

Minder gezichtspunten, betere sturing?

Over de gevolgen van de beperking van het aantal gezichtspunten op juridische oordeelsvorming

Het privaatrecht werkt vaak met ‘gezichtspuntencatalogi’. Er wordt wel gezegd dat gezichtspunten te weinig sturing geven aan rechterlijke oordeelsvorming. Een oplossing, zo wordt wel beweerd, zou kunnen zijn om het aantal te gebruiken gezichtspunten te reduceren. Hoe minder gezichtspunten, hoe meer sturing, dat is de stelling. Maar is die juist? In dit artikel wordt die vraag onderzocht aan de hand van een experiment. Enig bewijs voor de juistheid van de stelling wordt niet gevonden. Het werken met minder gezichtspunten lijkt dus vooralsnog niet een geschikte manier om meer sturing te bereiken.

Gepubliceerd in: NTBR 2018/9-10, p. 270-279 (originele paginanummers tussen [])

1. Inleiding

Het gebruik van gezichtspuntencatalogi, dat wil zeggen opsommingen van factoren aan de hand waarvan een bepaalde juridische vraag dient te worden beantwoord, heeft voordelen. Dergelijke catalogi kunnen helpen invulling te geven aan open normen. Bovendien zijn zij flexibel: zij bieden de mogelijkheid om rekening te houden met de concrete omstandigheden van het geval.² In de literatuur worden verschillende functies aan gezichtspuntencatalogi toegedicht. Dergelijke catalogi zouden duidelijkheid scheppen welke feiten en omstandigheden van belang zijn, de voorspelbaarheid van beslissingen vergroten, helpen om invulling te geven aan open en evaluatieve begrippen en toetsing in cassatie van gemengde beslissingen mogelijk maken.³

In de literatuur worden gezichtspuntencatalogi vaak gezien als een tussenvorm tussen scherpe en open normen. Anders dan een volledig open norm, geven gezichtspuntencatalogi immers aan welke factoren relevant zouden moeten zijn voor een bepaalde beslissing.⁴ Toch worden gezichtspuntencatalogi zelf eerder gezien als behorend tot de open normen dan tot de gesloten normen. Gezichtspuntencatalogi geven immers niet aan hoe de verschillende gezichtspunten tegen elkaar afgewogen moeten worden, zodat zij de rechter nog veel vrijheid laten.⁵

¹ Marte Knigge is universitair docent burgerlijk recht, Willem van Boom is hoogleraar burgerlijk recht en Jan de Keijser is hoogleraar criminologie aan de Universiteit Leiden. De dataset behorend bij dit artikel is te raadplegen via <https://doi.org/10.17026/dans-x86-vkv8>. De auteurs danken Laura Peters en andere docenten van het vak Strafrecht 1 aan de Rijksuniversiteit Groningen en Elsemieke Daalder en andere docenten van het vak Romeins recht aan de Universiteit Leiden voor hun bereidwillige hulp bij het opzetten en uitvoeren van het experiment, Julia Dreef voor haar hulp bij het digitaliseren van de resultaten, de deelnemers aan een onderzoeksbijeenkomst op 15 juni 2018 te Leiden, een Ucall-bijeenkomst op 9 juli 2018 te Utrecht en een bijeenkomst op 3 september 2018 te Tilburg voor hun opmerkingen en suggesties en Helen Pluut voor haar commentaar bij een eerdere versie van deze bijdrage.

² Zie voor een overzicht van de voordelen die worden toegedicht aan gezichtspuntencatalogi J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 97-100.

³ Quist 2014, p. 91 e.v.

⁴ C.R. Sunstein, 'Problems with Rules', *California Law Review* 1995, Volume 83, p. 965; R.B. Korobkin, 'Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited', *Oregon Law Review* 2000, p. 28; Vgl. ook V. van den Brink, 'Alle omstandigheden van alle gevallen', *NTBR* 2012/1, p. 1-2.

⁵ Zie bijv. J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 53; K.M. Sullivan, 'Foreword: The Justices of Rules and Standards', *Harvard Law Review* 1992, Volume 106:22, p. 60; Sunstein 1995, p. 93-964; Korobkin 2000, p. 28.

De Hoge Raad formuleert regelmatig gezichtspuntencatalogi. Het meest bekend zijn wellicht de Kelderluikfactoren: de vraag of onrechtmatig is gehandeld in gevaarzettingsituaties dient te worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval, waarbij met name in aanmerking dient te worden genomen in hoeverre niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid waarschijnlijk is, hoe groot de kans is dat daaruit ongevallen ontstaan, hoe ernstig de gevolgen kunnen zijn, en in hoeverre het nemen van veiligheidsmaatregelen bezwaarlijk is.⁶ Ook in diverse andere arresten zijn gezichtspuntencatalogi geformuleerd.⁷ Voorts zijn in de wet voorbeelden van opsommingen van gezichtspunten te vinden.⁸

Toch is er ook veel kritiek op het gebruik van gezichtspuntencatalogi. Een van de kritiekpunten is dat gezichtspuntencatalogi weinig sturing bieden, onder meer doordat vaak niet duidelijk is hoe de verschillende gezichtspunten zich tot elkaar verhouden. Door juist *die* gezichtspunten te benadrukken die zijn beslissing ondersteunen, zou een rechter met een gezichtspuntencatalogus tot *iedere* denkbare beslissing kunnen komen. Gezichtspunten worden dan gehanteerd als rationalisering achteraf. Gesproken wordt wel van |[p. 271] een ‘grabbelton-effect’.⁹ Gezichtspuntencatalogi zouden dan ook tot weinig voorspelbare beslissingen leiden.¹⁰

In de literatuur zijn door verschillende auteurs suggesties gedaan om het functioneren van gezichtspuntencatalogi te verbeteren.¹¹ Volgens Barendrecht is een methode om tot scherpere normen te komen om bepaalde typen omstandigheden uit te sluiten als relevant voor een beslissing.¹² Volgens Barendrecht kan een gezichtspuntencatalogus pas werkelijk een bijdrage leveren aan de rechtsvorming indien de categorieën relevante omstandigheden nauwer worden omschreven en het aantal soorten omstandigheden beperkt wordt.¹³

Dit roept de vraag op of een gezichtspuntencatalogus inderdaad meer sturing biedt indien het aantal gezichtspunten dat daarin is opgenomen wordt beperkt. Dat lijkt voor de hand te liggen: de catalogus is dan immers eenduidiger, minder complex, en er valt nu eenmaal minder te ‘grabbelen’. Hoewel gezichtspuntencatalogi nooit limitatief zijn en het rechters vrij staat andere omstandigheden in hun beoordeling te betrekken,¹⁴ zullen rechters wellicht vooral letten op de in een gezichtspuntencatalogus opgenomen factoren. De vraag of een beperking van het aantal gezichtspunten in een catalogus leidt tot een betere sturing, is relevant. De rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid zijn gebaat bij een betere voorspelbaarheid. Een betere voorspelbaarheid van de

⁶ HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*). Hier zijn de factoren weergegeven in de iets modernere formulering uit het arrest *Martina/Curaçao* (HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:47, NJ 2013/366). Zie over de verschillende formuleringen die de Hoge Raad hanteert K.J.O. Jansen, ‘Hoe luiden de kelderluikfactoren?’, *NTBR* 2018/14.

⁷ Zie voor een overzicht van door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogi Quist 2014, p. 40 e.v.

⁸ Zie bijv. art. 3:12 BW, art. 6:109 lid 1 BW en art. 6:233 sub a BW.

⁹ Zie voor deze term G.J. Lankhorst, *A&V* 1996, p. 49, waarmee hij verwijst naar J.H. Nieuwenhuis, ‘Hoi topoi. Het juiste gebruik van gemeenplaatsen in het recht’, in: E.H. Hondius *et al.* (eds.), *Quod licet*, Deventer: Kluwer 1992, p. 289. Zie ook Quist 2014, p. 106.

¹⁰ Zie onder meer J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 10-12; zie voor een overzicht van de nadelen die worden toegedicht aan gezichtspuntencatalogi, met uitgebreide verwijzing naar literatuur, Quist 2014, p. 100-113. Ook in het buitenland bestaat kritiek op gezichtspuntencatalogi. Zie onder meer P.M. Mc.Fadden, ‘The Balancing Test’, *Boston College Law Review* 1988, Volume 29, met name p. 642 e.v.

¹¹ Zie bijvoorbeeld T. Hartlief, ‘Gezichtspunten, vingerwijzingen en vuistregels. Kan dat anders?’, *NTBR* 2011, p. 25-28; C.E. Drion, ‘De omstandighedencatalogus; drie gedachten ter verbetering’, *NJB* 2008, p. 1635; Van den Brink 2012, p. 1-2; Quist 2014, p. 570 e.v.

¹² Barendrecht 1992, p. 148.

¹³ Barendrecht 1992, p. 187-190. Zie voorts Quist 2014, p. 577.

¹⁴ Quist 2014, p. 62-63.

beslissing van de rechter kan bovendien volgens sommigen helpen om procedures te voorkomen.¹⁵ Het verminderen van het aantal gezichtspunten in een gezichtspuntencatalogus zou daarnaast ook andere voordelen kunnen meebrengen. Als minder omstandigheden relevant zijn voor de beslissing van de rechter, kunnen ook minder uitvoerige processtukken worden opgesteld en hoeft er minder bewijsmateriaal te worden verzameld.¹⁶

In dit artikel doen we verslag van een onderzoek naar de invloed van beperking van het aantal gezichtspunten in een gezichtspuntencatalogus op de sturing die deze catalogus biedt. In paragraaf 2 bespreken we eerst eerder onderzoek op het terrein van de sturing die verschillende soorten beslissingsmaatstaven bieden. In paragraaf 3 formuleren we op basis hiervan enige hypothesen en bespreken wij de opzet en de resultaten van een experiment dat wij hebben ontwikkeld om deze hypothesen te toetsen. In paragraaf 4 volgt een discussie naar aanleiding van deze resultaten. Wij sluiten af met een conclusie.

2. Eerder onderzoek

2.1 Open en gesloten normen

Over de vraag in hoeverre beoordelaars zich door een beslissingsmaatstaf laten sturen en of de ene maatstaf meer sturing biedt dan de andere, is weinig bekend. In de literatuur wordt verondersteld dat scherpe normen meer sturing bieden dan open normen. Zowel in Nederland als in het buitenland is veel geschreven over het verschil in werking tussen open en gesloten normen. Breed gedeeld is de opvatting dat gesloten normen leiden tot meer voorspelbare beslissingen. Open normen zouden daarentegen als voordeel hebben dat ze flexibel zijn en de mogelijkheid bieden om tot rechtvaardige beslissingen in het concrete geval te komen, maar als nadeel dat de voorspelbaarheid van de beslissingen gering is.¹⁷

Aan de opvatting dat scherpe normen meer sturing bieden en tot voorspelbaarder uitkomsten leiden dan open normen ligt de (impliciete) veronderstelling ten grondslag dat rechters zich *überhaupt* laten sturen door de hun gegeven beslissingsmaatstaf. Rechters zouden dus niet, *onafhankelijk van de beslissingsmaatstaf die hun gegeven wordt*, steeds tot de beslissing komen die zij in de omstandigheden van het geval het meest wenselijk vinden.

Ervan uitgaande *dat* rechters zich laten sturen door de hun gegeven beslissingsmaatstaf, is een volgende vraag of de ene type maatstaf meer sturing biedt dan de andere. Er is ons weinig onderzoek

¹⁵ Zie bijv. P.A. Stein, 'Over de betekenis van de billijkheid voor het huidige en het toekomstige verbintenissenrecht', *RM Themis* 1969, p. 314; L.D. Pels Rijcken, 'Rechtszekerheid. Assepoester van rechtsvindingstheorieën', in: P. Abas *et al* (eds.), *Non sine causa*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, m.n. p. 311-312, 317; Barendrecht 1992, p. 74-75, p. 115; J.M. Barendrecht, 'Van twee kanten. Vragen aan Schoordijk over open normen', *RM Themis* 1995, p. 143; Quist 2014, p. 113, p. 560. Het bereiken van een schikking wordt door open normen wellicht bemoeilijkt doordat partijen dergelijke normen als gevolg van de 'self-serving bias' in hun eigen voordeel uitleggen. Zie hierover bijv. Korobkin 2000, p. 46-47; W. Farnsworth, 'The Legal Regulation of Self-Serving Bias', *U.C. Davis Law Review* 2003, Volume 37, p. 591-593.

¹⁶ Quist 2014, p. 113; Barendrecht 1992, p. 12, p. 74-75.

¹⁷ Zie A. Scalia, 'The Rule of Law as a Law of Rules', *The University of Chicago Law Review* 1989, Volume 56, pp. 1175-1188, met name p. 1179; Sullivan 1992, p. 62-69; L. Kaplow, 'Rules Versus Standards: An Economic Analysis', *Duke Law Journal* 1992-1993, Volume 42, p. 557-629, m.n. p. 611-616; Sunstein 1995, p. 953-1026, met name p. 958, p. 976; Korobkin 2000, m.n. p. 25-26; A.H. Morse, 'Rules, Standards, and Fractured Courts', *Oklahoma City University Law Review* 2010, Volume 35, pp. 564-567. Zie in Nederland o.m. Stein 1969, p. 314 e.v.; Barendrecht 1992, pp. 6-8, 66-77; P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009, p. 48-59; P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, p. 2-3. Over de voor- en nadelen die aan open resp. gesloten normen verbonden zouden zijn: P. Schlag, 'Rules and Standards', *UCLA Law Review* 1985, Volume 33, p. 379-430.

bekend waarin deze invloed van het [p. 272] type beslissingsmaatstaf op de voorspelbaarheid van beslissingen daadwerkelijk wordt bevestigd.¹⁸ Er bestaat enig Amerikaans onderzoek ten aanzien van de gevolgen van een wijziging in de Amerikaanse federale regelgeving op het terrein van de straftoemeting. Tot in de jaren '80 van de vorige eeuw hadden federale rechters in Amerika een zeer ruime beoordelingsvrijheid bij het bepalen van de straf. De strafwetgeving bevatte over het algemeen enkel (hoge) maximumstraffen; voor het overige werden rechters bij de straftoemeting vrijgelaten. In 1987 werden er echter richtlijnen voor het bepalen van de strafmaat afgekondigd, die op grond van de 'Sentencing Reform Act 1984' een bindend karakter hadden. Rechters konden enkel op een beperkt aantal gronden van deze richtlijnen afwijken. Er vond kortom een verschuiving plaats van een zeer open naar een vrij gesloten norm. Doel van de invoering van deze richtlijnen was om de onderlinge verschillen tussen rechterlijke uitspraken bij de straftoemeting te verminderen.¹⁹ Door verschillende wetenschappers is onderzocht of deze doelstelling inderdaad bereikt is.²⁰ In twee grootschalige studies wordt geconcludeerd dat de verschillen tussen rechters inderdaad kleiner zijn geworden na inwerkingtreding van de richtlijnen.²¹ Wel is het zo dat een van beide studies resultaten laat zien die niet geheel eenduidig zijn. Hoewel voor de meeste misdrijven de verschillen tussen rechters na invoering van de richtlijnen waren afgenomen, waren voor sommige misdrijven deze verschillen juist toegenomen. Ook in enkele steden waren de verschillen juist toegenomen, terwijl zij in de meeste steden waren afgenomen.²²

Voorts is door Verdonschot onderzoek gedaan naar het effect van de beslissingsmaatstaf op het *onderhandelingsgedrag* van personen. In een experiment kregen deelnemers een drietal scenario's waarin met een ander onderhandeld moest worden over de verdeling van een bepaalde waarde of schade. Deelnemers werd gevraagd een eerste bod te doen. Doel was om de effecten van de aanwezigheid van verschillende typen normen op dit eerste bod te vergelijken. Sommige deelnemers kregen geen norm, andere kregen een open norm ten aanzien van deze verdelingskwestie, en een derde groep kreeg een algemene maar concrete 'verdeelsleutel'. Uit het experiment bleek dat zowel open normen als algemene maar concrete 'verdeelsleutels' het eerste bod van deelnemers stuurden; bij deze deelnemers was minder sprake van 'extreem onderhandelingsgedrag' dan bij deelnemers die

¹⁸ Naast het hierna te bespreken onderzoek kan nog een artikel van King en Sunstein uit 1999 worden vermeld, waarin zij de gevolgen van een wijziging in de verkeerswetgeving in de Amerikaanse staat Montana bespreken. In 1995 werd de snelheidslimiet van 55 miles per uur in deze staat vervangen door de norm dat rijden diende te geschieden op een manier die 'reasonable and prudent' is. Zie R.E. King & C.R. Sunstein, 'Doing Without Speed Limits', *Boston University Law Review* 1999, Volume 79, m.n. p. 181-184, p. 191.

¹⁹ Voor een beschrijving van de ontwikkelingen in de Amerikaanse federale regelgeving op het terrein van de straftoemeting, zie R.W. Scott, 'Inter-Judge Sentencing Disparity After *Booker*: A First Look', *Stanford Law Review* 2010, Volume 63, p. 6 e.v.

²⁰ Zie voor een overzicht van de verschillende studies die zijn verricht C. Spohn, 'How Do Judges Decide? The Search for Fairness and Justice in Punishment', Sage Publications 2009, p. 303 e.v. Daarnaast zijn er verschillende studies naar de introductie van straftoemetingsrichtlijnen op statelijk niveau; zie Spohn 2009, p. 301-303. Zie voor een studie naar de gevolgen van een reeks van beslissingen van het Amerikaanse Hoogerechtshof vanaf 2005 waardoor de binding van rechters aan de richtlijnen sterk is afgenomen Scott 2010, p. 1-66.

²¹ P.J. Hofer, K.R. Blackwell & R.B. Ruback, 'The Effect of the Federal Sentencing Guidelines on Interjudge Sentencing Disparity', *Journal of Criminal Law & Criminology* 1999, Volume 90, p. 239-306; J.M. Anderson, J.R. Kling & K. Stith, 'Measuring Interjudge Sentencing Disparity: Before and After The Federal Sentencing Guidelines', *Journal of Law and Economics* 1999, Volume 42, p. 271-307. Kleinschaliger studies betreffen o.a. J. Waldfogel, 'Aggregate Inter-Judge Disparity in Federal Sentencing: Evidence From Three Districts', *Federal Sentencing Reporter* 1991, Volume 4, p. 151-154; A.A. Payne, 'Does Inter-Judge Disparity Really Matter? An Analysis of the Effects of sentencing Reforms in Three Federal District Courts', *International Review of Law and Economics* 1997, Volume 17, p. 337-366.

²² Hofer, Blackwell & Ruback 1999, p. 292 e.v. In een artikel van Alschuler worden de resultaten van deze studie bovendien gerelativeerd: zo zou in dit onderzoek enkel zijn gekeken naar verschillen tussen rechters binnen hetzelfde district. Er zijn echter cijfers die suggereren dat regionale verschillen tussen rechters juist zijn toegenomen na invoering van de richtlijnen. Zie A.W. Alschuler, 'Disparity: The Normative and Empirical Failure of the Federal Guidelines', *Stanford Law Review* 2005, Volume 85, m.n. p. 100-102. Zie voor meer studies naar regionale verschillen tussen rechters Spohn 2009, p. 306.

geen norm voor de verdeling kregen. Het experiment leverde echter tegenstrijdige informatie op waar het de vraag betrof of het eerste bod door concrete 'verdeelsleutels' sterker wordt gestuurd dan door open normen.²³

Hoewel in de bestaande literatuur kortom uitgegaan wordt van de veronderstelling dat scherpere normen meer sturing bieden dan open normen, is ons weinig onderzoek bekend waarin deze veronderstelling daadwerkelijk getoetst is.

2.2 Gezichtspuntencatalogi

Dat de uitkomst van een toetsing aan de hand van een gezichtspuntencatalogus slecht te voorspellen is, lijkt te worden bevestigd door jurisprudentie-onderzoek. Quist constateert in zijn proefschrift dat een functie die aan gezichtspuntencatalogi wordt toegedicht het vergroten van de voorspelbaarheid van de uitkomst van procedures is.²⁴ Hij onderzoekt vervolgens of deze functie in de rechtspraktijk gerealiseerd wordt en concludeert dat de bijdrage die gezichtspuntencatalogi hieraan (kunnen) leveren gering is. Het directieve karakter van gezichtspuntencatalogi is volgens hem beperkt.²⁵ Quist komt tot deze conclusie na een analyse van de lagere rechtspraak rond de gezichtspuntencatalogi uit Van Hese/De Schelde²⁶ en Schrijver/Van Essen^{27,28}. **[p. 273]** Ook andere onderzoekers die de toepassing van een bepaalde gezichtspuntencatalogus hebben bestudeerd, concluderen dat de lagere rechtspraak weinig consistent is.²⁹ Toch is er ook jurisprudentie-onderzoek dat de andere kant op wijst. Wolters komt ten aanzien van de toetsing van boetebedingen aan de hand van artikel 6:233 sub a BW tot de conclusie dat in de lagere rechtspraak een behoorlijke mate van consistentie bestaat.³⁰

Wat al deze onderzoeken met elkaar gemeen hebben, is dat de toepassing in de lagere rechtspraak van een *bepaalde* catalogus wordt onderzocht; er wordt dus geen vergelijking gemaakt tussen verschillende typen catalogi of varianten van een catalogus. Of een gezichtspuntencatalogus meer sturing biedt indien hij anders is vormgegeven, valt uit dit onderzoek niet af te leiden.

2.3 De gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde

Als basis voor een onderzoek naar de sturing van gezichtspuntencatalogi lijkt met name de catalogus die de Hoge Raad heeft geformuleerd in het arrest Van Hese/De Schelde geschikt.³¹ Ten eerste gaat

²³ J.H. Verdonchot, *Sharing rules that work: Developing law as practical and concrete guidelines for fair sharing* (diss. Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 69-73.

²⁴ Quist 2014, p. 92-93.

²⁵ Quist 2014, p. 551-560, p. 570.

²⁶ HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen onder NJ 2000/431 (*Van Hese/De Schelde*).

²⁷ HR 12 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2849, NJ 1999/643, m.nt. P.A. Stein.

²⁸ Zie hoofdstuk 5 resp. hoofdstuk 6 van zijn dissertatie.

²⁹ Zie bijvoorbeeld enkele bijdragen in de bundel S.D. Lindenbergh & H.N. Schelhaas (red.), *Precies privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016: J.W. Silvius, 'Voordeelstoerekening volgens het arrest Verhaeg/Jenniskens. Duidelijkheid of debat?', p. 45-66; D.W.E. Urbanus, 'Het onaanvaardbare exoneratiebeding bij opzet of bewuste roekeloosheid. Alle omstandigheden van het geval versus rechtszekerheid', p. 91-111; P.F. Salome, 'Derdenwerking van exoneratiebedingen. Naar een preciezer leerstuk?', p. 113-136.

³⁰ P.T.J. Wolters, 'De toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden. Consistentie in de lagere rechtspraak?', *RM Themis* 2017, p. 116-128. Zie voorts het onderzoek van Wolters naar de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde, besproken in par. 2.3.

³¹ HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen onder NJ 2000/431 (*Van Hese/De Schelde*).

het om een catalogus die uit relatief veel factoren bestaat; de Hoge Raad noemt zeven gezichtspunten, waarvan het eerste gezichtspunt in twee afzonderlijke gesplitst kan worden. Voorts bestaat in de literatuur veel kritiek op deze catalogus vanwege de onvoorspelbare jurisprudentie waartoe hij aanleiding zou geven.³² Ten slotte biedt eerder onderzoek concrete handvatten voor een beperking van het aantal gezichtspunten van deze catalogus.

Het arrest Van Hese/De Schelde draait om de problematiek van verjaring in geval van mesothelioom. Mesothelioom is een ziekte die veroorzaakt wordt door blootstelling aan asbest en die zich vaak pas meer dan dertig jaar na de blootstelling openbaart; de verjaringstermijn van een vordering tot schadevergoeding is dan al verstreken. Uit het arrest Van Hese/De Schelde blijkt dat in een dergelijk geval een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Om te beoordelen of dit daadwerkelijk zo is, heeft de Hoge Raad de volgende gezichtspunten geformuleerd:

- a. of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;
- b. in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;
- c. de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- d. in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
- e. of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
- f. of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;
- g. of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.³³

In het meer recente arrest Heijnen/Maersk bevestigt de Hoge Raad dat met inachtneming van alle omstandigheden van het geval aan de hand van deze gezichtspunten beoordeeld moet worden of de verjaringstermijn in het concrete geval opzij gezet dient te worden.³⁴ Wel is opvallend dat de Hoge Raad in deze zaak zélf de gezichtspunten tegen elkaar lijkt af te wegen.³⁵

Er is veel jurisprudentie-onderzoek gedaan naar de toepassing van deze catalogus in de lagere rechtspraak. In de vorige paragraaf is het onderzoek van Quist al besproken. Daarnaast hebben ook Hebly en Lindenbergh de lagere rechtspraak geanalyseerd. Zij komen, net als Quist, tot de conclusie

³² Zie bijvoorbeeld Quist 2014, p. 403-405; M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesothelioomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde, *AV&S* 2013/18, par. 11; Zie voor een overzicht van de kritiek in de literatuur de conclusie van A-G Hartlief voor het arrest Heijnen/Maersk, HR 24 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2016:1330, *NJ* 2017/313, m.nt. J. Spier, nr. 4.24-4.25.

³³ HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, *NJ* 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen onder *NJ* 2000/431 (*Van Hese/De Schelde*), r.o. 3.3.3.

³⁴ HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, *NJ* 2017/313, m.nt. J. Spier (*Heijnen/Maersk*), r.o. 3.3.8.

³⁵ HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, *NJ* 2017/313, m.nt. J. Spier (*Heijnen/Maersk*), r.o. 3.7. Vgl. C.E. Drion, 'Redelijkheid en billijkheid revisited', *NJB* 2017/719.

dat door rechters vaak een verschillend gewicht wordt toegekend aan de afzonderlijke gezichtspunten en dat bepaalde omstandigheden zowel ten gunste als ten nadele van de doorbreking van de verjaring kunnen worden meegewogen. Zij pleiten er daarom voor om ten minste een globale hiërarchie aan te brengen in de gezichtspuntencatalogus.³⁶

Wolters daarentegen komt, op basis van een analyse van de rechtspraak, tot een andere conclusie. Hij bestrijdt de visie in de literatuur dat het gewicht dat de lagere rechtspraak aan de verschillende omstandigheden verbindt, niet consequent is. In zijn artikel laat hij zien dat het mogelijk is om een 'vast gewicht' te koppelen aan de bij de gezichtspunten behorende omstandigheden; met deze vaste gewichten kan [p. 274] de uitkomst van alle door hem onderzochte uitspraken worden verklaard.³⁷

Hoewel de conclusies van Wolters op het eerste gezicht in scherp contrast lijken te staan met die van Quist en Hebly & Lindenbergh, is deze tegenstelling bij nadere beschouwing minder groot dan zij lijkt.³⁸ Ten eerste kent Wolters aan een bepaalde omstandigheid een gewicht toe dat niet gebaseerd is op het gewicht dat de rechter *zelf* blijkens zijn motivering zegt toe te kennen aan deze omstandigheid.³⁹ Of er sprake is van consistentie in het gewicht dat rechters *blijkens hun motivering* aan bepaalde omstandigheden koppelen, heeft Wolters bewust niet onderzocht.⁴⁰

Voorts geeft Wolters aan dat zijn conclusie dat er sprake is van consistentie in het gewicht dat rechters toekennen, nog niet betekent dat de *uitkomst* van een procedure over de verjaring van een mesotheloomvordering gemakkelijk te voorspellen is. In zijn artikel gebruikt hij het begrip 'omstandigheid' in de zin van 'een door de rechter gemaakte waardering van de vastgestelde achterliggende feiten in het licht van een van de gezichtspunten'.⁴¹ Een omstandigheid is bijvoorbeeld de vaststelling dat sprake is van zware verwijtbaarheid. Deze vaststelling vergt echter een waardering van de feiten door de rechter. Ook volgens Wolters geschiedt deze waardering niet steeds consequent.⁴²

In de literatuur is men het er kortom over eens dat de *uitkomst* van een procedure waarin een afweging op grond van de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde moet worden gemaakt, moeilijk te voorspellen is. Ook op een ander punt komen Hebly & Lindenbergh enerzijds en Wolters anderzijds tot conclusies die met elkaar in lijn zijn. Hebly & Lindenbergh constateren dat de gezichtspunten c (de verwijtbaarheid), e (de mogelijkheid tot verweer) en g (het voortvarendheidsvereiste) het meest bepalend lijken voor het uiteindelijke oordeel met betrekking tot verjaring. De andere gezichtspunten worden volgens hen doorgaans van minder belang geacht door feitenrechters.⁴³ Dit belang van de gezichtspunten c, e en g komt ook naar voren uit de analyse die Wolters heeft gemaakt van de lagere jurisprudentie. Wolters identificeert een aantal 'harde omstandigheden': indien één van deze omstandigheden zich voordoet, leidt dit in alle onderzochte

³⁶ Hebly & Lindenbergh 2013, par. 11

³⁷ Bijv. P.T.J. Wolters, 'Het vaste gewicht van de gezichtspunten van *Van Hese/De Schelde*', *AV&S* 2015/3, p. 18, p. 15-25.

³⁸ Vgl. ook M.R. Hebly, 'Opnieuw de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde; een reactie op de analyse van Wolters', *AV&S* 2015/21, par. 4; P.T.J. Wolters, 'Naschrift. Feiten, omstandigheden, waarderingen en totaalafwegingen', *AV&S* 2015/22, par. 3 en 4.

³⁹ Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat de rechter aangeeft een bepaalde omstandigheid als neutraal mee te wegen, terwijl Wolters deze omstandigheid wel vóór of tegen het opzij zetten van de verjaringstermijn laat pleiten. Een voorbeeld is Ktr. Rotterdam 22 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP8595. De rechter geeft in zijn motivering aan dat de gezichtspunten a (soort schade en aan wie komt de vergoeding toe) en g (het voortvarendheidsvereiste) in de totale afweging als neutraal zijn meegewogen (zie r.o. 5.23). Wolters laat de omstandigheden behorende bij deze gezichtspunten echter gewicht leggen in de schaal van het opzij zetten van de verjaringstermijn. Zie Wolters 2015/3, p. 21.

⁴⁰ Wolters 2015/3, p. 15.

⁴¹ Wolters 2015/22, par. 2.

⁴² Wolters 2015/3, p. 23-24.

⁴³ Hebly & Lindenbergh 2013, par. 11.

zaken steeds tot dezelfde conclusie (wel of geen doorbreking van de verjaringstermijn).⁴⁴ Bij deze 'harde omstandigheden' gaat het telkens om omstandigheden die vallen onder de gezichtspunten c, e of g. Ook in het arrest Heijnen/Maersk gaven gezichtspunten c en e de doorslag. De Hoge Raad overweegt dat aan de gezichtspunten c en e in dit geval zoveel meer gewicht toekomt dan aan de overige gezichtspunten, dat het beroep op art. 6:2 lid 2 BW niet kan slagen.⁴⁵

3. Experiment

3.1 Inleiding; hypotheses

Eerder onderzoek laat zien dat de toepassing van de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde tot weinig voorspelbare resultaten leidt. Daarnaast biedt dit eerdere onderzoek concrete handvatten voor een beperking van deze gezichtspuntencatalogus, nu hieruit naar voren komt dat de gezichtspunten c, e en g in de lagere rechtspraak over het algemeen als de belangrijkste worden gezien. Voor ons kwam hieruit de vraag naar voren: wat zou er gebeuren als de gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde zouden worden beperkt tot die drie? Zou dat leiden tot een betere sturing van de oordeelsvorming van de beslisser en dus tot meer voorspelbare resultaten?

Er zijn helaas weinig realistische mogelijkheden om die vragen op empirische wijze te bestuderen. Uit bestaand rechtspraakonderzoek valt het antwoord in elk geval niet te destilleren en het invoeren van experimentele rechtspraak op dit punt is begrijpelijkerwijs onbespreekbaar. Het interviewen van rechters over deze materie zou weliswaar interessante inzichten kunnen opleveren, maar een mening of houding is nog niet hetzelfde als gedrag. Daarom hebben wij ervoor gekozen om zelf een experiment uit te voeren, waarmee het mogelijk is om verschillende factoren te manipuleren en aldus een valide meting te verrichten van het effect van die manipulatie. Als het waar is, zoals in de besproken literatuur soms wordt gesuggereerd, dat het terugbrengen van het aantal gezichtspunten waar een beslisser mee moet werken, leidt tot een duidelijker sturing van het beslissingsproces, dan moet de verwachting zijn dat beslissers die met een beperkte catalogus werken niet of nauwelijks acht slaan op feiten en omstandigheden die *buiten* deze catalogus liggen. Zelfs al staat het beslissers vrij om acht te slaan op overige feiten en omstandigheden, dan nog verwachten wij dat zij met name zullen letten op de feiten en omstandigheden die behoren bij de hun gegeven factoren. Deze verwachting specificeren we in de volgende twee hypotheses:

- indien de feiten en omstandigheden die buiten de beperkte catalogus vallen sterk in een bepaalde richting [p. 275] wijzen, dan zullen beslissers met een beperkte catalogus minder in die richting beslissen dan beslissers die werken met een ruime catalogus (hypothese 1a) ;
- een verandering in de feiten en omstandigheden die buiten de beperkte catalogus vallen, zal geen of nauwelijks effect hebben op de oordelen waartoe beslissers met een beperkte catalogus komen, terwijl deze verandering *wel* effect heeft op de oordelen van beslissers die werken met een ruime catalogus (hypothese 1b).

Ook op een andere manier kan de sturende werking van een beperkte catalogus worden onderzocht. Indien deze catalogus meer stuurt, zou het voor beslissers gemakkelijker moeten zijn om tot een

⁴⁴ Wolters 2015/3, p. 18, p. 19-20.

⁴⁵ HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, NJ 2017/313, m.nt. J. Spier (*Heijnen/Maersk*), r.o. 3.7. De vraag is hoeveel betekenis dit oordeel heeft voor andere zaken. Volgens Spier geeft dit arrest duidelijkheid over de relatieve zwaarte van de verschillende criteria (zie zijn noot onder het arrest, nr. 4). Anderen concluderen juist dat de Hoge Raad in dit arrest geen rangorde in de gezichtspunten heeft willen aanbrengen. Zie bijvoorbeeld Drion 2017; Quist in zijn noot onder het arrest, JAR 2017/72; Ettema in zijn noot, JIN 2017/108.

beslissing te komen. Sturing suggereert daarnaast ook een convergerende werking op de beslisser. Dat zou dus inhouden dat de verschillen in beslissingen onderling minder groot zullen zijn tussen beslissers die werken met een beperkte catalogus dan tussen beslissers die met een ruime catalogus werken, dat die beslissingen meer uitgesproken in een bepaalde richting neigen en dat deze beslissers zich in hun beslissing meer gestuurd of ondersteund voelen. Dat is dan ook onze tweede hypothese, die we als volgt specificeren:

- Beslissingen van de groep die werkt met een beperkte catalogus vertonen minder variatie (hypothese 2a) en zijn meer uitgesproken (hypothese 2b) dan die van de groep die werkt met een ruime catalogus;
- De groep die werkt met een beperkte catalogus vindt de aan hen aangereikte gezichtspunten behulpzamer bij het beslissen dan de groep met een ruime catalogus (hypothese 2c).

3.2 Opzet

Om onze hypothesen te toetsen, ontwikkelden wij een experiment aan de hand van een 'basiscasus'.

Het draait in de casus steeds om dhr. Janssen die tussen 1963 en 1972 als timmerman in dienst was geweest van SGK, waarbij hij gedurende het gehele dienstverband aan asbeststof was blootgesteld. In mei 2016 werd bij Janssen mesothelioom vastgesteld. Een half jaar na ontdekking stelde hij zijn vordering tot schadevergoeding in (snel dus). Tijdens de procedure komt Janssen te overlijden.

Het experiment draaide om de manipulatie van twee factoren. De manipulatie van de twee factoren levert een zogenaamd 'twee bij twee' ontwerp op (*2 catalogus varianten x 2 feiten varianten*).

De eerste factor in het experiment betreft manipulatie in de *gezichtspuntencatalogus* die de beslissers dienden te hanteren. Wij maakten twee versies van de gezichtspuntencatalogus: de 'ruime' en de 'beperkte' catalogus. Bij de ruime catalogus kregen de beslissers alle acht gezichtspunten te zien (dat wil zeggen: de zeven gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde waarbij gezichtspunt a voor de overzichtelijkheid in twee afzonderlijke gezichtspunten was gesplitst) en moesten zij deze in hun overwegingen betrekken. Bij de 'beperkte' catalogus waren dit er slechts drie, namelijk de mate van verwijtbaarheid, de mogelijkheid tot verweer en het voortvarendheidsvereiste.

De tweede factor die werd gemanipuleerd in het experiment betreft de *feiten* in de casus. Daarvan maakten wij twee versies. Deze manipulatie was nodig om onze hypothese te toetsen dat een verandering van de omstandigheden die buiten de beperkte catalogus vallen, geen invloed heeft op de oordelen waartoe de groep die werkt met de beperkte catalogus komt (*hypothese 1b*). Slechts *die* feiten die zagen op gezichtspunten die enkel voorkwamen in de ruime catalogus – en dus niet in de beperkte – werden dan ook gemanipuleerd. We maakten een 'neutrale' en een 'extreme' versie van deze feiten. In de 'extreme' versie werden deze feiten zodanig gemanipuleerd dat zij bij toetsing aan de gezichtspuntenleer sterk in de richting van *niet*-doorbreking wijzen: (1) de vordering betreft enkel smartengeld; (2) de schadevergoeding zou toekomen aan een achterlicht; die (3) bovendien een geldsom uit levensverzekering heeft ontvangen wegens het overlijden van Janssen; (4) de werkgever behoefde geen rekening te houden met de claim; (5) de werkgever is niet verzekerd tegen aansprakelijkheid. Al deze feiten bij de 'extreme' versie zijn een aanwijzing die tégen het opzij zetten van de verjaringstermijn pleit. Door middel van deze 'extreme' versie konden wij ook onze hypothese 1a toetsen: indien de feiten en omstandigheden die buiten de beperkte catalogus vallen sterk in een bepaalde richting wijzen, zullen beslissers met de beperkte catalogus naar onze verwachting minder

in die richting beslissen dan beslissers met een ruime catalogus. Bij de 'neutrale' versie betreft de vordering zowel materiële schade als smartengeld; de vergoeding zou aan echtgenote en kinderen toekomen en het was onzeker of de nabestaanden nog op andere wijze vergoeding konden verkrijgen; bovendien diende de werkgever rekening te houden met mogelijke claims maar niet met deze specifieke, en was er in elk geval een gedeeltelijke verzekeringsdekking.

Voor het overige waren de feiten identiek bij de twee versies.

Het is van belang te benadrukken dat de feiten in de casus die op de *drie* gezichtspunten van de *beperkte* catalogus zagen, zoals gezegd *niet* werden gemanipuleerd. Deze feiten waren óf neutraal geformuleerd (de mate van verwijtbaarheid) óf wezen in de richting van doorbreking (de mogelijkheid tot verweer en het voortvarendheidsvereiste):

- De werkgever heeft verwijtbaar gehandeld door onvoldoende veiligheidsmaatregelen te nemen; van grove schuld is echter geen sprake.
- Ondanks het feit dat het al lang geleden is dat de heer Janssen in dienst was, heeft de werkgever voldoende mogelijkheden om zich te verweren tegen de vordering van de heer Janssen. De belangrijkste personen die als getuige zouden kunnen optreden over de arbeidsomstandigheden, zijn nog in leven.
- Een half jaar na ontdekking van de ziekte heeft de heer Janssen zijn vordering tot schadevergoeding ingesteld. [p.276]

De deelnemers aan het experiment, de beslissers in dit onderzoek, werden gerandomiseerd toegewezen aan één van de vier versies van het experimenteel materiaal in dit ontwerp. Dankzij die randomisering kunnen er geen *systematische* verschillen tussen de experimentele groepen bestaan die van invloed zouden kunnen zijn op de uitkomsten.

We stelden vervolgens een aantal vragen aan de respondenten over het al dan niet opzij zetten van de verjaringstermijn. Daarnaast vroegen we om een 'top drie' te maken van de belangrijkste gezichtspunten en om in algemene zin aan te geven in hoeverre de gezichtspunten behulpzaam waren bij het nemen van een beslissing.⁴⁶ De respondenten kregen ook de gelegenheid om opmerkingen op te schrijven over de taak die ze gesteld was.

3.3 Uitkomsten

Om de uitkomsten van het experiment goed te kunnen begrijpen, is het nodig te beseffen dat empirisch onderzoek altijd beperkingen kent. Op deze beperkingen wordt hieronder, in paragraaf 4.2, ingegaan.

Het experiment werd uitgevoerd onder eerstejaars rechtenstudenten in Groningen en Leiden (n=298).⁴⁷ We kozen voor eerstejaars studenten omdat het van belang was dat er geen voorkennis van de verjaringsrechtspraak bij de respondenten aanwezig was; de invloed die van die kennis zou uitgaan, wilden we vermijden.

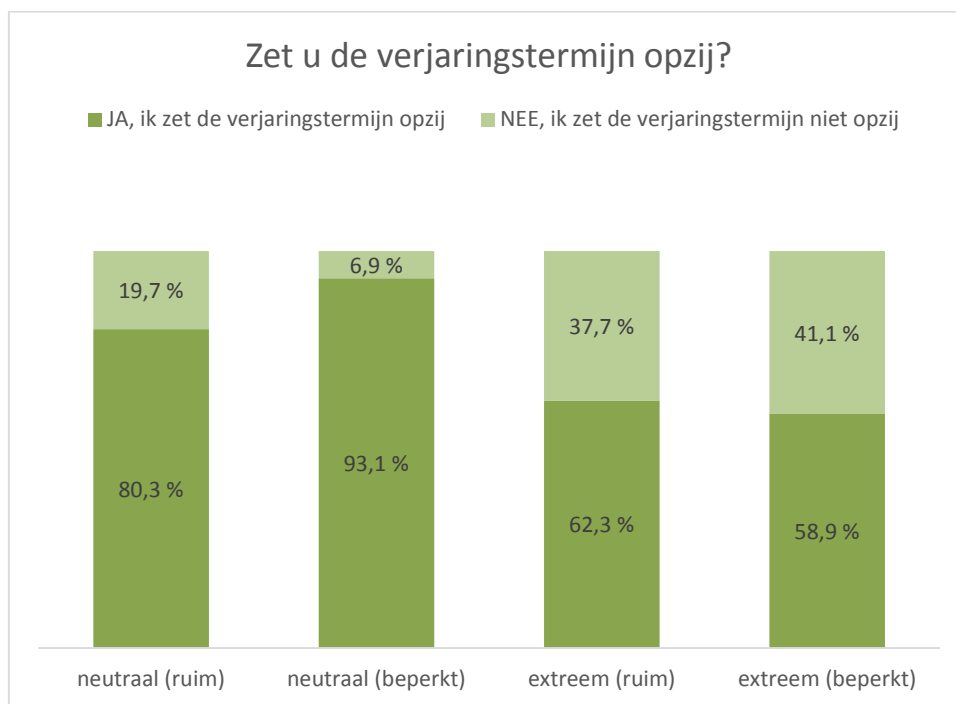
De uitkomsten zijn als volgt. Allereerst stellen we vast dat de werkgever op het eerste gezicht op weinig sympathie van onze respondenten kon rekenen. In alle varianten blijkt de meerderheid van de

⁴⁶ Respondenten konden in een open tekstvak desgewenst hun antwoorden toelichten.

⁴⁷ Van de 303 ingevulde formulieren werden er 5 terzijde gelegd omdat ze niet volledig waren ingevuld of respondenten steeds hetzelfde alternatief hadden gekozen. Op beide locaties werd de toewijzing aan een van de vier versies van het experimenteel materiaal gerandomiseerd.

respondenten vóór doorbreken; op de vraag ‘Zet u de verjaringstermijn opzij’ antwoordde 74% met ‘JA, ik zet de verjaringstermijn opzij’.⁴⁸ De keuze ‘wel of niet opzij zetten van de verjaring’ verschilde niet significant tussen de groepen die met een beperkte en ruimere catalogus werkten (3 gezichtspunten vs. 8 gezichtspunten).⁴⁹

Kijken we echter naar het verschil tussen de respondenten die de ‘extreme’ feiten zagen en hen die de ‘neutrale’ feiten zagen, dan zien we wel verschillen in het doorbrekingsoordeel. Het blijkt dat de respondenten die de ‘extreme’ feiten zagen, aanzienlijk minder vaak kiezen voor doorbreking. Zoals Figuur 1 laat zien, is het verschil tussen het doorbrekingsoordeel tussen de ‘neutrale’ en de ‘extreme’ feiten substantieel.⁵⁰ Dat laatste bevestigt dat onze experimentele manipulatie van de feiten werkt.



Figuur 1: Percentages doorbreking naar variant van de feiten en variant van de gezichtspuntencatalogus

Wij hebben vervolgens de antwoorden onderzocht op de vraag ‘In welke mate vindt u dat de wettelijke verjaringstermijn in dit geval opzij gezet moet worden?’. De beslissers konden bij de hun voorgelegde casus en variant van gezichtspuntencatalogus een antwoord geven op een 10 puntschaal waarbij 1 ‘zeker niet’ en 10 ‘zeker wel’ betekent. In Tabel 1 staan de gemiddelde antwoorden op die vraag voor iedere variant van het onderzoeksmateriaal.

⁴⁸ 219 van de 298 respondenten (73,5%) was voor doorbreking. Het gaat hier om de antwoorden op de vraag ‘Na wikken en wegen moet u de knoop doorhakken en tot een oordeel komen. Zet u de verjaringstermijn opzij?’ met als antwoord ja of nee.

⁴⁹ We hebben, aan de hand van een Chi-kwadraat toets, onderzocht of verschillen tussen de groepen op toeval zouden kunnen berusten, en dus niet statistisch significant zijn. De toets wijst uit dat verschillen tussen de groepen niet van toeval te onderscheiden zijn: χ^2 (df=1, N=298) = 0.82, $p = .43$. Er is dan ook geen statistisch significante samenhang (correlatie) gevonden tussen de keuze voor het wel of niet opzij zetten van de verjaring en het werken met een beperkte of ruimere catalogus: Spearman’s rho=.05, $p = .368$.

⁵⁰ De Chi-kwadraat toets laat zien dat de geconstateerde verschillen niet aan toeval zijn te wijten: χ^2 (df=1, N=298) = 25.49, $p < .001$. Er is sprake van een matige samenhang: Spearman’s rho=0.29, $p < 0.01$.

Tabel 1. Mate waarin verjaringstermijn opzij gezet moet worden naar variant van de feiten en variant gezichtspuntencatalogus. (Gemiddelden, Standaarddeviaties, en aantallen respondenten (N)).⁵¹

		Gezichtspuntencatalogus		
		Ruim	Beperkt	Totaal
Feiten	Neutraal	6.95 (1.35)	7.22 (1.42)	7.08 (1.38) N=148
	Extreem	6.04 (1.76)	5.89 (1.55)	5.97 (1.66) N=150
	Totaal	6.49 (1.63) N=153	6.55 (1.62) N=145	

[p.277] De tabel laat zien dat vooral de manipulatie in feiten in de casus tot verschillen leidt in de mate waarin men vindt dat de verjaringstermijn opzij gezet moet worden. In de casus met neutrale feiten is dat 7.08, terwijl dat in de extreme casus 5.97 is. Dit is een statistisch significant verschil.⁵² Dit verschil tussen de beoordeling van neutrale feiten en extreme feiten wordt niet noemenswaardig beïnvloed door de manipulatie van de gezichtspuntencatalogus die de beslisser hanteerde.⁵³ Tabel 1 laat ook zien dat er sowieso geen noemenswaardig verschil is tussen hanteren van de ruime en van de beperkte gezichtspuntencatalogus voor het antwoord op de vraag naar de mate waarin de verjaringstermijn opzij gezet moet worden (respectievelijk 6.49 en 6.55).⁵⁴ Deze bevindingen bevestigen hetgeen wij aan de hand van Figuur 1 hierboven constateerden.

Deze 'globale' beschouwing van de resultaten suggereert reeds dat onze hypothesen niet bevestigd zullen kunnen worden. Zowel aan onze eerste als aan onze tweede hypothese ligt immers de veronderstelling ten grondslag dat het type catalogus waarmee gewerkt wordt, ertoe doet. Indien we de resultaten specifiek bekijken met het oog op de afzonderlijke hypothesen, dan wordt dit beeld bevestigd.

Voor hypothese 1a moet worden gekeken naar de uitkomsten in de extreme casus. In deze casus wezen, als gezegd, de feiten die buiten de beperkte catalogus vielen sterk in de richting van instandhouding van de verjaringstermijn. Onze verwachting was dat deelnemers die werkten met de beperkte catalogus minder in de richting van instandhouding zouden beslissen, nu zij immers niet op deze extreme feiten hoefden te letten, dan deelnemers die werkten met de ruime catalogus. Deze verwachting komt niet uit. Zelfs een iets *hoger* percentage in de groep met de beperkte catalogus kiest voor instandhouding van de verjaringstermijn dan in de groep met de ruime catalogus (respectievelijk 41,1% en 37,7%). Ook gevraagd naar de mate waarin de verjaringstermijn opzij gezet moet worden, neigen beslissers met de beperkte catalogus gemiddeld genomen juist iets *meer* in de richting van instandhouding dan beslissers met de ruime catalogus (respectievelijk 5.89 en 6.04).

⁵¹ De standaarddeviatie is een statistische maat voor de mate van spreiding tussen de antwoorden binnen een groep.

⁵² $F(1, 294)=39.93, p<.001$.

⁵³ Er is, technisch geformuleerd, geen interactie tussen de twee gevarieerde factoren: $F(1, 294)=1.34, p=0.25$.

⁵⁴ $F(1, 294)=0.10, p=0.75$.

Onze verwachting was voorts dat een verandering in de feiten en omstandigheden die buiten de beperkte catalogus vallen, geen of nauwelijks effect zou hebben op de oordelen waartoe beslissers met een beperkte catalogus komen (hypothese 1b). Ook hiervoor bieden de resultaten geen ondersteuning. Koos in de neutrale casus 93,1% van de beslissers met de beperkte catalogus voor doorbreking, in de extreme casus was dit nog maar 58,9%. Ook gevraagd naar de mate waarin deze groep vindt dat de verjaringstermijn opzij gezet moet worden, is de score in de neutrale casus duidelijk hoger dan in de extreme casus (respectievelijk 7.22 en 5.89).

De conclusie is dus dat de hypothesen 1a en 1b niet bevestigd en dus verworpen worden. Beslissers die werken met een beperkte catalogus lijken wel degelijk acht te slaan op feiten en omstandigheden die buiten deze catalogus vallen.

Wat betreft de tweede hypothese verwachtten we dat beslissingen van de groep die werkt met de beperkte catalogus ongeacht het casustype minder variatie vertonen (hypothese 2a) en meer uitgesproken in een bepaalde richting neigen (hypothese 2b) dan die van de groep die werkt met de ruime catalogus; ook verwachtten we dat de eerstgenoemde groep de aan hen aangereikte gezichtspunten behulpzamer vindt bij het beslissen dan de groep met een ruime catalogus (hypothese 2c).

Als we de groepen die moesten werken met de 'beperkte' en de 'ruime' catalogus vergelijken, vinden we geen verschil in de spreiding van de antwoorden op de vraag in welke mate de verjaring opzij gezet moet worden.⁵⁵ Daarmee is hypothese 2a verworpen. Figuur 1 (zie eerder) laat zien dat als we alleen kijken naar de 'neutrale' versie van de casus, er wél een verschil is te zien in het percentage 'wel en niet opzijzetten' tussen de groepen die werkten met de ruime en de beperkte catalogus (80,3 tegenover 93,1%). Daar lijkt de groep met de beperkte catalogus dus wel iets uitgesprokener te kiezen voor het opzij zetten van de verjaringstermijn. Gevraagd naar de mate waarin de verjaringstermijn opzij gezet moet worden, beslist de groep met de beperkte catalogus ook iets uitgesprokener in de richting van opzij zetten, maar het verschil tussen beide groepen is beperkt; de score is 6.95 (ruime catalogus) tegenover 7.22 (beperkte catalogus). Nu voorts geldt dat deze verschillen niet terug te zien zijn bij de 'extreme' casus, moeten we hypothese 2b verwerpen. Bij de vraag in hoeverre de gezichtspunten behulpzaam waren, zien we een klein verschil tussen de groepen, maar niet in de voorspelde richting: de groep met de 'ruime catalogus' vond de gezichtspunten juist behulpzamer dan de groep met de 'beperkte catalogus'.⁵⁶ Ook hypothese 2c moet worden verworpen.

Ten slotte nog dit. We vroegen aan de beslissers om een 'top drie' samen te stellen van de gezichtspunten die het belangrijkste waren voor hun beslissing. Wij bespreken hier welk van de gezichtspunten het vaakst op de eerste plaats in de rangorde werd gezet. Voor de groep die met een beperkte catalogus werkte ($n=145$), was dat een overzichtelijke taak; aan hen werden immers slechts drie gezichtspunten voorgelegd. De mate van verwijtbaarheid werd door hen het vaakst op nummer 1 in de rangorde van drie gezet (73%), gevolgd door het voortvarendheidsvereiste (17% plaatste dit gezichtspunt op de eerste plek), en de mogelijkheid tot verweer werd door 10% van de beslissers het belangrijkste gevonden. **[p. 278]** Voor de groep die met een ruime catalogus werkte ($n=153$) werd het gezichtspunt 'de mate van verwijtbaarheid' eveneens het vaakst op de eerste plaats gezet (door 62% van de deelnemers). Die eerste plek werd op afstand gevolgd door 'aan wie komt de vergoeding toe' (12%). En door slechts 6% van de beslissers werd 'andere mogelijkheid tot vergoeding' of (ex aequo)

⁵⁵ Bij de 'beperkte' catalogus $Sd = 1.62$; bij de 'ruime' catalogus $Sd = 1.63$.

⁵⁶ Bij de 'beperkte' catalogus ($n=144$): $M=6.70$, $sd = 1.46$; bij de 'ruime' catalogus ($n=152$): $M=7.04$, $sd = 1.33$; verschil significant; $t(294) = -2.11$, $p=.035$. Merk op dat bij de vraag naar behulpzaamheid van de gezichtspunten, de spreiding (standaarddeviatie) bij de groep met de 'beperkte' catalogus bovendien groter is.

‘moest aangesprokene rekening houden met aansprakelijkheid’ het belangrijkste gevonden. In de groep met de ruime catalogus werd voorts de mogelijkheid tot verweer slechts door 0,7% van de deelnemers op de eerste plek in de rangorde gezet, en dat was 5,2% voor het voortvarendheidsvereiste. Tussen beide catalogusvarianten lijkt er dus vooral overeenstemming te bestaan over het belang van de mate van verwijtbaarheid.

4. Discussie

4.1 Implicaties

De resultaten van dit experiment wijzen er niet op dat een beperkte gezichtspuntencatalogus meer sturing biedt dan een ruime. Noch hypothese 1, noch hypothese 2 kon worden bevestigd. Beslissers die met een beperkte catalogus werkten, sloegen wel degelijk acht op omstandigheden die buiten de catalogus liggen. Ook kon niet worden bevestigd dat de beslissingen in de groep met de beperkte catalogus minder variatie vertoonden en meer uitgesproken waren dan in de groep met de ‘ruime’ catalogus. De groep die werkte met een beperkte catalogus vond de aan hen aangereikte gezichtspunten catalogus bovendien minder behulpzaam bij het geven van een oordeel dan de groep met de ruime catalogus.

Het is daarmee de vraag of een beperking van het aantal gezichtspunten een goede methode is om het probleem aan te pakken dat gezichtspuntencatalogi weinig sturing bieden. In dit onderzoek leidde de beperking in elk geval niet tot eenduidiger resultaten. De voorspelbaarheid van beslissingen lijkt door een beperking kortom niet te worden verbeterd. Sterker nog: een beperkte catalogus zou voor rechtszoekenden zelfs misleidend kunnen werken waardoor zij hun kansen in een procedure verkeerd inschatten. Een beperkte catalogus zou bij rechtszoekenden immers de suggestie kunnen wekken dat *enkel* – of in ieder geval: *met name* – de daarin opgenomen omstandigheden van belang zijn voor de beoordeling van het geschil. In dit experiment lieten beoordelaars zich kennelijk sterk leiden door andere omstandigheden dan die relevant waren voor de gezichtspunten die waren aangereikt.

Als we de uitkomsten van dit experiment mogen doortrekken naar de ‘echte rechtszaal’, dan duiden ze er voorts op dat het voor partijen in een civiele procedure een lonende strategie is om steeds zoveel mogelijk feiten en omstandigheden die mogelijk in hun voordeel zijn aan te voeren, ook als deze feiten en omstandigheden niet rechtstreeks betrekking hebben op een van de gezichtspunten in de toepasselijke catalogus. Het kan immers goed zijn dat de rechter hierdoor tóch wordt beïnvloed. Daarmee is het meteen de vraag of een beperking van het aantal gezichtspunten in een catalogus zal leiden tot efficiëntere procedures.⁵⁷ Zo lang het lonend is (of lijkt) om extra informatie aan te voeren, zullen processtukken door een beperking van het aantal gezichtspunten niet korter worden.

De resultaten van dit experiment roepen ten slotte meer in zijn algemeenheid de vraag op wat de invloed is van de beslissingsmaatstaf op de beoordeling van civielrechtelijke geschillen. Wordt deze invloed niet overschat? De casus deed ertoe, het type catalogus niet. In dit experiment vielen de verschillen in uitkomst ook niet terug te voeren op een interactie tussen het type casus (neutraal/extreem) en de catalogus (beperkt/ruim). Wel is het zo dat in dit experiment twee maatstaven tegen elkaar werden afgezet die relatief veel op elkaar leken. Alle beslissers kregen een gezichtspuntencatalogus, waarbij het enige verschil was dat de ene catalogus ruimer was dan de andere. Nader onderzoek is nodig om te kunnen vaststellen wat de invloed is van *andere* typen

⁵⁷ Zie hierboven par. 1.

maatstaven, zoals bijvoorbeeld open normen, vuistregels of strikte normen, op de beslissingen waartoe beoordelaars komen.

4.2 Beperkingen en mogelijk vervolgonderzoek

Bij de resultaten van dit onderzoek kunnen een aantal kanttekeningen worden geplaatst. De deelnemers aan het experiment waren eerstejaars rechtenstudenten. Hiervoor is bewust gekozen omdat deze studenten de 'echte' catalogus van de Hoge Raad nog niet kenden en zich hierdoor dus ook niet (onbewust) konden laten beïnvloeden. Mogelijk is echter dat rechters of andere juristen die ervaring hebben met het beoordelen van geschillen aan de hand van de toepasselijke normen, zich meer of anders door een beslissingsmaatstaf laten sturen dan studenten.

In het verlengde hiervan ligt de volgende kanttekening. Wij hebben ervoor gekozen om in de beperkte catalogus die gezichtspunten op te nemen, waarvan uit onderzoek blijkt dat zij *in de lagere jurisprudentie* over het algemeen als de meest belangrijke worden gezien. De gedachte is dat beoordelaars zich eerder zullen laten leiden door gezichtspunten die over het algemeen als belangrijk worden ervaren. Denkbaar is echter dat studenten *andere* gezichtspunten belangrijk vinden dan rechters. Een opvallende bevinding in dit verband is het geringe belang dat studenten hechtten aan de mogelijkheid tot verweer (gezichtspunt e). Immers, zoals hierboven besproken, in de groep die oordeelde aan de hand van de ruime catalogus, kwam dit gezichtspunt in minder dan 1% van de gevallen als belangrijkste uit de bus, terwijl dat voor de groep met de beperkte catalogus ook maar 10% was. De opmerkingen die studenten schriftelijk konden maken, illustreren het geringe belang dat studenten aan dit gezichtspunt [p. 279] hechtten.⁵⁸ Een verklaring hiervoor kan zijn dat deze studenten het vak burgerlijk procesrecht nog niet hadden gevolgd, waardoor zij wellicht weinig oog hadden voor bewijsrechtelijke kwesties. Voor dit onderzoek is vooral van belang dat gezichtspunt e niet het meest geschikt lijkt om studenten te sturen. Daarmee blijft mogelijk dat rechters of andere ervaren juristen zich *wel* meer zouden laten sturen door de – door ons geformuleerde – beperkte catalogus.

Een volgende kanttekening is dat in de enquête geen nadere uitleg stond over de betekenis van de verschillende gezichtspunten. Dit maakt het wellicht gemakkelijker voor studenten een eigen interpretatie aan deze gezichtspunten te geven, hetgeen het 'grabbelton-effect' vergroot. In een praktijksituatie wordt deze nadere 'uitleg' soms gegeven in de vorm van eerdere jurisprudentie. Indien uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat een termijn van maximaal twee jaar in beginsel als een redelijke termijn voor het instellen van de vordering wordt gezien,⁵⁹ wordt het lastiger voor een rechter om te oordelen dat iemand die een half jaar na ontdekking zijn vordering heeft ingesteld daarmee niet binnen een redelijke termijn heeft gehandeld.⁶⁰ Die indirecte sturing kende ons experiment uiteraard niet. Van belang is voorts dat studenten, anders dan rechters in een civiele procedure, in dit experiment geen motivering voor hun beslissing hoefden te geven. Dit maakte het

⁵⁸ Zo schrijft een student (nr. 247): 'Ik vind het alleen handig om te weten of de aangesprokene verwijtbaar heeft gehandeld. (...) [O]f de aangesprokene voldoende mogelijkheden heeft om zich te verweren tegen zo een (kwali)ke zaak, is zijn eigen probleem en zou dus niet uit moeten maken.' Een ander (nr. 217), schrijft: 'Heeft (...) [de aangesprokene] wel verwijtbaar gehandeld, dan doet punt 3 [gezichtspunt e, toevoeging auteurs] naar mijn mening niet ter zake. Hij kan er van alles tegen in brengen, maar het feit blijft dat hij verwijtbaar heeft gehandeld. De schade is dus aan hem toe te rekenen.' Zie ook nr. 200: 'Alleen de vraag over de verweringsmogelijkheden van aangesprokene snap ik niet goed. Ik begrijp daar de relevantie niet van.'

⁵⁹ Zie Hebly & Lindenbergh 2013, par. 9.3.

⁶⁰ Uit opmerkingen die studenten in vrije velden konden maken, blijkt dat sommigen een termijn van een half jaar onredelijk lang vonden.

voor hen kortom gemakkelijker om niet strikt vast te houden aan de hun gegeven beslissingsmaatstaf.

Ten slotte hebben wij in de instructie aan studenten weliswaar aangegeven dat de hun gegeven gezichtspunten in de beoordeling meegewogen *moesten* worden, maar hun niet expliciet verboden om omstandigheden die buiten de catalogus liggen in de beoordeling te betrekken. Dit is overeenkomstig de realiteit; de gezichtspunten in een catalogus zijn zoals gezegd nooit limitatief.⁶¹ Nader onderzoek zou dan ook kunnen ingaan op de vraag of door een expliciet verbod om andere omstandigheden in de beoordeling te betrekken, de beperkte catalogus wél een sturender werking krijgt.

5. Conclusie

In dit onderzoek stond de vraag centraal in hoeverre een beperking van het aantal gezichtspunten in een gezichtspuntencatalogus van invloed is op de sturing die een dergelijke catalogus biedt. Door middel van een experiment hebben wij getracht die vraag te beantwoorden. Wij vonden wel een effect van de gevarieerde feiten in de casus, maar geen effect van het type gezichtspuntencatalogus dat de beslisser diende te hanteren. Onze eerste hypothese was daarbij dat beslissers die met een beperkte catalogus werken, niet of nauwelijks acht zullen slaan op feiten en omstandigheden die buiten de catalogus liggen. Een tweede hypothese was dat de sturende werking van een beperkte catalogus ertoe leidt dat de beslissingen van de groep die werkt met deze beperkte catalogus minder variatie vertonen en meer uitgesproken zijn en dat deze groep de aan hen aangereikte gezichtspunten behulpzamer vindt. Beide hypothesen bleken in dit experiment niet houdbaar.

Het werken met beperktere gezichtspuntencatalogi lijkt daarmee niet de geschikte methode om het probleem aan te pakken dat gezichtspuntencatalogi te weinig sturing zouden bieden. Het onderzoek duidt er voorts op dat het voor partijen in een civiele procedure een lonende strategie kan zijn om steeds zoveel mogelijk feiten en omstandigheden die mogelijk in hun voordeel zijn aan te voeren, ook als deze feiten en omstandigheden geen betrekking hebben op een van de gezichtspunten uit de toepasselijke gezichtspuntencatalogus. Beoordelaars kunnen zich immers wel degelijk door dergelijke feiten en omstandigheden laten beïnvloeden. Voorts roept het onderzoek meer in zijn algemeenheid de vraag op of de invloed van de beslissingsmaatstaf op de beoordeling van civielrechtelijke geschillen niet wordt overschat. In ons onderzoek bleek in elk geval dat verschillen in uitkomst niet terug te voeren waren op een interactie van het type casus en de catalogus: de casus deed ertoe, het type catalogus niet.

⁶¹ Zie Quist 2014, p. 62-63.