.L. Jackson, 'Judicial decision making: Order of evidence presentation and availability of background information', *Applied Cognitive Psychology* 1998, vol. 12, p. 445-454.

*Klijn 2013*

A. Klijn, 'Ankeren: storend mechanisme bij de straftoemeting en wat er tegen te doen', *Trema Straftoemetingsbulletin*, 2013, p. 15-17.

*Knoedler, Hellwig & Neath 1999*

A.J. Knoedler, K.A. Hellwig & I. Neath, 'The shift from recency to primacy with increasing delay', *Journal of Experimental Psychology*, 1999, vol. 25, no. 2, p. 474-487.

*Koehler 1993*

J.J. Koehler, 'The influence of Prior Beliefs on Scientific Judgments of Evidence Quality', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 56 (1993), p. 28-55.

*Van Koppen & De Keijser 2010*

P.J. van Koppen & J.W. de Keijser, 'Beslissende Rechters', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*. Deventer: Kluwer 2010, p. 861-873.

*Korobkin & Guthrie 1994*

R. Korobkin & C. Guthrie, 'Opening offers and out-of-court-settlement: a little moderation may not go a long way', *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1994, vol. 10, no. 1, p. 1-22.

*Korobkin 2006*

R. Korobkin, *Psychological Impediments to Mediation Success: Theory and Practice*, UCLA School of Law, Research paper no. 05-9 (2006), p. 281-382 (<http://ssrn.com/abstract=689261>).

*Korobkin & Doherty 2009*

R. Korobkin & J. Doherty, 'Who wins in settlement negotiations', *American Law and Economics Review* (2009), p. 162-208.

*Kozinski 1993*

A. Kozinski, 'What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making', *Loyola of Los Angeles Law Review* 1993, vol. 26, p. 993.

*Kuijer 2004*

M. Kuijer, *The blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

*Lau & Coiera 2009*

A.Y.S. Lau & W.E.W. Coiera, 'Can cognitive biases during consumer health information searches be reduced to improve decision making?', *Journal of the American Medical Informatics Association*, 2009, vol. 16, no. 1, p. 54-65.

*Lewicka 1998*

M. Lewicka, 'Confirmation bias. Cognitive error or adaptive strategy of action control?', in: M. Kofta et al. (eds.), *Personal control in action*, New York: Plenum Press 1998, p. 233-258.

*Lindenbergh 2008*

S.D Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008.

*Lopes 1987*

L.L. Lopes, 'Procedural debiasing', *Acta Psychologica*, 1987, vol. 64, p. 167-185.

*Luchins 1958*

A.S. Luchins, 'Definitiveness of impression and primacy-recency in communications', *The Journal of Social Psychology*, 1958, vol. 48, p. 275-290.

*Maaravi, Ganzach & Pazy 2011*

Y. Maaravi, Y. Ganzach & A. Pazy, 'Negotiation as a form of persuasion: arguments in first offers', *Journal of personality and social psychology*, 2011, vol. 101, nr. 245-255.

*MacCoun 1998*

R.J. MacCoun, 'Biases in the interpretation and use of research results', *Annual Review of Psychology*, 1998, 49, p. 259-287.

*Mahoney 1977*

M.J. Mahoney, 'Publication prejudices: An experimental study of confirmatory bias in the peer review system', *Cognitive Therapy and Research*, 1977, Vol. 1, No. 2, p. 161-175.

*Malouff & Schutte 1989*

J. Malouff & N.S. Schutte, 'Shaping Juror Attitudes: Effects of Requesting Different Damage Amounts in personal Injury Trials', *Journal of Social Psychology*, 1989, vol. 129, p. 491-497.

*Miller & Cambell 1959*

N. Miller & D.T. Campbell, 'Recency and primacy in persuasion as a function of the timing of speeches and measurements', *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, 1959, vol. 59, no. 1, p. 1-9.

*Mumma & Wilson 1995*

G.H. Mumma & S.B. Wilson, 'Procedural debiasing of primacy/anchoring effects in clinical-like judgments', *Journal of Clinical Psychology*, 1995, vol. 51, no. 6, p. 841-853.

*Mussweiler & Strack 1997*

F. Strack & T. Mussweiler, 'Explaining the enigmatic anchoring effect: mechanisms of selective accessibility', *Journal of personality and social psychology*, 1997, vol. 73, no. 3, p. 437-446.

*Mussweiler & Strack 1999*

T. Mussweiler & F. Strack, 'Hypothesis-consistent testing and semantic priming in the anchoring paradigm: a selective accessibility model', *Journal of experimental social psychology*, 1999, 35, p. 136-164.

*Mussweiler & Strack 2000*

T. Mussweiler & F. Strack, 'Numeric judgment under uncertainty: the role of knowledge in anchoring', *Journal of experimental social psychology*, 2000, 36, p. 495-518.

*Mussweiler 2001*

T. Mussweiler, 'The durability of anchoring effects', *European Journal of Social Psychology*, 2001, 31, p. 431-442.

*Mussweiler, Englich & Strack 2004*

T. Mussweiler, B. Englich & F. Strack, 'Anchoring effect', in: R.F. Pohl (ed.), *Cognitive Illusions*, Hove: Psychology Press 2004, p. 183-200.

*Mussweiler & Englich 2005*

T. Mussweiler & B. Englich, 'Subliminal anchoring: Judgmental consequences and underlying Mechanisms', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 2005, vol. 98, p. 133-143.

*Negowetti 2012*

N.E. Negowetti, 'Judicial Decisionmaking and the Limits of Perception: Mitigating Implicit Bias with Judicial Empathy', *Boston University Public Interest Law Journal* 2012 (forthcoming), <http://ssrn.com/abstract=2164325>.

*Nickerson 1998*

R.S. Nickerson, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, 1998, vol. 2, no. 2, p. 175-220.

*Nunes & Boatwright 2004*

J.C. Nunes & P. Boatwright, 'Incidental prices and their effect on willingness to pay', *Journal of marketing research*, 2004, vol. 41, nr. 4, p. 257-466.

*Oppenheimer, LeBoeuf & Brewer 2008*

D.M. Oppenheimer, R. A. LeBoeuf & N.T. Brewer, 'Anchors aweigh: a demonstration of cross-modality anchoring and magnitude priming', *Cognition*, 2008, 106, p. 13-16.

*Orr & Guthrie 2006*

D. Orr & C. Guthrie, 'Anchoring, information, expertise, and negotiation: new insights from meta-analysis', *Ohio state journal on dispute resolution*, 2006, vol. 21, 3, p. 597-628.

*Oskamp 1982*

S. Oskamp, 'Overconfidence in case-study judgments', in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 287 e.v.

*Oswald & Grosjean 2004*

M.E. Oswald & S. Grosjean, 'Confirmation bias', in: R.F. Pohl (red.), *Cognitive Illusions*, Hove: Psychology Press 2004, p. 79 e.v.

*Plous 1993*

S. Plous, *The psychology of judgment and decision making*, New York: McGraw-Hill 1993.

*PG Bewijsrecht 1988*

G.R. Rutgers e.a. (red.), *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.

*Raats 2012*

S. Raats, 'De beïnvloedbare strafrechter. Een empirisch onderzoek naar het ankereffect van de strafeis van het openbaar ministerie', *Rechtskundig Weekblad* 2012, nr. 31, p. 1202-1210.

*Rachlinski 2012*

J.J. Rachlinski, 'How Judges Make Decisions', in: R. Giard (red.), *Judicial decision making in civil law*, Den Haag: Eleven Publishing 2012, p. 87 e.v.

*Raitz et al. 1990*

A. Raitz, E. Greene, J. Goodman & E.F. Loftus, 'The influence of expert testimony on jurors' decision making', *Law and human behaviour*, 1990, vol. 14, no. 4, p. 385-395.

*Ruso 2010*

J.E. Russo, 'Understanding the effect of numerical anchor', *Journal of consumer psychology*, 2010, 20, p. 25-27.

*Rassin 2008*

E. Rassin, 'De juiste keuze', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 65 e.v.

*Rutledge 1993*

R.W. Rutledge, 'The effects of group decisions and group-shifts on use of the anchoring and adjustment heuristic', *Social behavior and personality*, 1993, 21(3), p. 215-226.

*Sailors & Heyman 2011*

J. J. Sailors & J.E. Heyman, 'Compound anchors and their subsequent effects on judgments', *American behavioral scientist*, 2011, 55(8), p. 1035-1051.

*Sharps, Price & Bence 1996*

M.J. Sharps, J.L. Price & V.M. Bence, 'Visual and auditory information as determinants of primacy effects', *The Journal of General Psychology*, 1996, vol. 123(2), p. 123-136.

*Smits 2008*

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2008.

*Stein & Rueb 2009*

P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, 17<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2009.

*Straus, Parker & Bruce 2011*

S.G. Straus, A.M. Parker & J.B. Bruce, 'The Group Matters: A Review of Processes and Outcomes in Intelligence Analysis', *Group Dynamics: Theory, Research, and Practice*, 2011/2, p. 128-146.

*Tetlock 1983*

P.E. Tetlock, 'Accountability and the perseverance of first impressions', *Social Psychology Quarterly*, 1983, Vol. 46, no. 4, p. 285-292.

*Thaler & Sunstein 2009*

R.H Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge*, Londen: Penguin Books 2009.

*Thorsteinson et al. 2008*

T. J. Thorsteinson, J. Breier, A. Atwell, C. Hamilton & M. Privette, 'Anchoring effects on performance judgments', *Organizational behavior and human decision processes*, 2008, 107, p. 29-40.

*Thorsteinson 2011*

T.J. Thorsteinson, 'Initiating salary discussions with an extreme request: anchoring effects on initial salary offers', *Journal of applied social psychology*, 2011, 41(7), p. 1774-1792.

*Tulving 2007*

E. Tulving, 'On the law of primacy', in: M.A. Gluck, J.R. Anderson & S.M. Kosslyn (red.), *Memory and mind: a festschrift for Gordon H. Bower*, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates 2007, p. 31-48.

*Tversky & Kahneman 1974*

A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under uncertainty: heuristics and biases', *Science*, new series, 1974, vol. 185, nr. 4157, p. 1124-1131.

*Unkelback, Ostheimer, Fasold & Memmert 2012*

C. Unkelback, V. Ostheimer, F. Fasold & D. Memmert, 'A calibration explanation of serial position effects in evaluative judgments', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 2012, vol. 119, p. 103-113.

*Vallée-Tourangeau, Beynin & James 2000*

F. Vallée-Tourangeau, D.M. Beynon & S.A. James, 'The role of alternative hypotheses in the integration of evidence that disconfirms an acquired belief', *European Journal of Cognitive Psychology*, 2000, 12 (1), p. 107-129.

*Ten Velden & De Dreu 2012*

F.S. ten Velden & C.K.W. de Dreu, *Sociaalpsychologische determinanten van strafrechtelijke besluitvorming*, Research Memoranda, nummer 1-2012, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

*Van Velthoven 2011-1*

B.C.J. van Velthoven, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *RM Themis* 2011-1, p. 7-16.

*Vonk e.a. 2001*

R. Vonk (e.a.), *Cognitieve sociale psychologie*, 2e druk, Utrecht: Lemma 2001.

*Wagenaar, Van Koppen & Crombag 1993*

W.A. Wagenaar, P.J. van Koppen & H.F.M. Crombag, *Anchored narratives – The psychology of criminal evidence*, New York: St. Martin's Press 1993.

*Wagenaar et al. 2010*

W.A. Wagenaar et al, 'Ook rechters maken menselijke fouten', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*. Deventer: Kluwer 2010, p. 875-893.

*Wagner 2006*

G. Wagner, 'Heuristics in Procedural Law', in: G. Gigerenzer & C. Engel, *Heuristics and the Law*, Cambridge: MIT Press 2006, p. 281-302.

*Wagner 2008*

G. Wagner, 'Heuristiken und Urteilsverzerrungen in Konfliktsituationen', *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2008, 121, p. 5.

*Walker, Thibaut & Andreoli 1972*

L. Walker, J. Thibaut & V. Andreoli, 'Order of presentation at trial', *The Yale Law Journal*, 1972, vol. 82, p. 216-226.

*Wason 1960*

P. Wason, 'On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task', *The Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 1960 (3), p. 129-140.

*Wayte et al. 2002*

T. Wayte et al., 'Psychological Issues in Civil Law', in: J.R.P. Ogloff (red.), *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, New York: Kluwer Academic 2002, p. 323 e.v.

*Wegener et al. 2010a*

D.T. Wegener, R.E. Petty, K.L. Blankenship & B. Detweiler-Bedell, 'Elaboration and numerical anchoring: implications of attitude theories for consumer judgment and decision making', *Journal of psychology*, 2010, 20, p. 5-12.

*Wegener et al. 2010b*

D.T. Wegener, R.E. Petty, K.L. Blankenship & B. Detweiler-Bedell, 'Elaboration and numerical anchoring: breath, depth and the role of (non-)thoughtful processes in anchoring theories', *Journal of psychology*, 2010, 20, p. 28-32.

*Whyte & Sebenius 1997*

G. Whyte & J.K. Sebenius, 'The effect of multiple anchors on anchoring in individual and group judgement', *Organizational behavior and human decision making*, 1997, vol. 69, no. 1, p. 75-85.

*Wistrich, Guthrie & Rachlinski 2005*

A.J. Wistrich, C. Guthrie & J.J. Rachlinski, 'Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding', *University of Pennsylvania Law Review*, 2005, vol. 153, p. 1251-1345.

*Wray & Stone 2005*

L.D. Wray & E.R. Stone, 'The Role of Self-esteem and Anxiety in Decision Making for Self versus Others in Relationships', *Journal of Behavioural Decision Making*, 2005, 18, p. 125-144.

*Wu et al. 2008*

C.S. Wu, F.F. Cheng & H.H. Lin, 'Exploring anchoring effect and the moderating role of repeated anchor in electronic commerce', *Behavior & information technology*, 2008, 27:1, p. 31-42.

*Zamir & Ritov 2012*

E. Zamir & I. Ritov, 'Loss aversion, Omission bias, and the burden of proof in civil litigation', *The Journal of Legal Studies*, 2012, Vol. 41, No. 1, p. 165-207.

