

# De psychologie achter de waarschuwing: *Handle with care!*<sup>\*\*</sup>,<sup>1</sup>

Nr. 2

## 1. Inleiding

Over de meanderende wegen door de groene heuvels van zonnig Maine, in het noordoosten van de Verenigde Staten, rijdt een zilvergrijze Oldsmobile. Net linksaf geslagen, rijdend op de Route 136 North van Freeport naar Auburn, gaat de chauffeur bij het induiken van de zoveelste scherpe bocht over de top van de zoveelste heuvel, opeens op de rem staan. Gevraagd door de inzittende waarom er opeens op een compleet lege weg zo drastisch geremd moet worden, wijst de chauffeur slechts naar het groene bordje op 80 centimeter hoogte, rechts van de weg in de berm, met daarop de tekst: *'Caution: Blind Child'*.

In deze oratie gaat het over de waarschuwing in het algemene onrechtmatigedaadsrecht, omdat de waarschuwingsplicht vrij recent als een belangrijk type zorgplicht op de voorgrond getreden is. Tevens komt aan bod wat er in de toekomst door schrijver dezes aan onderzoek verricht zal gaan worden, en over de methode die daarbij gebruikt zal gaan worden. Ik begin kort met deze laatste twee thema's (par. 2) en kom dan terug op de waarschuwingsplicht, als een voorbeeld van het soort onderzoek dat verricht zal worden en van de (multidimensionale) methode van onderzoek die daarbij gehanteerd zal worden (par. 3-5). De belangrijkste lessen en conclusies daaruit, volgen in par. 6-8.

## 2. Toekomstig onderzoek

### 2.1. Inleiding

Alvorens specifiek in te gaan op de waarschuwingsplicht, wordt hierna eerst in een beperkt aantal steekwoorden een aantal toekomstige onderzoeksthema's voor het terrein van het aansprakelijkheidsrecht geschetst (par. 2.2), en wordt daarna de in deze bijdrage te hanteren methode uit de doeken gedaan (par. 2.3). Een eerste algemeen punt dat van belang is daarbij, is dat bij dat nog uit te voeren onderzoek weinig tijd besteed zal gaan worden aan de techniek en de specifieke dogmatiek van het recht. In plaats daarvan zal met iets meer afstand, en dus iets lossier van het geldende recht, de eigen visie op de ontwikkelingen en de 'grote lijnen' binnen deze twee vakgebieden geventileerd worden. Daarbij is het doel om de rechtspolitieke keuzes bloot te leggen die er elke dag gemaakt worden door de rechtsvormers in Nederland en elders, en om de argumenten te ex-

pliciteren die cruciaal zijn voor de beslissingen die zij nemen. Het richtpunt is derhalve, conform de opvattingen van Vranken uit zijn laatste Algemeen Deel, een rechtswetenschap die de dogmatiek anders, en vooral opener, benadert.

### 2.2. Wat?

Interessant om te onderzoeken op het vlak van het aansprakelijkheidsrecht is voor de komende tijd met name de ontwikkeling van dat vakgebied als geheel. Dat klinkt wellicht banaal, maar dat is het niet, want dit terrein heeft naar mijn mening een overkoepelende analyse nodig. Er wordt immers wel onderzoek gedaan naar de vele detailvragen rondom vele vormen van aansprakelijkheid, maar het grotere geheel wordt nog te weinig onder de loep genomen. Wat is bijvoorbeeld de richting die het aansprakelijkheidsrecht zou moeten inslaan en wie zou de richting moeten uitzetten?

Verder is het mijns inziens nodig om na te gaan denken over de creatie van wat ik noem het 'Periodiek Overleg van Rechtsvormers', een forum voor wetgever, rechter én doctrine tezamen, teneinde de grote juridische en maatschappelijke thema's van onze tijd aan te kunnen pakken. Als (onderzoeks)thema's noem ik bijvoorbeeld de vermeende claimcultuur, normeringstendensen en andere vormen van private regelgeving, en de rol die mediation in het aansprakelijkheidsrecht kan spelen. Zo'n 'Periodiek Overleg van Rechtsvormers', of: POR, zou de rechtsontwikkeling, zowel binnen als buiten het aansprakelijkheidsrecht, een stevige duw in de rug kunnen geven.

### 2.3. Hoe?

Vervolgens rijst de vraag op welke manier dat onderzoek dan uitgevoerd zal gaan worden. Het is de bedoeling om de komende jaren te trachten de juridische blik te verbreden en om te proberen om de resultaten uit andere disciplines te betrekken bij het juridische onderzoek. Het expliciet maken van de argumenten voor of tegen een bepaalde oplossing voor een bepaald probleem, komt daarmee op de voorgrond te staan, in de hoop zodoende de echte, al dan niet juridische redenen te achterhalen, zodat gefundeerd voor een bepaalde oplossing kan worden gekozen. Het gaat bij dit alles dus in eerste instantie om de argumentatie en omdat die argumentatie niet strikt juridisch van aard hoeft te zijn, en vaak niet zal zijn, zal getracht worden om daarbij, naast de rechtsvergelijking, tevens gebruik te maken van inzichten die andere wetenschappen bieden. Dat kan de rechtseconomie zijn, of de psychologie, maar bijvoorbeeld ook de

\*\* Citeerwijze: I. Giesen, *'De psychologie achter de waarschuwing: Handle with care!'*, AV&S 2006, 2.

<sup>1</sup> Deze bijdrage betreft (een groot deel van) de tekst van de inaugurele rede van de

auteur zoals die werd uitgesproken op 9 november 2005 aan de Universiteit Utrecht. De volledig uitgewerkte versie van die oratie is inmiddels ook verschenen, zie I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencon-*

*tuele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2005. De verwijzingen en bronnen die ten grondslag liggen aan de uitgesproken rede en de hier afgedrukte versie daarvan, zijn in het genoemde boekje te vinden.

bestuurskunde of de politicologie. Deze benadering zou men dan multidisciplinair kunnen noemen, maar ik noem dat in alle bescheidenheid liever, net als Van Boom in zijn oratie, een *multidimensionale benadering*.

Een praktische vraag die daarbij speelt, is hoe dit soort onderzoek dan uit te voeren is. Moet je geen psycholoog zijn om onderzoek te doen zoals hiervoor geschetst, of econoom of politicoloog? Naar mijn mening, verbazen zal dat niet, is het niet noodzakelijk om 'omgeschoold' te worden, als én zolang de onderzoeker in kwestie maar niet te veel pretenties heeft. Het is goed mogelijk om als niet-econoom of als niet-psycholoog *de resultaten* te gebruiken die échte economen of psychologen bereikt hebben. Net zo goed als een jurist voortbouwt op de juridische resultaten van het werk van anderen en niet steeds opnieuw helemaal aan de basis begint, kan een jurist in het juridische werk voortbouwen op de resultaten die andere disciplines bereikt hebben.

Bij wijze van voorbeeld van deze multidimensionale methode wordt hierna de waarschuwingsplicht eerst kort besproken naar juridische maatstaven, waarna vervolgens datzelfde onderwerp gezien wordt vanuit de cognitieve psychologie. Uiteraard rijst daarbij direct de vraag: waarom zou iemand de cognitieve psychologie willen gebruiken?

De reden waarom deze vorm van psychologie voor dit thema interessant kan zijn, is dat inzicht in het menselijke denken belangrijk kan zijn voor een goed begrip van menselijk gedrag. Begrijpen hoe een mens denkt, is bijvoorbeeld van belang om te weten hoe mensen in groepen functioneren, of economische beslissingen nemen, of hoe het komt dat mensen op een bepaalde juridisch relevante manier handelen. Waar gedrag belangrijk is, zoals in het aansprakelijkheids- en procesrecht, kan cognitieve psychologie tot extra begrip en nieuwe vragen leiden.

### 3. Te kort door de bocht – het juridisch kader

De waarschuwingsplicht is een zorgplicht, gebaseerd op art. 162 Boek 6 BW, de algemene ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die door de rechtspraak verder ontwikkeld is, bijvoorbeeld in het *Kelderluik*-arrest. Eén van de elementen uit de *Kelderluik*-afweging is dat gezien moet worden welke voorzorgsmaatregelen, zoals bijvoorbeeld een waarschuwing, genomen hadden moeten worden. Als vuistregel geldt ten aanzien van voorzorgsmaatregelen, en dus voor waarschuwingen, dat naarmate het nemen van bepaalde maatregelen minder bezwaarlijk is qua kosten, tijd en moeite, er een sterkere gehoudenheid bestaat tot het treffen van dat soort maatregelen. Dat is overigens een vuistregel die per geval nader ingekleurd moet worden. Zo volgt uit het arrest *Annema/Staat*, kort gezegd, dat een waarschuwing *specifiek* dient te zijn, gericht dient te worden op het gevaar dat zich in kwestie kan voordoen.

Dat was in elk geval de regel totdat in 2004 het *Jetblast*-arrest gewezen werd. Bij het hekwerk dat belangstellende toeschouwers en vliegtuigspotters scheidt van het begin van de start- en landingsbaan van vliegveld 'Princess Juliana' op St. Maarten, aan het nabijgelegen strand, hangt een bord met daarop een tekening van een opstijgend vliegtuig en de

tekst: '*Warning! Low flying and departing aircraft blast can cause physical injury*'.

Net als vele andere toeristen is mevrouw Hartmann daarvan blijkbaar niet erg onder de indruk. Zij neemt toch plaats aan het hek om de vliegtuigen van dichtbij te kunnen zien. Wanneer een Boeing 747 de straalmotoren wijd openzet om te vertrekken, leidt dat tot een zodanige straalstroom, een *jet blast*, dat mevrouw Hartmann op de rotsen van Maho Beach wordt geworpen, met uiteraard letsel tot gevolg. Zij spreekt vervolgens de luchthaven aan tot vergoeding van haar schade. In rechte gaat het erom of Hartmann voldoende was gewaarschuwd voor het desbetreffende gevaar. In cassatie overweegt de Hoge Raad:

*'Voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden.'*

Dit is een behoorlijk zware zorgplicht, want deze brengt mee dat de waarschuwing werkelijk *effectief* moet zijn om als waarschuwing afdoende te kunnen zijn en om zo aansprakelijkheid te kunnen omzeilen. De waarschuwing moet dus tot ander gedrag, tot gevaarvermindering, aanleiding geven.

Het vliegveld heeft vervolgens alsnog een schadevergoeding moeten betalen en heeft toen nadere maatregelen genomen. Zo is het bord op Maho Beach aangepast. Naast het vliegtuig is de tekening nu uitgebreid met een achterovervallend persoon. Bovendien is de tekst aangescherpt:

*'Danger. Jet blast of departing and arriving aircraft can cause severe physical harm resulting in extreme bodily harm and/or death'*.

Of dit nieuwe bord nu wel afdoende zal zijn, valt te betwijfelen. Als men de plaatselijke situatie in ogenschouw neemt, dan lijkt het er eerder op dat geen enkele waarschuwing zou volstaan om het gevaar van *jet blast* hier tegen te gaan. Wat rest qua voorzorg, is ofwel een algehele afsluiting van het strand en de weg langs de achterzijde van het vliegveld, ofwel nog indringender waarschuwen, en daarbij tevens mensen wegsturen als die te dicht bij het hek staan.

### 4. Rechtvaardigingen voor de nieuwe koers?

De Hoge Raad wil blijkens het voornoemde arrest dat een waarschuwing afdoende, effectief is. De zorgplicht is daarmee verzwaard zodat aansprakelijkheid eerder kan worden aangenomen. Daaraan moet een bewuste keuze, een rechtspolitieke beslissing van de Hoge Raad ten grondslag liggen, maar de Raad heeft nergens laten blijken wat voor hem de achterliggende reden is geweest voor de gemaakte keuze. Als we dan zelf op zoek gaan naar mogelijke redenen voor de in het *Jetblast*-arrest gegeven regel, dan zou het daarbij onder andere kunnen gaan om het idee dat aan-

sprakelijkheid de potentieel aansprakelijk te stellen persoon *prikkelt* om voldoende voorzorg te betrachten, om zo schade te voorkomen, bijvoorbeeld door te waarschuwen. We spreken dan over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.

Nauw verbonden aan deze eventuele preventieve werking zijn de *kosten* van voorzorg. Rationeel opererende partijen zullen bepaalde extra waarschuwingen niet meer geven als dat teveel gaat kosten ten opzichte van de schade die zo voorkomen kan worden. Dat is van belang, omdat een waarschuwing in principe een vrij goedkope vorm van voorzorg is, een waarschuwingsbord hoeft niet al te duur te zijn, en als het eenmaal hangt, zijn de kosten ongeveer nihil, zodat de waarschuwing vaak voor toepassing in aanmerking komt. Bovendien kan daarmee veel schade voorkomen worden, en is de waarschuwing vaak de *enig mogelijke vorm van voorzorg*, uiteraard los van het geheel afzien van de activiteit.

Daarnaast dient er echter op gewezen te worden dat een waarschuwing ook *negatieve effecten* en dus *additionele kosten* kan hebben. Als iemand moet waarschuwen tegen bepaalde gevaren van een activiteit, terwijl daaraan ook goede kanten kleven en die goede kanten de gevaren overheersen, is het maatschappelijk schadelijk als door de waarschuwing mensen die activiteit niet meer ontplooiën.

Daar komt dan nog bij dat het *kostenaspect* sowieso *niet mag worden onderschat*, want een waarschuwing is duurder dan deze wellicht op het eerste gezicht lijkt. Naast de lage kosten die de waarschuwende partij maakt voor de waarschuwing, staan immers ook de tijd en moeite en dus kosten die verbonden zijn aan het ontvangen en verwerken van de boodschap aan de zijde van de gewaarschuwde ('information costs').

Er is hier veel meer over te zeggen maar voor deze bijdrage hou ik het bij één nog niet genoemd nadeel van de nieuwe koers van de Hoge Raad, namelijk dat deze uitnodigt tot te vérgaande waarschuwingen. Het gevaar daarvan ('defensive warning') is dan dat deze hun *doel voorbij zullen schieten*. Teveel waarschuwingen doen het risico ontstaan dat de echt gevaarlijke situaties en de waarschuwing daar tegen minder zichtbaar worden.

Al met al bestaat er een stevige lijst van argumenten en rechtvaardigingen die, na ampele afweging, voor aanvaarding van een waarschuwingsplicht pleit. Uit die lijst volgt echter niet ook dat er voor een zware zorgplicht aanleiding zou zijn. Het zou dan ook handig zijn geweest als de Hoge Raad iets meer had laten zien van zijn beweegredenen, want dan wisten wij wellicht wel waarom hij een *verzwaring* van de maatstaf voor waarschuwingen nodig vond.

Hoewel deze mogelijke redenen voor een koerswijziging natuurlijk enig extra inzicht bieden in de materie, kunnen wij nog steeds alleen maar gissen naar wat een effectieve waarschuwing nu eigenlijk is. Wanneer en hoe een waarschuwing effectief is of kan zijn, blijkt immers niet uit de uitspraak van de Hoge Raad of uit andere juridische bronnen. Vandaar dat het opportuun is om dieper in de psychologie, meer bepaald de cognitieve psychologie, te duiken.

## 5. Wat kan de cognitieve psychologie ons leren?

### 5.1. Functies en te nemen stappen

Kunnen wij uit de psychologie halen wat wij juridisch als een effectieve waarschuwing zouden kunnen beschouwen? Een waarschuwing is in essentie een uiting, via geluid of via visueel zichtbare tekens, waarmee een persoon een ander of een groep anderen wijst op een mogelijke situatie of gebeurtenis die een gevaar of risico van enigerlei soort teweeg kan brengen. Waarschuwingen hebben daarbij twee functies, de 'alerting function' en de 'informational function'. Denk aan een bord met daarop de tekst 'Danger'. Dat woord is een signaalwoord dat alarmerend effect heeft en op een bepaald niveau van gevaar duidt. Daarnaast kan alertheid echter ook door bijvoorbeeld bepaalde kleuren bereikt worden. Anderzijds moet een waarschuwing ook 'informational' zijn. De waarschuwing moet informatie geven over hoe je moet handelen ('Keep Away').

Om te weten te komen wanneer een waarschuwing *effectief* is, moeten wij vervolgens een aantal stappen zetten. Een waarschuwing kan alleen effect sorteren als de gewaarschuwde de waarschuwing waarneemt, registreert en vervolgens overeenkomstig handelt, na weging van de kosten en de baten van dat handelen. Waarschuwen heeft daarmee dus ten eerste te maken met *perceptie* en *aandacht*: wat registreert de mens op welke manier en wat kan daarbij misgaan? De waarschuwing dient daarbij de aandacht te trekken. Ten tweede gaat het om *beslissen*: hoe komt de mens tot een beslissing, gegeven wat er voordien aan waarschuwingssignalen geregistreerd is en gegeven de noodzaak om de kosten en baten af te wegen? De waarschuwing fungeert daarbij als verstrekker van informatie om die afweging te kunnen maken.

### 5.2. Perceptie en aandacht

Ten eerste perceptie en aandacht. Perceptie, waarneming, betreft daarbij de vraag hoe onze sensoren registreren wat er buiten ons lichaam bestaat. Van groot belang bij een waarschuwing is in dat kader niet alleen dat deze gezien of gelezen wordt, maar ook de *urgentie* die deze oproept. Mensen percipiëren namelijk verschillen in de mate van gevaar die een waarschuwing impliceert, en handelen vervolgens overeenkomstig. De inkleding van een waarschuwing heeft dus effect op de rangorde van het gevaar; dat betekent dat verschillende waarschuwingen op verschillende niveaus van gevaar duiden: sommige zijn meer urgent dan andere. Bepaalde woorden roepen bijvoorbeeld meer urgentie op. Zo wint het woord 'lethal' het makkelijk van het woord 'notice', zo blijkt uit psychologisch onderzoek. De mate van urgentie die de waarschuwing impliceert, zal idealiter in lijn zijn met de grootte van het gevaar dat gesignaleerd wordt; dit noemt men wel 'urgency mapping'.

Het grote voordeel van dit soort 'ideale' waarschuwingen is dat deze meer informatie geven. Zij geven niet alleen aan dat er een gevaar aanwezig is, maar ook de ernst ervan, zodat de ontvanger meer informatie krijgt. Bovendien wordt daardoor 'habituation' voorkomen, een vorm van gewenning doordat te stringente waarschuwingen benut worden voor

te kleine gevaren. Voor de effectiviteit van waarschuwingen op een meer algemeen niveau is dat wezenlijk.

Bij perceptie is de context zeer belangrijk. Mensen kunnen de context benutten om een object te identificeren. Dat betekent bijvoorbeeld dat het niet helemaal kunnen waarnemen van een waarschuwing – omdat het waarschuwingbord bijvoorbeeld half achter een boom verscholen is – niet funest hoeft te zijn, omdat we in staat zijn de rest van de waarschuwing zelf erbij te bedenken.

Anderzijds levert dezelfde context ook veel 'ruis' op, deze kan de perceptie danig verstoren. Van de vele versturende effecten die met de context te maken hebben, noem ik hier slechts het 'primacy effect' (wat wij eerst waarnemen, bepaalt in grotere mate onze indruk), het 'recency effect' (soms wordt het 'primacy effect' doorbroken en heeft hetgeen wij als laatste waarnemen de meeste invloed), en het 'halo effect' (iemand's uitstraling; werkstukken worden hoger gewaardeerd als deze komen van iemand die fysiek aantrekkelijker is, zo is gebleken). De strijd tussen het 'primacy effect' en het 'recency effect' is natuurlijk ook juridisch aardig, bijvoorbeeld in het licht van de vraag of het gunstiger is om in een civiele procedure als eerste te mogen pleiten.

Naast en in combinatie met perceptie is, als gezegd, 'attention' wezenlijk. Aandacht wordt wel zo omschreven dat er een selectieproces plaatsvindt binnen de enorme hoeveelheid stimuli die wij ontvangen. Waarschuwingen behoren dus de aandacht te trekken in een complexe setting waarbij er meerdere stimuli zijn. De waarschuwing moet geselecteerd worden, aandacht krijgen, en dat geschiedt in eerste instantie op basis van uiterlijke verschijningsvormen. Wij hebben hierbij dus van doen met de 'alerting function' van de waarschuwing. Het meest voor de hand liggende alarmerende kenmerk van een waarschuwing is kleur. Bepaalde kleuren vergroten het vermogen om aandacht te trekken. Rood duidt op een hoge mate van gevaar, meer dan oranje, geel, blauw, groen en wit.

### 5.3. Beslissen

Met het waarnemen van de waarschuwing, en de technieken die er bestaan om eerder de aandacht te krijgen, zijn wij er echter nog niet. De ultieme test voor een waarschuwing is immers of die waarschuwing effectief is, of die invloed heeft op de beslissing en het gedrag van de gewaarschuwde. In zoverre is de keuze van de Hoge Raad voor de maatstaf uit het *Jetblast*-arrest begrijpelijk. Effectief wil dan zeggen dat de aanwezigheid van de waarschuwing de mate waarin voldaan wordt aan wat de waarschuwing beoogt, zou moeten vergroten ten opzichte van de situatie zonder waarschuwing (het 'compliant behaviour'). De waarschuwing moet toegevoegde waarde hebben.

Men meet dit 'compliant behaviour', het effect op beslissingen, door de situatie mét waarschuwing empirisch te toetsen en door daarnaast een niet-gewaarschuwde controlegroep te toetsen. Zo kan men bepalen welke soort of vorm van waarschuwing het meest effectief is. Daarbij past overigens voorzichtigheid, want dat enkele feit wil dan nog niet zeggen dat die waarschuwing dan ook 'de beste' waarschuwing is. Het kan zijn dat die waarschuwing de mensen juist té voorzichtig maakt, zodat de al genoemde 'urgency map-

ping' niet langer in orde is. Dat betekent dus ook dat van een waarschuwing *niet* verwacht mag worden dat deze altijd tot 100% navolging leidt. Dat kan tot té stringent waarschuwen voor te geringe gevaren leiden, hetgeen dan weer tot massale niet-navolging zou kunnen leiden. De meest effectieve waarschuwing moet dus bewaard worden voor de meest serieuze situatie waarin die het meest nodig is.

Het heeft er alle schijn van dat de Hoge Raad dit aspect niet meegewogen heeft. Het *Jetblast*-arrest zal er mijns inziens toe leiden dat vele waarschuwingen zo streng mogelijk, zo effectief mogelijk, gemaakt zullen worden, om aansprakelijkheid te voorkomen. Het is echter juist in ieders belang dat niet iedereen probeert dé ultieme waarschuwing te gebruiken. Dat zal namelijk tot te veel *gewenning* aan dit soort waarschuwingen leiden, met als gevolg dat het effect van alle waarschuwingen, ook de écht noodzakelijke, verloren gaat. Dit punt komt nogmaals aan bod hierna, maar voordien moeten wij nog nader ingaan op het tweede aspect (naast perceptie en aandacht), het beslissen.

Beslissen gebeurt veelal op basis van vuistregels of intuïties, 'heuristics'. Dat is heel vaak ook de beste manier, maar helaas is dat niet altijd het geval, omdat er daardoor onvoldoende wordt nagedacht over de gevolgen van de beslissing. Bekende psychologische valkuilen hierbij zijn bijvoorbeeld het 'do no harm'-principe, ook wel de 'omission bias' genoemd, waarbij schade door handelen erger gevonden wordt dan schade door nalaten; alsmede het 'status-quo effect', waarbij degene die iets veranderd wil zien, de argumentatie moet aandragen, en tevens 'group loyalty', loyaliteit naar de groep waartoe iemand behoort. Het gaat hier om cognitieve illusies of vertekeningen, die beslissingen door mensen voortdurend, en veelal onbewust, beïnvloeden en die zeer lastig opzij te zetten zijn.

Bij de specifieke beslissing om eventueel een waarschuwing te volgen, is vervolgens wezenlijk dat de bereidheid daartoe afhangt van de inschatting, al dan niet bewust, of de *batens* ervan. Hierbij gaat het om de werkelijke kosten, en dus ook om alle kosten die niet direct in geld uit te drukken zijn, zoals tijd en moeite.

Van groot belang is hierbij verder dat het dan gaat over de kosten van degene die moet beslissen om al dan niet de waarschuwing te volgen, *de gewaarschuwde persoon* dus, en dat het dus niet gaat, zoals in de normale juridische afweging, over de kosten van *de waarschuwendende partij*, de andere persoon. Het onderzoek van psychologen is niet direct gericht op die aansprakelijke partij. Zij willen weten wat de gewaarschuwde doet met de waarschuwing. Zij kijken dan ook naar de afweging van kosten en baten aan die zijde, want daar valt de relevante beslissing.

Dat vooropgesteld, blijkt uit psychologisch onderzoek dat dit kostenaspect voor de gewaarschuwde van niet te onderschatten belang is. Of iemand na een waarschuwing bijvoorbeeld overgaat tot het gebruik van beschermende maatregelen, hangt voor een zeer belangrijk deel af van de kosten van de voorzorgsmaatregelen ten opzichte van het gevaar in kwestie. Het belang van de kosten is hierbij zelfs zo groot dat ook een kleine verhoging van die kosten de animo om te voldoen aan de waarschuwing, vrijwel geheel

teniet kan doen. De beste manier om een waarschuwing effectief te doen zijn, is dan ook om de kosten van voorzorg voor de gewaarschuwde partij minimaal te houden. Dat betekent onder andere dat als de waarschuwing aangeeft dat een bepaalde vorm van bescherming gewenst is, die vorm van bescherming ook voor gebruik gereed moet zijn en in de buurt aanwezig moet zijn. Is dat niet zo, dan worden de kosten verbonden aan het gevaarvermijdende gedrag al snel prohibitief. Als bijvoorbeeld een skeelerklas van de coach de waarschuwing te horen krijgt dat een val tot hersenletsel kan leiden, en dat het dus aan te raden is een helm te dragen, dan moet die helm ook voor het grijpen liggen, anders zal de waarschuwing effect ontberen.

Hiermee is echter nog niet alles gezegd. Er zijn nog andere variabelen die van invloed zijn op de naleving van een waarschuwing zoals 'social influence' of 'peer pressure'. Zo blijkt dat mensen geneigd zijn om bondgenoten te volgen in hun gedrag. Als de skeelercoach een helm draagt, doen de leerlingen dat ook. Ook relevant is dat een waarschuwing in explicietere termen de perceptie verhoogt dat er gevaar dreigt en daarmee ook de intentie om voorzichtig te zijn. Naast deze variabelen bestaan er nog vele andere die hier niet besproken kunnen worden. Ik noem alleen nog dat ook de beoordeling van het door de waarschuwing bedoelde gevaar (de risicoperceptie), verkeerd kan uitpakken. Mensen schatten kansen en risico's nu eenmaal met regelmaat verkeerd in, met als gevolg dat ze een verkeerde beslissing nemen. Het gevolg van een 'verkeerde' risico-inschatting is dat de waarschuwing tegen het gevaar in kwestie onvoldoende serieus of juist té serieus wordt genomen; de kosten-batenanalyse pakt verkeerd uit, zodat die waarschuwing niet langer effectief is. De moeite die het de mens kost om risico's in te schatten, moet meegenomen worden bij de inkleding van een waarschuwing.

## 6. Terugschakelen naar het aansprakelijkheidsrecht

Om het verhaal rond te maken zullen wij vanuit de psychologie naar het recht moeten terugschakelen. Het gebruik van resultaten uit andere wetenschappen, zoals hier de psychologie, betekent immers niet automatisch dat daarmee ook het juridische antwoord gegeven is. Sterker nog, we moeten steeds voorzichtig zijn met het gebruik van die resultaten. De uitkomst moet 'terugvertaald' kunnen worden en in een juridisch jasje gegoten kunnen worden. Bekijken wij in dat licht de resultaten uit het voorgaande, dan blijkt dat de norm zoals de Hoge Raad die geïntroduceerd heeft, niet juist uitpakt. Ik noem hier slechts twee, door de psychologie ingegeven redenen voor dat oordeel.

De eerste reden. Begrijpelijkerwijs wil iedereen die geacht wordt te waarschuwen, deze waarschuwing zo streng mogelijk, en daarmee ook zo effectief mogelijk maken. Het is echter in ons aller belang, en dus van publiek belang, dat *niet iedereen* probeert om steeds weer *dé* ultieme waarschuwing te gebruiken. Ik herhaal dat dat tot te veel gewinning aan dit soort waarschuwingen zou leiden, met als gevolg dat het effect van alle waarschuwingen, ook de écht noodzakelijke, verloren zou gaan. De meest effectieve waarschuwingen moeten bewaard worden voor de meest

serieuze situaties waarin ze echt nodig zijn. Dit wordt echter miskend door de Hoge Raad.

Ten tweede. Omdat het vaak niet mogelijk is om de gewaarschuwde persoon tevens te voorzien van de beschermingsmethode die het gevaar vereist, zal een eventuele gedragsverandering door die gewaarschuwde persoon zoveel extra kosten met zich brengen dat die persoon er niet voor zal kiezen de waarschuwing te volgen, zodat de waarschuwing niet effectief is in de door de Hoge Raad bedoelde zin. De Hoge Raad heeft zodoende een norm gesteld waaraan de waarschuwende partij niet kan voldoen, omdat de kosten te hoog zijn, zodat in wezen een *risicoaansprakelijkheid* ingevoerd is. Immers, als zich schade voordoet terwijl wel een waarschuwing was gegeven, is de waarschuwende persoon toch aansprakelijk, want blijkbaar was die waarschuwing dan onvoldoende effectief (de schade deed zich voor, het gevaar is niet vermeden, ondanks de waarschuwing). En dat is een te zware norm. Gegeven dit alles lijkt het verstandig om terug te keren naar de minder zware zorgplicht uit het arrest *Annema/Staat*, die hierop neerkomt dat een waarschuwing voldoende specifiek moet zijn. Deze norm sluit ook beter aan bij wat wij uit de psychologie kunnen leren.

## 7. Een les voor rechtsvormers

Veel belangrijker echter dan het enkele feit dat de Hoge Raad hier een 'verkeerd' arrest heeft gewezen, dat gebeurt onvermijdelijk wel vaker, is wat mij betreft echter de algemene les die hieruit getrokken zou moeten worden: rechtsvormers moeten voldoende oog hebben voor wat andere disciplines ons kunnen leren.

Wellicht denken onze rechtsvormers – en dan spreken wij natuurlijk in eerste instantie over de civiele raadsheren van de Hoge Raad – inmiddels wel: 'wat moet ik daar nu weer mee, alsof ik tijd heb om even cognitief psycholoog te zijn'. Zij zullen die boodschap vervolgens uiteraard keurig verpakken, vriendelijk vragen of de methode zoals die hier voorgesteld wordt, wel werkbaar is in de praktijk, gegeven de krappe financiële ruimte en de beperkte mankracht, en zij zullen het daar vervolgens onderling snel over eens zijn en de vraag negatief beantwoorden. Psychologen weten echter dat hen hier dan een vorm van de '*status quo bias*' parten speelt, en wellicht ook een vorm van '*groupthink*'.

Dat betekent dat ik niet in hun antwoord zal berusten. De geschetste methode is namelijk wel werkbaar en ook introduceerbaar, als men er tenminste inhoudelijk voor open wil staan en men bereid is praktische tegenwerpingen op te lossen. Hoe zou dat dan in zijn werk kunnen gaan?

Men zou kunnen overwegen om, in lijn met de gedachte van Barendrecht, een psycholoog, econoom, bedrijfskundige, et cetera, in de Hoge Raad op te nemen, al dan niet als volwaardig raadsheer of 'slechts' als adviseur, om in de daartoe geschikte zaken (de principiële kwesties) mee te denken en/of beslissen. Dat klinkt wellicht te vooruitstrevend, maar als in mededingingszaken tegenwoordig een '*amicus curiae*' toegelaten moet worden, is er al een vergelijkbare stap gezet.

Als alternatief zou men van de raadsheren kunnen vragen

om zichzelf een extra discipline gedeeltelijk eigen te maken, teneinde beter en sneller in staat te zijn de resultaten uit die andere disciplines mee te nemen bij de juridische beoordeling. De ene raadsheer doet bijvoorbeeld een minor psychologie, de ander een aantal vakken economie, et cetera. Dat is niet alleen tijdrovend en lastig, maar ook inspirerend.

Vindt men ook dat nog een brug te ver, dan kan men één van beide varianten toepassen op het niveau van het Parket of het Wetenschappelijk Bureau. In alle varianten vergt deze gedachte de bereidheid om te blijven nadenken over de toekomst van de eigen organisatie, alsmede enige extra financiële en/of intellectuele inspanning, maar het resultaat zou een geweldige verbreding van het aanbod aan argumenten kunnen zijn.

### 8. Afronding

Keren wij terug naar Route 136 North, tussen Freeport en Auburn, en naar de zilvergrijze Oldsmobile, meanderend door Maine, in het noordoosten van de Verenigde Staten. De waarschuwing betreffende het blinde kind, dat blijkbaar net voorbij de kromming van de bocht woont, in de dode hoek

van de gemiddelde chauffeur, was in dit geval zeker niet effectief. Het bord was wellicht wel specifiek genoeg, maar verder te klein, slecht geplaatst, en te weinig indringend qua kleuren. Gevolg: de kosten-batenanalyse die de bestuurder van de Oldsmobile uitvoerde, leidde niet tot gevaarvermindering: alvast vroegtijdig remmen. De kosten daarvan waren blijkbaar te hoog.

In het voorgaande is geprobeerd aan te tonen dat de Hoge Raad in het *Jetblast*-arrest een verkeerde norm heeft aanvaard. Belangrijker nog is echter de achterliggende les die uit het voorbeeld volgt: rechtsvorming pakt verkeerd uit als de rechtsvormers onvoldoende oog hebben voor wat andere disciplines ons kunnen leren. Het leidt er bijvoorbeeld toe dat de Hoge Raad een gedragsnorm kiest die vanuit de cognitieve psychologie niet te verantwoorden is. De Hoge Raad zal dan ook zijn rechtsvormende taak opnieuw ter hand moeten nemen, als het even kan verrijkt met multidimensionale inzichten. En zo luidt een laatste les van deze bijdrage: ook voor waarschuwingen en voor de juridische maatstaf die daarop wordt losgelaten, geldt: *'Handle with care!'*